

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN – Empresas de telecomunicaciones

El acto administrativo demandado en el sub-lite, fue proferido por el director ejecutivo de Inravisión mediante acta suscrita también por otros funcionarios de la entidad: el director de Radio Nacional, el subdirector técnico, el subdirector financiero, el jefe de la oficina jurídica, la delegada sub financiera y el jefe de compras. El Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión, fue creado por la Ley 42 de 1985 como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, de segundo grado, del orden nacional, sujeto a la tutela del Ministerio de Comunicaciones, que tenía a su cargo la prestación de los servicios públicos de televisión y radiodifusión oficial y que fue suprimida mediante el Decreto 3550 de 2004.

Para la época en la que fue expedido el acto administrativo acusado, esto es, el acta de adjudicación de la invitación No. 16 de 1995, ya se hallaba vigente la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 38 dispone que «Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley», y determinó que «[l]os estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración», estableciendo además, que «[l]os procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley».

De acuerdo con la anterior disposición, la Junta Administradora de Inravisión expidió el Acuerdo No. 10 del 1º de febrero de 1994, «Por medio del cual se expide el estatuto interno de contratación del Instituto Nacional de Radio y Televisión –INRAVISION [...]», en cuyo artículo 1º se estableció que dicho estatuto «[...] se aplicará en cuanto a los procedimientos, cláusulas excepcionales y cuantías, a todos los contratos de cualquier clase que se requieran para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen», precisando en su párrafo que «[e]l régimen de los contratos sobre los aspectos a que no alude el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, será el general previsto por esta ley, para los contratos de las entidades estatales», lo cual significa que en todos los demás contratos distintos a los allí mencionados, se aplicaría el estatuto de contratación estatal. El mencionado acuerdo contempló como modalidades de selección de contratistas, la solicitud directa y la solicitud pública de ofertas según la cuantía [art. 2], teniendo en cuenta el presupuesto oficial o estimativo de costos elaborado por la entidad [art. 3].

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN – Aplicación

De acuerdo con lo anterior, se observa que si bien en cuanto a la forma de escoger a sus contratistas y en los contratos que celebrara Inravisión para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios en donde se ubicaran, no estaban sujetos a las normas de la Ley 80 de 1993 sino a los procedimientos establecidos en su propio estatuto contractual, sí debían cumplir con los principios de la contratación estatal y en especial «[...] los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley», tal y como reza el artículo 38 de la misma.

Los principios, junto a las reglas, como lo ha manifestado la jurisprudencia del Consejo de Estado, «[...] son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. [...] los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales».

Es claro entonces, que al establecer la ley que los contratos exceptuados del régimen de contratación estatal en todo caso seguían sometidos a sus principios, subordinó la conducta de la administración al cumplimiento de actuaciones que garanticen la aplicación de los criterios contenidos en los mismos, los cuales, así el reglamento de la entidad no los hubiere desarrollado en forma expresa, continúan siendo obligatorios en su actividad contractual.

CONTRATACIÓN ESTATAL – Principio de selección objetiva

En relación con el deber de selección objetiva, se trata de un principio que rige la contratación de las entidades estatales, por cuanto a través del mismo se propende por lograr una selección de contratistas imparcial, ajustada exclusivamente a los parámetros de evaluación y calificación establecidos en forma clara, concreta y completa por el pliego de condiciones o términos de referencia –los cuales deben apuntar únicamente a la determinación de la oferta que en conjunto ofrezca las mejores condiciones para la ejecución del objeto propuesto- y ajena a cualquier consideración de índole subjetiva y personal dirigida a favorecer o perjudicar a alguno de los proponentes, sin la interferencia de tratos preferenciales o injustos que atenten contra el principio de igualdad frente al proceso de selección –que implica brindar un tratamiento idéntico para todos los oferentes en las mismas condiciones- y desligada de cualquier influencia externa que la desvíe de su finalidad, cual es la de lograr la correcta y cumplida ejecución del objeto contractual por quien presentó la mejor oferta y cumplió con todos los requisitos exigidos.

Este deber de selección objetiva debe cumplirse no sólo cuando se adelantan procedimientos licitatorios o concursos de méritos, sino en toda actuación que se adelante con miras a la selección de un contratista de la administración, puesto que ni siquiera cuando el ordenamiento legal autoriza la contratación directa, puede la administración escogerlo de manera subjetiva y arbitraria, ya que este mecanismo de contratación no se traduce en una facultad discrecional e independiente del funcionario competente para adjudicar ni queda librada a su solo deseo o voluntad, puesto que también en estos casos, se le exige efectuar la adjudicación de manera objetiva, es decir desligada de consideraciones de índole íntima y personal y libre de la influencia de intereses particulares, con fundamento exclusivamente en los factores de evaluación previamente establecidos e informados a los proponentes, con observancia estricta del principio de igualdad y con el único fin de seleccionar la oferta más favorable para la administración y para el cumplimiento de sus fines.

CONTRATACIÓN ESTATAL – Principio de transparencia

En estrecha vinculación con el deber de selección objetiva, se halla el principio de transparencia, respecto del cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia que «[...] garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. [...] Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina [...]. Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa [art. 209. C.N].»

La aplicación de este principio en la etapa precontractual y más concretamente en los procedimientos de selección de contratistas, implica que la regla general sea el adelantamiento de licitación pública o concurso, en la medida en que garantizan la concurrencia de oferentes, aunque se admite la posibilidad de que en ciertos casos, en los que por la naturaleza del objeto a contratar, o la cuantía del futuro contrato, o la necesidad de una mayor agilidad en la escogencia del contratista, sean otros los mecanismos utilizados para seleccionarlo, como cuando se autoriza la contratación directa.

También constituye una manifestación del principio de transparencia, el deber de elaborar un pliego de condiciones o términos de referencia que rijan el respectivo procedimiento de selección y que contengan las reglas objetivas, justas, claras, completas y precisas que permitan la adecuada confección de las ofertas, el señalamiento en dichos documentos de las reglas de adjudicación del contrato, la publicidad de los informes, conceptos y decisiones que en dicha etapa se produzcan, así como la posibilidad de contradicción de los mismos por parte de los participantes.

En estas condiciones, está a cargo de las entidades la implementación de los mecanismos necesarios para garantizar que la selección de sus contratistas cumpla con la objetividad que el ordenamiento impone -y con la cual se encuentran íntimamente imbricados los principios de igualdad y transparencia-, bien sea en procesos licitatorios o de contratación directa o cualquier otra modalidad legalmente permitida y así estén sujetos a las normas de contratación estatal o a las normas de derecho privado o a regímenes especiales autorizados por la ley, como en el presente caso, en el cual se permitía la selección del contratista a través del procedimiento de solicitud de cotizaciones, en el cual las actuaciones de la entidad estatal en esta materia, debían apuntar a que la adjudicación de los contratos recayera sobre la oferta más favorable para la administración, teniendo en cuenta para ello la evaluación de los requisitos exigidos en la solicitud de cotización o términos de referencia, según el caso, pues se reitera, el hecho de que no se tramite un procedimiento de selección formal, como es el de la licitación pública, no significa de

manera alguna que la escogencia del contratista pueda ser arbitraria y caprichosa.

CONTRATACIÓN ESTATAL – No aplicación de principios – Consecuencias

Esa omisión, a juicio de la Sala, constituye una irregularidad cuestionable en el trámite contractual de una entidad estatal, en la medida en que permite abrir las puertas a la posibilidad de decisiones discrecionales, subjetivas y arbitrarias, divorciadas de la finalidad última de los procedimientos de selección de contratistas, que es, se reitera, la escogencia objetiva e imparcial de la propuesta más conveniente para la entidad y para el cumplimiento de los fines que ella busca.

Por otra parte, careciendo de tales factores de calificación en los términos de referencia o invitación a cotizar que fueron enviados a los proponentes, se desconoce cuál o cuáles fueron los criterios objetivos, serios e imparciales que se tuvieron en cuenta a la hora de adjudicar, teniendo en cuenta que el aspecto técnico no pudo establecerse en el sub-lite, por la falta de un dictamen pericial que brindara luces sobre la calidad de las distintas propuestas presentadas y sobre la decisión de la administración de escoger a una de ellas sobre las demás, como se verá más adelante.

La irregularidad advertida en el procedimiento de selección de contratistas que adelantó Inravisión, demuestra que su actuación no fue propiamente un ejemplo de buena práctica administrativa y que el manejo del procedimiento fue ligero e informal, más allá de lo que resulta conveniente desde el punto de vista de la selección objetiva, a pesar de que estrictamente pueda afirmarse que el reglamento de contratación de la entidad no contiene exigencias adicionales a la simple petición de la cotización, cuando se trata de la adquisición de bienes que se ajusten por su cuantía a dicho sistema de solicitud directa de ofertas, por cuanto como ya se anotó, los principios de la contratación estatal se imponen y su cumplimiento debe ser riguroso en todos los casos, aún por encima de la reglamentación implementada por la entidad.

Esta deficiencia en el procedimiento de selección del contratista adelantado por Inravisión, a juicio de la Sala, afecta la validez del acto de adjudicación, pues aunque se trató de un evento de contratación directa, sin la formalidad de una licitación pública, respecto del mismo se debió garantizar el principio de transparencia y la selección objetiva, en los términos expuestos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01712-01(17757)

Actor: SOCIEDAD ANTECOL LTDA.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION INRAVISION

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1999, que negó las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada (f. 160 a 176, c. ppl).

SÍNTESIS DEL CASO

En 1995, la sociedad Antecol Ltda., presentó una cotización, por invitación que le cursó Inravisión, para la adquisición e instalación de antenas de transmisión, pero según la demandante la adjudicación recayó en forma ilegal sobre la propuesta alternativa de otro proponente, ya que de un lado, la suya era la mejor y de otro, en los términos de referencia no se autorizó la presentación de esa clase de propuestas.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 14 de diciembre de 1995, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad Antenas de Colombia Limitada "Antecol Ltda.," presentó demanda en contra el Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión, cuyas pretensiones apuntaron a obtener las siguientes declaraciones y condenas (f. 2 a 21, c. 1):

"1. Que es nula el Acta de Adjudicación de la Invitación No. 16 de 1995 de fecha 14 de agosto de 1995, proferida por el Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISIÓN, mediante la cual se adjudicó a la firma IRADIO LTDA., la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de cuatro (4) Sistemas de Antenas en las siguientes estaciones de la Radiodifusora Nacional de Colombia: Planadas, Manjui, El Tigre y Tasajero, por un valor total de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$150'000.000,00) M/CTE.

2. Que para efectos del restablecimiento de los derechos desconocidos a mi mandante con la expedición del Acta de Adjudicación de la Invitación No. 16 de 1995 de fecha 14 de agosto de 1995, que se anula, se CONDENE A INRAVISION a pagar a ANTECOL LTDA., el monto de los perjuicios inferidos al no habersele adjudicado la Invitación No. 16 de 1995; el daño emergente está compuesto por las sumas que constituyen utilidades derivadas del suministro, instalación y puesta en funcionamiento de los Sistemas de Antenas objeto del concurso mencionado, y por las erogaciones y gastos realizados con ocasión de la referida Invitación, estimadas en no menos de SETENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$77'000.000,00) M/CTE, como se probará en su oportunidad.

3. Que para indemnizar el lucro cesante se condene a INRAVISIÓN al pago de intereses sobre el valor del daño emergente para el periodo comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia que ordene la reparación, a una tasa igual a la tasa de interés corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, equivalente al 42.72% a la fecha.

4. Que se CONDENE a INRAVISIÓN al pago de costas y gastos procesales y agencias en derecho (...).

2. El demandante adujo como fundamento de sus pretensiones, que el acto demandado era ilegal, por cuanto comparando las ofertas presentadas por la sociedad Antecol Ltda. y por la sociedad Iradio Ltda., favorecida con la adjudicación, la de esta última no era la más favorable como sí lo era la propuesta de la actora, de un lado, porque aquella era mucho más costosa y de otro lado, porque no se ajustó a los requerimientos técnicos exigidos por Inravisión, como sí lo hizo la demandante, quien ofreció la instalación de 10 estaciones de antenas para la Radiodifusora Nacional por valor final de \$147'000.000,00, frente a la adjudicación que se hizo a favor de Iradio Ltda., por valor de \$150'000.000,00, para la instalación de sólo 4 estaciones de antenas.

2.1. También sostuvo el demandante que las antenas tipo panel ofrecidas por Iradio Ltda., tenían sus elementos radiantes fabricados en hierro con proceso de galvanizado en caliente, lo que ocasionaba mayores pérdidas de radiación y menor señal radiada al espacio, y las de Antecol Ltda., eran en cobre, por lo cual presentaban mayor resistencia a la radiación, mínimas pérdidas y mayor duración a la corrosión; que en la oferta de Iradio, los 2 conectores de entrada para cada panel ofrecido eran DIN 7/16, los cuales tenían una capacidad de manejo de 2.5 kilovatios cada uno, es decir que cada panel admitía máximo una potencia de entrada de 5 kilovatios a 100 Mhz., mientras que la oferta de la demandante correspondía a panel con 2 conectores de entrada EIA 1-5/8, cada uno de los cuales permitía 10 kilovatios de potencia, esto es, que el panel podía recibir un total de 20 kilovatios a 100 Mhz; en cuanto a la *“conectarización de salida de los distribuidores”*, Inravisión solicitó que el conector de salida del distribuidor principal fuera de EIA 3-1/8 para todas las estaciones y así las ofreció Antecol Ltda., en cambio Iradio Ltda., ofreció conectores EIA 1-5/8, incumpliendo los requisitos técnicos exigidos, lo que hacía que la oferta de la demandante fuera técnicamente mejor y muy superior.

2.2. Además, la oferta de Antecol Ltda., también era superior a la de Iradio Ltda., desde el punto de vista de las garantías de los equipos, el mantenimiento y repuestos que podía ofrecer respecto de las antenas entregadas, puesto que aquella estaba ofreciendo bienes de una empresa extranjera con la que tenía un contrato de agencia que podía ser terminado en cualquier momento y quedarían

sin garantía los equipos entregados, lo que no sucedería con la demandante, por ser una empresa nacional y directamente fabricante de las antenas ofrecidas.

2.4. Según el demandante, la adjudicación no fue objetiva y se modificaron los términos de referencia, al cambiar el número de antenas a instalar en las 4 estaciones de Planadas, Manjuí, El Tigre y Tasajero, con la sola explicación de que se hacía la adjudicación en esa forma por razones presupuestales y acogiendo la propuesta alternativa presentada por la firma Iradio Ltda., cuando en el procedimiento de contratación directa que se adelantó, no hubo términos de referencia en los que se autorizara dicha posibilidad, con lo cual se violó el principio de transparencia y el de igualdad y hubo desvío de poder en la decisión impugnada, pues se desconoció la finalidad de satisfacción del interés público vinculado a dicha actividad administrativa, al no escoger la oferta más favorable. Alegó también el desconocimiento del principio de preferencia de ofertas nacionales consagrado en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, pues se escogió una propuesta que ofrecía antenas producidas por una empresa española, Rymsa S.A., de la cual Iradio Ltda., era su agente comercial y no la de Antecol Ltda., empresa colombiana que fabricaba sus productos con materia prima y recursos humanos nacionales.

II. Actuación procesal

3. En la **contestación de la demanda**, Inravisión se opuso a las pretensiones, por considerar que el acto de adjudicación demandado estuvo ajustado a derecho y se expidió conforme al procedimiento de selección establecido en el Acuerdo 10 de 1994, de la Junta Administradora de Inravisión, “(...) *con observancia de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y con miras a la continua y eficiente prestación del servicio público de radiodifusión a que estaban destinados los equipos adquiridos*” (f. 24, 25, 26, 30 y 42, c. 1).

3.1. Explicó la entidad demandada, en resumen, que se adelantó un procedimiento de solicitud directa de ofertas autorizado por el Acuerdo 10 de 1984, proferido por la Junta Administradora de Inravisión, en el cual participó la sociedad demandante, quien propuso unos equipos que “(...) *no satisfacían los niveles técnicos requeridos en los términos de referencia*”; y que la adjudicación recayó en la oferta más favorable, sólo que en razón del presupuesto con el que contaba la entidad para esta contratación, la adjudicación se hizo en forma parcial, para 4 de

las 10 estaciones contempladas inicialmente en la solicitud directa de ofertas.

3.2. Sostuvo que *“(...) la adjudicación estuvo presidida por razones de orden técnico que resultaban esenciales para la prestación del servicio, puesto que los términos de referencia exigían ‘equipos de la última tecnología en el mercado mundial’, y los de ANTECOL LTDA. estaban bien lejos de satisfacer los estándares tecnológicos requeridos por INRAVISIÓN”*, quien ya había tenido problemas técnicos con antenas suministradas por esta empresa, que obligaron a devolverlas.

4. La sociedad Iradio Ltda., **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones, alegando que la demandante no probó la ilegalidad del acto acusado ni que su oferta fuera la mejor, por encima de la que resultó favorecida, es decir, la de Iradio y de las otras 8 ofertas presentadas en el procedimiento de selección y explicó por qué su oferta sí era la más favorable en todos los aspectos (f. 42, c. 1).

5. El 9 de septiembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia** en la cual negó las pretensiones, por cuanto luego de analizar los documentos y testimonios obrantes como pruebas en el proceso, concluyó que *“(...) Inravisión adjudicó, justificadamente, por razones técnicas, a quien resultó beneficiario, y que por el contrario no se probó, que esta decisión fuera arbitraria (...). Es cierto, que el demandante ofrecía un menor precio, pero este no es el factor exclusivo de valoración. A esto se contraponía (sic) las razones técnicas que hacían el equipo ofrecido por el actor, poco confiable al decir de los ingenieros de Inravisión”* y por lo tanto, no había razones para anular el acto demandado (f. 160, c. ppl).

6. Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso **recurso de apelación** en el cual solicitó la revocatoria del fallo impugnado y en su lugar que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, en sustento de lo cual reiteró los argumentos expuestos en la primera instancia, en relación con la ilegalidad del acto de adjudicación proferido por la entidad demandada, ya que no estuvo debidamente motivado, recayó sobre una oferta alternativa que no podía ser tenida en cuenta porque así no se anunció en los términos de referencia y que además no era la más favorable, a la luz de lo establecido por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, por lo cual la selección no fue objetiva. Reiteró que su oferta era la mejor y fue desechada por razones que no estaban contempladas en la

invitación a proponer, como la falta de homologación internacional de sus antenas y un supuesto sobre dimensionamiento de la oferta, cuando la misma se atuvo a lo exigido por Inravisión. Antecol Ltda., debió ser favorecida con la adjudicación, pues presentó la oferta con bienes de producción nacional, con el más bajo precio “(...) y en igualdad de condiciones técnicas el precio marcaba la diferencia” (f. 178 y 185, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo - modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1995 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 2'200.000,00 y en el presente caso, la mayor de las pretensiones de la demanda fue por \$ 77 000 000,00, a título de lucro cesante.

II. Hechos probados

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis¹:

8.1. El Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión, con fecha 26 de julio de 1995 envió a varias firmas, entre ellas Antecol Ltda., una invitación a presentar oferta para la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de 10 sistemas de antenas para las estaciones de la Radiodifusora Nacional, solicitando presentar la oferta en 3 sobres cerrados correspondientes cada uno de ellos a la oferta

¹ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración.

técnica, la oferta económica y los documentos legales (copia auténtica de documento público, f. 101, c. 2).

8.1.1. En las características técnicas, se pidió cotizar dos tipos de antenas: tipo dipolo y tipo panel (f. 31 a 38, c. 2):

**SISTEMAS DE ANTENAS PARA SEIS (6) ESTACIONES DE LA
RADIODIFUSORA NACIONAL DE COLOMBIA**

ESTACIONES	CUBRIMIENTO TIPO DIPOLO	OPCIÓN PARA ANTENAS TIPO PANEL
LETICIA (AMAZONAS)	3600	Cuatro antenas, una por cara
GABINETE (CAQUETÁ) tres paneles por cara.	1800	Cuatro o seis antenas, dos o
MUNCHIQUE (CAUCA) tres paneles por cara.	1800	Cuatro o seis antenas, dos o
PLANADAS (QUINDÍO) tres paneles por cara.	1800	Cuatro o seis antenas, dos o
CERRO NEIVA (HUILA) tres paneles por cara.	1800	Cuatro o seis antenas, dos o
EL RUÍZ (CALDAS) tres paneles por cara.	1800	Cuatro o seis antenas, dos o

**SISTEMAS DE ANTENAS PARA CUATRO (4) ESTACIONES ADICIONALES DE
LA RADIODIFUSORA NACIONAL DE COLOMBIA**

MANJUÍ tres paneles por cara	1800	Cuatro o seis antenas, dos o
TIGRE dos caras.	1800	Seis antenas, tres paneles por
TASAJERO tres paneles por cara.	1800	Cuatro o seis antenas, dos o
PADRE AMAYA	2700	Seis o nueve antenas, dos o tres paneles por cara.

8.1.2. Se hicieron las especificaciones técnicas de cada una de estas dos clases de antenas: dipolo y tipo panel –banda de frecuencia, polarización, impedancia,

potencia de transmisión, número de bahías, VSWR, ganancia de sistema, rango de temperatura, humedad relativa, potencia actual del transmisor, voltaje garantizado en las ciudades capitales, salida del distribuidor de antenas, conector 3 1/8 con reducción 1 5/8 y conector 1 5/8, para el cable de transmisión-; en las condiciones de montaje, se advirtió que el sistema de antenas debía ser suministrado con todos sus accesorios requeridos (distribuidores, latiguillos, conectores, herrajes, etc.); en relación con el sistema de distribución de antenas y su ubicación en la torre de transmisión, se estableció que *“El patrón de radiación debe ser diseñado teniendo en cuenta las necesidades y ubicación de cada una de las Estaciones mencionadas, así mismo, los latiguillos que sean necesarios para su distribución en tamaños y dimensiones, deben ser apropiados para el manejo de las potencias de los transmisores. Se deberá diseñar un patrón adecuado con el TILT requerido en cada Estación, los latiguillos además deberán contar con sus conectores, para interconectar los distribuidores con las antenas y las protecciones para evitar la humedad”*; se dispuso que se debía suministrar el material de instalación necesario para fijar los distribuidores y los elementos requeridos para acoplar todos los componentes del sistema y que el sistema de antenas solicitado, debía ser entregado *“(…) instalado y en perfecto estado de funcionamiento bajo la consideración de ser un sistema integral de transmisión, de acuerdo a lo pedido al protocolo de aceptación en su sitio de instalación”*.

8.1.3. En la invitación se advirtió que se recibirían ofertas hasta el día 4 de agosto de 1995, a las 14:30 horas, las cuales serían depositadas en urnas dispuestas para ello y se informó el teléfono al cual podían comunicarse los interesados para cualquier duda de carácter técnico que tuvieran.

8.1.4. Así mismo, se dispuso que *“Los proponentes cuyas ofertas cumplan con los requisitos técnicos y legales establecidos, serán convocados para una Audiencia Pública y Adjudicación, el día 9 de agosto de 1995, a las 14:00 horas, en la Sala de Juntas de la Subdirección Técnica y de Operaciones del Instituto, donde se dará lectura a las ofertas económicas. En este acto, podrán realizarse las contraofertas que consideren pertinentes bajo las mismas condiciones técnicas”*.

8.1.5. Se les indicó a las empresas invitadas, que en la propuesta debían señalar el plazo de entrega de los bienes a adquirir y el valor de la propuesta, especificada en pesos colombianos y en la modalidad CIF; se les informó que los equipos debían entregarse, llave en mano, en el lugar indicado y en perfecto estado de

funcionamiento; que los proponentes debían constituir una garantía de seriedad de la oferta, y una garantía de suministro y mantenimiento de repuestos por un periodo mínimo de 10 años.

8.1.6. También se les exigió *“CALIDAD Y ULTIMA TECNOLOGIA: Los equipos ofertados deberán ser de la última tecnología en el mercado mundial”*, y que se debía acreditar la calidad de agente comercial o distribuidor de los equipos ofrecidos, comprobando *“(…) que la marca que ofrece es igual a la marca de los equipos que las firmas representadas a su vez fabrican o representan”*.

8.1.7. En cuanto a la forma de pago, se solicitó que la indicaran los proponentes, pero se aclaró que legalmente no era posible otorgar anticipos mayores al 50% del valor total del contrato y que era más favorable para las partes el trámite de los pagos mediante cuentas de cobro.

8.1.8. También se informó que el proponente que resultara escogido se comprometía con Inravisión a capacitar al personal necesario sobre el mantenimiento y operación de los equipos adquiridos, que en condiciones técnicas similares el tiempo de entrega sería un factor determinante y que a la audiencia pública debía asistir un representante del proponente con capacidad para hacer contraofertas y obligarlo.

8.1.9. Aparte de lo anterior, no se incluyeron factores de calificación y ponderación de las propuestas ni puntajes a otorgar ni ningún otro elemento relacionado con su evaluación.

8.2. En el procedimiento de solicitud de propuestas participaron 9 oferentes: Satélites y Señales Ltda., Visolec Ltda., Imagen y Audio Ltda., A2G Ingenieros Ltda., Iradio Ltda., Fastware Ltda., Antecol Ltda., Istronic Ltda., y Equipelectro Ltda. (acta de adjudicación y cuadros comparativos de las ofertas, en cuanto a tipo de equipos –dipolo y panel-, el valor ofrecido y el tiempo propuesto. Copia auténtica de documento público, f. 11 a 19, c. 2).

8.3. Al presente proceso sólo se aportaron las ofertas correspondientes a las firmas Iradio Ltda. y Antecol Ltda. (copia auténtica, f. 20 a 371, c. 2).

8.3.1. En la oferta técnica de Antecol Ltda., se ofrecieron antenas tipo panel, de

las cuales se hizo la descripción técnica conforme a lo exigido en el pliego de condiciones y se anotó: *“Hacemos claridad y es demostrable, que el sistema de antenas tipo ‘dipolo’ montadas en una cara de la torre no tienen un cubrimiento de 180o cuando el ancho de la estructura es mayor de ½ longitud de onda; tampoco se cumple la condición de radiación con polarización circular y se pasa a un tipo de polarización elíptica, difícilmente predecible y solo medible experimentalmente. De lo anterior concluimos que no son apropiadas este tipo de antenas para el caso que nos ocupa”* (f. 39 a 42, c. 2).

8.3.2. En la oferta técnica de Iradio Ltda., se ofrecieron 3 alternativas: Opción A: Una disposición con antenas dipolo AT12-201 de polarización circular según las recomendaciones de RYMSA². Opción B: Una disposición de antenas panel *“según lo dispuesto en el pliego de condiciones, que no garantizaría obtener los niveles de señal mínima requerida”*. Y Opción C: Una disposición de antenas panel AT12-592 según la experiencia y cálculos de “RYMSA”, que garantizarían un efectivo cubrimiento con los niveles de señal requeridos. En la explicación de estas opciones, manifestó que (f. 146 y 152 a 159, c. 2):

“Todas las estaciones, excepto LETICIA, requieren cubrimientos directivos, por lo que emplear dipolos, cuya radiación es omnidireccional, no es lo más adecuado ya que se desperdicia gran cantidad de energía hacia lugares indeseados.

Al optimizarse la radiación mediante el uso de paneles, la ocupación requerida en torre es menor, para la misma ganancia.

La opción solicitada para antenas tipo panel fija en general dos o tres pisos (bays) de antenas para todas las estaciones, es decir, la misma ganancia para todas ellas. Dado que la distancia de las plantas transmisoras a las ciudades principales son diferentes, existirán casos en los que se excedan los valores de campo solicitados, y otros en los que no se alcancen. Es decir, no puede ponerse la misma antena en todas las estaciones y pretender obtener los mismos resultados.

Las antenas de paneles permiten operación multifrecuencia, es decir, combinar varios programas de FM sobre la misma antena.

En base a estas reflexiones, nos permitimos proponer varias alternativas (...).

8.3.3. En el cuadro comparativo de las ofertas realizado por INRAVISIÓN, consta que Iradio Ltda., presentó oferta económica tanto para las antenas dipolo como para las antenas tipo panel. En cambio, Antecol sólo ofreció para estas últimas (f. 36 y 37, c. 2).

² RYMSA es una empresa española, Radiación y Microondas S.A., de la cual Iradio Ltda., es agente en el territorio colombiano (f. 204 y 205, c. 2).

8.4. El 14 de agosto de 1995, Inravisión procedió a adjudicar el contrato en la “audiencia de negociación” que llevó a cabo para tal fin, con la participación de representantes de las empresas proponentes. En la correspondiente acta, consta que la firma Satélites y Señales no presentó los documentos de certificación como agente distribuidor, razón por la cual no se consideraría su propuesta³ (f. 11, c. 2 y f. 35, c. 3).

8.4.1. A continuación, se efectuó un listado de la oferta económica inicial y el plazo propuestos por cada empresa y luego, el de la oferta final, que fue el siguiente:

EMPRESA	VALOR + IVA	
	DIPOLOS	PANEL
Satélites y Señales Ltda.		
Visolec Ltda.	107.678.070	
Imagen y Audio Ltda.	104.820.841	
A2G Ingenieros Ltda.	248.520.000	444.400.000
Equielectro Ltda.		670.478.000
Fastware Ltda.	337.560.000	465.000.000
Antecol Ltda.		147.000.000
Iradio Ltda.	263.000.000	489.010.000
Istronyc Ltda.	350.000.000	511.644.100

8.4.2. Se anotó que “Partiendo de la información expresada por los funcionarios de la Subdirección Técnica y los demás asesores, se decide que la adjudicación debe ser para los Sistemas de Antenas tipo panel” y en seguida, que “(...) por razones presupuestales, se decide adjudicar el contrato a la firma IRADIO LTDA por valor de ciento cincuenta millones de pesos m/cte (\$150.000.000.00) incluido IVA, para cuatro (4) Sistemas de Antenas en las Estaciones: PLANADAS, MANJUI, EL TIGRE y TASAJERO”, que Iradio Ltda., se comprometió a instalar en 140 días contados a partir de la fecha de recibo del anticipo.

8.5. Dos de los proponentes que participaron en el procedimiento de selección de

³ Aunque el acta dice que en la audiencia pública de adjudicación participaron los proponentes, quienes presentaron contraofertas, no aparece suscrita sino por el representante de la firma Iradio Ltda., favorecida con la adjudicación. Sin embargo, el demandante admite que fueron convocados a tal audiencia y uno de los testigos en el proceso, el señor Orlando López Millán, representante legal de una de las firmas que fue proponente en el procedimiento de selección, manifestó su extrañeza ante tal hecho de no constar las firmas de los demás proponentes en el acta, cuando habían participado en la audiencia (hecho 4 de la demanda, f. 4, c. 1 y f. 73, c. 3).

contratista adelantado por INRAVISIÓN declararon que en el mismo se podían presentar propuestas alternativas:

8.5.1. El ingeniero Ismael Enrique Sánchez Caicedo, subgerente de la firma Fastware Ltda., manifestó que había trabajado en Inravisión desde 1970 hasta 1987, en donde se desempeñó como profesional universitario en la red de transmisiones durante 13 años y luego como jefe de estudios y de planeación. A la pregunta de si sabía que se podían presentar propuestas alternativas a lo solicitado por Inravisión, contestó: *“Se pueden presentar ofertas alternativas dependiendo del criterio técnico y de las especificaciones para cada estación. Sé que se pueden presentar alternativas porque hemos presentado varias ofertas en Inravisión y cuando se observa que los sistemas están sobredimensionados se puede ofrecer alternativas que cumplen también con los requisitos técnicos”*. Se le preguntó si sabía que la firma Iradio Ltda. había presentado una oferta alternativa a las condiciones técnicas pedidas por Inravisión, a lo cual respondió que *“No sé si Iradio presentó propuesta alternativa. Revisando la propuesta que se me pone de presente y que obra en el expediente, veo que hay dos opciones, la A y la C, son de Rymsa y lo pedido por Inravisión. Revisando el expediente en los folios 160, 161, 163, del cuaderno 2, en la parte del Distribuidor de antenas, el ofrecido para 8 estaciones que estoy mirando en el expediente, es de 1 5/8 en lugar de 1 1/8 que es el solicitado. Falta el listado de las estaciones de la oferta técnica, en Manjuí y El Tigre. En el folio 169 y 170 figura que el conector de entrada ofrecido, es de 1 5/8”* (f. 66, c.3).

8.5.2. El ingeniero Orlando López Millán, gerente de la empresa A2G Ingenieros, quien también laboró en Inravisión entre 1976 y 1992, como ingeniero de mantenimiento, ingeniero jefe de zona e ingeniero jefe de la red nacional de radio y televisión, manifestó que Inravisión invitó en forma directa a varias empresas a cotizar los sistemas de antenas descritos y la adjudicación se hizo mediante audiencia pública en la modalidad de contraofertas económicas, por cuanto se suponía que quienes participaban cumplían con las especificaciones técnicas exigidas; sostuvo que con anterioridad a la audiencia de adjudicación se hizo una reunión técnica, con el fin de aclarar todas las dudas acerca de la cotización; dijo que *“(…) sí sabía que Iradio se presentaba y se podían presentar ofertas alternativas. En estos casos el proponente a no ser que lo diga específicamente que no se aceptan alternativas, los proponentes podemos presentarlas, lógicamente éstas deben ser para superar las condiciones exigidas”*. Se le

preguntó qué opinión le merecía la oferta alternativa de Iradio, a lo cual respondió que *“Es muy difícil dar un concepto inmediato habría que entrar a analizar si la propuesta alternativa cumplía con las especificaciones iniciales exigidas. Noto que hay unas correcciones a mano de la propuesta alternativa donde se indican unas variaciones en las características, esto quiere decir, que la alternativa en estos puntos no cumpliría con lo solicitado”* (f. 71, c. 3).

8.6. La razón de la entidad demandada para seleccionar la oferta alternativa de Iradio Ltda., fue la calidad de las antenas ofrecidas, el respaldo técnico de la empresa española representada por la proponente y el menor costo relativo, respecto de las demás propuestas que versaban sobre antenas de última tecnología. Consideró que la propuesta de Antecol Ltda., no era adecuada ni favorable, porque no podía demostrar la calidad de las antenas ofrecidas por carecer de laboratorio y equipos necesarios para ello, no poseía respaldo, garantía ni homologación internacionales, no se trataba de la última tecnología y con anterioridad había vendido a Inravisión, unas antenas que habían presentado problemas de calidad (Testimonio del señor José Orlando Páez Virguez, ingeniero electrónico que en el momento de la declaración se desempeñaba como independiente, pero para la época de los hechos era funcionario de la sección técnica de la radio de Inravisión a la cual, según su testimonio, le correspondió la elaboración de las condiciones técnicas de las antenas a adquirir⁴. También obra

⁴ El testigo Páez Virguez, manifestó que en relación con las ofertas presentadas, que evaluaron desde el punto de vista técnico, debían verificar que las mismas cumplieran unas especificaciones técnicas que les garantizara un nivel de señal óptimo de radio en los diferentes sitios que se estaban solicitando. La favorecida con la adjudicación, Iradio Ltda., cumplía con las especificaciones técnicas exigidas y además en la entidad, por experiencia, conocían las antenas que les estaban ofreciendo y la trayectoria de sus fabricantes. En relación con la oferta de Antecol Ltda., sostuvo que no demostró que las antenas ofrecidas cumplieran con las características técnicas exigidas, además ofrecía unas antenas sobredimensionadas en potencia, que podía conducir a fallas en el montaje e instalación por pérdidas, al no hacer los acoples respectivos. El testigo manifestó que Inravisión había tenido una mala experiencia con unas antenas que le habían comprado a Antecol Ltda., que no funcionaron adecuadamente, además dijo que él conoció las instalaciones de la firma, que era un garaje y allí no existían equipos electrónicos para las mediciones de campo o laboratorio para las mismas, como sí los tenía la firma Rymsa en España, representada por Iradio Ltda. En similares términos, obra testimonio del señor Guillermo González González, ingeniero electrónico y jefe técnico de la Radio Nacional, en Inravisión, quien informó que los requerimientos técnicos esenciales para la adecuada prestación del servicio de la Radio Nacional eran un nivel mínimo de señal en cada una de las ciudades en donde iba a ser instalado el sistema, *-se pedían 4 milivoltios- “(...) y de ahí se derivan los arreglos de los sistemas y la cantidad de antena requerida para lograr ese nivel de señal”*; que ese estudio les correspondía hacerlo a los proponentes. También se exigía un mínimo de ganancia por antena en decibeles, un mínimo de potencia por antena, un mínimo de potencia radiada por antena *-5 kilovatios-*. Sobre la posibilidad de Antecol de demostrar que sus antenas cumplirían los parámetros requeridos, el testigo sostuvo que conoció sus instalaciones y realmente se trataba de un taller de mecánica,

el testimonio de Augusto Javier Bohórquez Villalón, ingeniero electrónico, jefe de la red de transmisores de Inravisión, quien manifestó que “(...) *en cuanto a las razones presupuestales, eran debido a que se tenía una cantidad de dinero para esta compra por \$150 millones de pesos (...)*” f. 55, 77 y 82, c. 3).

III. El problema jurídico

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si se probó la ilegalidad del acto administrativo demandado y la vulneración del derecho del demandante a la adjudicación del contrato objeto de dicha decisión, por haber presentado la mejor oferta, para lo cual se analizará i) el régimen jurídico aplicable al proceso de selección que culminó con el acto administrativo demandado, ii) la naturaleza de las ofertas alternativas, iii) la procedencia de su presentación en el procedimiento adelantado por INRAVISIÓN en el presente caso y iv) si se probó por el demandante que su oferta fue la mejor.

IV. Análisis de la Sala

10. La actuación adelantada por Inravisión para la adquisición de antenas para 10 estaciones de radio, culminó con la adjudicación a favor de la firma Iradio Ltda., producida a través del acto administrativo que es objeto de impugnación en el presente proceso, el cual se encuentra investido de la presunción de legalidad, que sólo puede ser desvirtuada a través de sentencia judicial que declare la nulidad del acto, una vez se compruebe la existencia de un vicio invalidante, es decir, de alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder,

sin ningún instrumento de los conocidos para este tipo de labor, que no existía ninguna garantía de que el producto de ellos cumpliera y que no contaban con certificación alguna de compañía internacional que homologara la calidad de ese producto. En relación con la firma favorecida con la adjudicación, sostuvo que la sociedad Iradio Ltda., era representante de la compañía española Rymsa S.A., que ya había vendido a Inravisión varios sistemas de antenas. Por conocer “(...) *la calidad de este producto y siendo la oferta económica más baja dentro de las compañías que ofrecían productos internacionales se prefirió adjudicar el contrato a la compañía Iradio (...)*”, pues llenaba completamente las expectativas de la entidad, fl. 59, cdno. 3). Por su parte, el señor Augusto Javier Bohórquez Villalón, ingeniero electrónico, jefe de la red de transmisores de Inravisión, sostuvo que “(...) *antes de adjudicarse y contratarse las razones técnicas fueron discutidas en la misma audiencia pública. Antecol ofreció antenas que no estaban garantizadas para nuestro servicio bajo ningún tipo de homologación más sin embargo sabíamos que en Inravisión como lo comunicó el ingeniero Pedro Acero, antenas de Antecol tuvieron problemas en los sistemas de irradiación instalados*”. f. 77 y 82, c. 3).

desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa o violación de la regla de derecho de fondo, es decir, de la norma jurídica en que debía fundarse -violación de la ley-.

11. Así mismo, dentro de la dinámica de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la finalidad que con ella se persigue, se requiere para la prosperidad de las pretensiones que se eleven al juez en ejercicio de dicha acción, la comprobación de que el acto demandado lesiona un derecho amparado en una norma jurídica (art. 85, C.C.A), para obtener, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, el restablecimiento de dicho derecho y/o la indemnización de los perjuicios que se hayan derivado del acto administrativo ilegal.

12. Específicamente en relación con la impugnación de los actos administrativos por medio de los cuales las entidades estatales adjudican contratos, ha dicho la jurisprudencia de la Sección que resulta necesario comprobar, de un lado, la ilegalidad de la decisión, y de otro lado, que la oferta de quien demandó era la más favorable, para que sus pretensiones anulatorias e indemnizatorias tengan vocación de prosperidad:

Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración⁵.

13. En el presente caso, el demandante adujo como fundamento de su impugnación, que la oferta presentada por la firma Antecol Ltda., fue más económica y técnicamente superior a la presentada por la firma Iradio Ltda., y además, que se le adjudicaron 4 sistemas de antenas, cuando la invitación había

⁵ Sentencia del 19 de septiembre de 1994, expediente 8071, actor: Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza Gonzalez, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Esta posición ha sido reiterada en múltiples ocasiones. Ver a título de ejemplo, las siguientes sentencias de la Sección: 13 de mayo de 1996, expediente 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; 17 de marzo de 1995, expediente 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 30 de enero de 1995, expediente 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández; 13 de mayo de 1996, expediente 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; 26 de septiembre de 1996, expediente 9963, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 28 de abril de 2005, expediente 12025, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

sido para 10, con lo cual se modificaron los términos de referencia, al cambiar el número de antenas a instalar en las 4 estaciones de Planadas, Manjuí, El Tigre y Tasajero, acogiendo la propuesta alternativa presentada por la firma Iradio Ltda., cuando en el procedimiento de contratación directa que se adelantó, no hubo términos de referencia en los que se autorizara dicha posibilidad.

Régimen jurídico de la contratación

14. El acto administrativo demandado en el *sub-lite*, fue proferido por el director ejecutivo de Inravisión mediante acta suscrita también por otros funcionarios de la entidad: el director de Radio Nacional, el subdirector técnico, el subdirector financiero, el jefe de la oficina jurídica, la delegada subfinanciera y el jefe de compras. El Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión, fue creado por la Ley 42 de 1985 como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, de segundo grado, del orden nacional, sujeto a la tutela del Ministerio de Comunicaciones, que tenía a su cargo la prestación de los servicios públicos de televisión y radiodifusión oficial y que fue suprimida mediante el Decreto 3550 de 2004.

15. Para la época en la que fue expedido el acto administrativo acusado, esto es, el acta de adjudicación de la invitación n.o 16 de 1995, ya se hallaba vigente la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 38 dispone que *“Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley”*, y determinó que *“[l]os estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración”*, estableciendo además, que *“[l]os procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”*.

16. De acuerdo con la anterior disposición, la Junta Administradora de Inravisión expidió el Acuerdo n.o 10 del 1º de febrero de 1994, *“Por medio del cual se expide*

*el estatuto interno de contratación del Instituto Nacional de Radio y Televisión – INRAVISION (...)*⁶, en cuyo artículo 1º se estableció que dicho estatuto “(...) se aplicará en cuanto a los procedimientos, cláusulas excepcionales y cuantías, a todos los contratos de cualquier clase que se requieran para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen”, precisando en su párrafo que “[e]l régimen de los contratos sobre los aspectos a que no alude el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, será el general previsto por esta ley, para los contratos de las entidades estatales”, lo cual significa que en todos los demás contratos distintos a los allí mencionados, se aplicaría el estatuto de contratación estatal. El mencionado acuerdo contempló como modalidades de selección de contratistas, la solicitud directa y la solicitud pública de ofertas según la cuantía (art. 2), teniendo en cuenta el presupuesto oficial o estimativo de costos elaborado por la entidad (art. 3)⁷.

17. En el presente caso, en donde el objeto a contratar eran equipos de transmisión consistentes en antenas de radio, se adelantó un procedimiento de solicitud directa de ofertas, puesto que fue dirigida a personas determinadas por la entidad⁸, el cual según el artículo 4º del mencionado acuerdo, se reguló en los siguientes términos:

“ARTICULO 4º. Solicitud directa de ofertas y cuantías de contratación.

Es el sistema por el cual se invita a presentar ofertas a uno o varios proponentes con capacidad de celebrar y ejecutar el contrato, de acuerdo con lo siguiente:

a) Cuando se trate de contratos cuya cuantía sea igual o inferior a 100 salarios mínimos legales mensuales se requiere como mínimo de una cotización y el acuerdo de voluntades entre las partes se perfecciona con la suscripción de la

⁶ Copia auténtica de este acuerdo es visible en el f. 2 del c. 3.

⁷ “ARTÍCULO 2º. Modalidades de selección. Las modalidades de selección de contratistas en los contratos de que trata el artículo 1º del presente estatuto, son: la solicitud directa y la solicitud pública de ofertas”. “ARTÍCULO 3º. Trámite según la cuantía. Para efectos de determinar la modalidad de selección se tendrá en cuenta el presupuesto oficial o estimativo de costos elaborado por INRAVISIÓN independientemente del valor de las ofertas que se presenten. // Cuando el valor del presupuesto oficial del contrato fuere inferior o igual a 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, podrá contratarse mediante solicitud directa. // Cuando el valor del presupuesto oficial del contrato fuere superior a 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, requerirá de solicitud pública de ofertas”.

⁸ Además el salario mínimo para 1995 era de \$ 118 933,50, lo que significa que el presupuesto de contratación para esta adquisición, que según el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal (fotocopia de documento público, f. 15, c. 2) era de \$ 150 000 000,00, equivalía a 1261,2 salarios mínimos legales mensuales vigentes en ese momento, cuantía conforme a la cual debían obtenerse al menos 3 cotizaciones, a través de la solicitud directa de ofertas.

orden de compraventa, suministro o prestación de servicios según el caso.

La orden indicará, entre otros aspectos, el nombre del contratista, el objeto del contrato, con todas las especificaciones, plazo, valor y forma de pago, así como la vigencia y cuantía de la garantía única, cuando se considere necesario. La iniciación del proceso de contratación por este sistema, presupone la existencia de la respectiva partida o disponibilidad presupuestal. La orden de compraventa, suministro o prestación de servicios, constituye al mismo tiempo el acto de ordenación del gasto.

b) Cuando la cuantía del contrato sea superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inferior a 2500 salarios mínimos legales mensuales vigentes se requiere de la solicitud de tres (3) cotizaciones a quienes estén en condiciones de celebrar el contrato y la presentación mínima de una (1) de ellas que cumpla con el objeto de la contratación.

c) Cuando la cuantía del contrato esté comprendida entre 2500 y hasta 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se requiere de la solicitud de cinco (5) cotizaciones a quienes estén en condiciones de celebrar el contrato y la presentación mínima de una de ellas que cumpla con el objeto de la contratación.

En las solicitudes directas de cotización, podrá establecerse la etapa de negociación a que se refiere el numeral 5º del artículo 6º9.

Los principios de la contratación

18. De acuerdo con lo anterior, se observa que si bien en cuanto a la forma de escoger a sus contratistas y en los contratos que celebrara Inravisión para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios en donde se ubicaran, no estaban sujetos a las normas de la Ley 80 de 1993 sino a los procedimientos establecidos en su propio estatuto contractual, sí debían cumplir con los principios de la contratación estatal y en especial “(...) los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”, tal y como reza el artículo 38 de la misma.

19. Los principios, junto a las reglas, como lo ha manifestado la jurisprudencia del Consejo de Estado, “(...) son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un

⁹ “5. ETAPA DE NEGOCIACIÓN. En los casos en que el funcionario responsable de la contratación así lo estime, un comité asesor, integrado con participación de las áreas jurídica, técnica y financiera, designados por el representante legal de INRAVISIÓN tendrá a su cargo conceptuar sobre las condiciones generales de las propuestas seleccionadas y plantear fórmulas y alternativas que aplicadas a las propuestas globalmente consideradas, redunden en beneficio de los intereses de la entidad y de las actividades y servicios a su cargo. // El comité asesor diseñará y desarrollará mecanismos o sistemas de negociación que permitan optimizar las propuestas, brindando igualdad de oportunidades a los oferentes, respetando los principios de economía y transparencia”.

deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada.¹⁰ (...) los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales”¹¹. En cuanto a la fuerza normativa y vinculante de los principios, la Corte Constitucional ha manifestado:

Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden¹².

20. En relación con el ámbito conceptual de los principios, su diferencia con las reglas y la función que cumplen, la Corte señaló:

La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

Así las cosas, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a

¹⁰ [32] “... Con frases harto expresivas lo ha proclamado RIVERO: ‘Los principios generales tienen pleno valor de Derecho Positivo, considerándoles éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita’. Por consiguiente, su valor es indiscutible, hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial”. Ob. Cit. GONZÁLEZ, Pérez Jesús. Ob. Cit Pág. 50”.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244 y 31447, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica (...).

Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

*(...) Es claro entonces que mientras una regla jurídica se somete a pautas y criterios que determinan su aplicabilidad a cada caso en concreto a partir de la pérdida de su fuerza normativa; en tratándose de los principios dicha fuerza se mantiene inalterable, independientemente de que resulten aplicables o no a un caso concreto (...)*¹³.

21. Es claro entonces, que al establecer la ley que los contratos exceptuados del régimen de contratación estatal en todo caso seguían sometidos a sus principios, subordinó la conducta de la administración al cumplimiento de actuaciones que garanticen la aplicación de los criterios contenidos en los mismos, los cuales, así el reglamento de la entidad no los hubiere desarrollado en forma expresa, continúan siendo obligatorios en su actividad contractual.

La selección objetiva

22. En relación con el deber de selección objetiva¹⁴, se trata de un principio que rige la contratación de las entidades estatales, por cuanto a través del mismo se propende por lograr una selección de contratistas imparcial, ajustada exclusivamente a los parámetros de evaluación y calificación establecidos en forma clara, concreta y completa por el pliego de condiciones o términos de referencia –los cuales deben apuntar únicamente a la determinación de la oferta que en conjunto ofrezca las mejores condiciones para la ejecución del objeto

¹³ Corte Constitucional, sentencia C- 818 del 9 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 vigente para la época del procedimiento de selección adelantado por Inravisión, definía la selección objetiva como aquella “(...) en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”; y en relación con el ofrecimiento más favorable, estableció que “(...) es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido”.

propuesto- y ajena a cualquier consideración de índole subjetiva y personal dirigida a favorecer o perjudicar a alguno de los proponentes, sin la interferencia de tratos preferenciales o injustos que atenten contra el principio de igualdad frente al proceso de selección –que implica brindar un tratamiento idéntico para todos los oferentes en las mismas condiciones¹⁵- y desligada de cualquier influencia externa que la desvíe de su finalidad, cual es la de lograr la correcta y cumplida ejecución del objeto contractual por quien presentó la mejor oferta y

¹⁵ “El principio de igualdad en un proceso de contratación es desarrollo del derecho constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política (...). El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones. // Por ende, este principio implica, entre otros aspectos, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas (...); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (...); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso. // En este contexto, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que la igualdad se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, siguiendo a la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración. // De acuerdo con lo anterior, la igualdad en la contratación pública no limita el derecho de la entidad de dar preferencia a quien mejores calidades y condiciones tenga y acredite, toda vez que es el cometido de la selección objetiva que ordena la ley. En efecto, por regla general los interesados -aspirantes o participantes- en un proceso de selección tienen diferentes calidades derivadas de su experiencia, de su organización, de los equipos que pueden poner a disposición del contrato, etc.; sin embargo, el tratamiento diferente que puede establecer la entidad en sus pliegos de condiciones para satisfacer la específica necesidad tiene su fundamento en el interés general perseguido con el contrato y no vulnera el derecho a la igualdad. (...). // En conclusión, el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244 y 31447, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

cumplió con todos los requisitos exigidos.

23. Este deber de selección objetiva debe cumplirse no sólo cuando se adelantan procedimientos licitatorios o concursos de méritos, sino en toda actuación que se adelante con miras a la selección de un contratista de la administración, puesto que ni siquiera cuando el ordenamiento legal autoriza la contratación directa, puede la administración escogerlo de manera subjetiva y arbitraria, ya que este mecanismo de contratación no se traduce en una facultad discrecional e independiente del funcionario competente para adjudicar ni queda librada a su solo deseo o voluntad, puesto que también en estos casos, se le exige efectuar la adjudicación de manera objetiva, es decir desligada de consideraciones de índole íntima y personal y libre de la influencia de intereses particulares, con fundamento exclusivamente en los factores de evaluación previamente establecidos e informados a los proponentes, con observancia estricta del principio de igualdad y con el único fin de seleccionar la oferta más favorable para la administración y para el cumplimiento de sus fines.

El principio de transparencia

24. En estrecha vinculación con el deber de selección objetiva, se halla el principio de transparencia, respecto del cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *“(...) garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N).”*¹⁶

25. La aplicación de este principio en la etapa precontractual y más concretamente en los procedimientos de selección de contratistas, implica que la regla general sea el adelantamiento de licitación pública o concurso, en la medida en que

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de diciembre de 2000, expediente 17088, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

garantizan la concurrencia de oferentes, aunque se admite la posibilidad de que en ciertos casos, en los que por la naturaleza del objeto a contratar, o la cuantía del futuro contrato, o la necesidad de una mayor agilidad en la escogencia del contratista, sean otros los mecanismos utilizados para seleccionarlo, como cuando se autoriza la contratación directa.

26. También constituye una manifestación del principio de transparencia, el deber de elaborar un pliego de condiciones o términos de referencia que rijan el respectivo procedimiento de selección y que contengan las reglas objetivas, justas, claras, completas y precisas que permitan la adecuada confección de las ofertas, el señalamiento en dichos documentos de las reglas de adjudicación del contrato, la publicidad de los informes, conceptos y decisiones que en dicha etapa se produzcan, así como la posibilidad de contradicción de los mismos por parte de los participantes.

27. En estas condiciones, está a cargo de las entidades la implementación de los mecanismos necesarios para garantizar que la selección de sus contratistas cumpla con la objetividad que el ordenamiento impone -y con la cual se encuentran íntimamente imbricados los principios de igualdad y transparencia-, bien sea en procesos licitatorios o de contratación directa o cualquier otra modalidad legalmente permitida y así estén sujetos a las normas de contratación estatal o a las normas de derecho privado o a regímenes especiales autorizados por la ley, como en el presente caso, en el cual se permitía la selección del contratista a través del procedimiento de solicitud de cotizaciones, en el cual las actuaciones de la entidad estatal en esta materia, debían apuntar a que la adjudicación de los contratos recayera sobre la oferta más favorable para la administración, teniendo en cuenta para ello la evaluación de los requisitos exigidos en la solicitud de cotización o términos de referencia, según el caso, pues se reitera, el hecho de que no se tramite un procedimiento de selección formal, como es el de la licitación pública, no significa de manera alguna que la escogencia del contratista pueda ser arbitraria y caprichosa. Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación, refiriéndose a los casos de la contratación directa, manifestó:

(...) aún cuando se trate de una contratación directa, la misma debe contar con un procedimiento cierto en el que se respeten el derecho de igualdad de los oferentes, el principio de transparencia y el deber de selección objetiva; debe por lo tanto existir completa información sobre el objeto a contratar, los requisitos mínimos que deben reunir los interesados en presentar cotizaciones, así como los

factores de evaluación y calificación de las ofertas que serán tenidos en cuenta por la Administración, con miras a seleccionar la propuesta que resulta más favorable, puesto que para lograr una selección objetiva, se hace necesario

“(...) que por medio de la utilización de ciertos factores evaluadores sea posible elegir la mejor de las propuestas, evitando una contratación sustentada en criterios subjetivos o discrecionales de la Administración. Con su observancia se protege el principio de la igualdad en el tratamiento de las diferentes propuestas y se garantiza la satisfacción del interés de la comunidad.

En dichos eventos lo que hace la entidad contratante, es elaborar una invitación para que le sean presentadas diferentes propuestas, y escogerá la que considere la mejor luego de compararlas entre sí. En la solicitud, deben establecerse ciertos parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y de esa manera propiciar una selección objetiva. Esa solicitud se encarga de establecer cuales serán los bienes objeto del contrato, lo que se espera de calidad, precio y plazo y qué factores se tendrán en cuenta con su respectiva calificación”¹⁷.

Se trata entonces, de desterrar cualquier posibilidad de desviar la contratación estatal de los fines propios que la justifican y de los principios que la informan, propendiendo por una escogencia de contratistas objetiva, en la que los factores de selección estén constituidos por aquellas cuestiones que determinan realmente la mayor o menor calidad del bien, obra o servicio a contratar y que por lo tanto permiten establecer cuál es la oferta más favorable para la Administración, desde el punto de vista técnico y económico, que es lo que realmente importa desde la perspectiva del cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés general¹⁸.

28. Volviendo al presente caso, observa la Sala que a pesar de la complejidad del objeto contractual que pretendía adjudicar Inravisión mediante el procedimiento de selección de contratistas que precedió al acto administrativo demandado y que se refleja en la descripción de las condiciones técnicas que incluyó en la invitación a cotizar, la entidad no elaboró unos términos de referencia que cumplieran a cabalidad con los principios enunciados de transparencia y selección objetiva, puesto que si bien hubo tal descripción técnica del objeto contractual, no se incluyó en la invitación un capítulo en el que se informara el método de evaluación y adjudicación que utilizaría la entidad, de tal manera que los proponentes tuvieran conocimiento de los factores de calificación y ponderación que serían aplicados a sus ofertas y que determinarían la decisión final.

29. Esa omisión, a juicio de la Sala, constituye una irregularidad cuestionable en el trámite contractual de una entidad estatal, en la medida en que permite abrir las puertas a la posibilidad de decisiones discrecionales, subjetivas y arbitrarias,

¹⁷ [9] “Sentencia del 10 de agosto de 2000, ya citada”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, expediente 14941, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

divorciadas de la finalidad última de los procedimientos de selección de contratistas, que es, se reitera, la escogencia objetiva e imparcial de la propuesta más conveniente para la entidad y para el cumplimiento de los fines que ella busca.

30. Por otra parte, careciendo de tales factores de calificación en los términos de referencia o invitación a cotizar que fueron enviados a los proponentes, se desconoce cuál o cuáles fueron los criterios objetivos, serios e imparciales que se tuvieron en cuenta a la hora de adjudicar, teniendo en cuenta que el aspecto técnico no pudo establecerse en el *sub-lite*, por la falta de un dictamen pericial que brindara luces sobre la calidad de las distintas propuestas presentadas y sobre la decisión de la administración de escoger a una de ellas sobre las demás, como se verá más adelante.

31. La irregularidad advertida en el procedimiento de selección de contratistas que adelantó Inravisión, demuestra que su actuación no fue propiamente un ejemplo de buena práctica administrativa y que el manejo del procedimiento fue ligero e informal, más allá de lo que resulta conveniente desde el punto de vista de la selección objetiva, a pesar de que estrictamente pueda afirmarse que el reglamento de contratación de la entidad no contiene exigencias adicionales a la simple petición de la cotización, cuando se trata de la adquisición de bienes que se ajusten por su cuantía a dicho sistema de solicitud directa de ofertas, por cuanto como ya se anotó, los principios de la contratación estatal se imponen y su cumplimiento debe ser riguroso en todos los casos, aún por encima de la reglamentación implementada por la entidad.

32. Esta deficiencia en el procedimiento de selección del contratista adelantado por Inravisión, a juicio de la Sala, afecta la validez del acto de adjudicación, pues aunque se trató de un evento de contratación directa, sin la formalidad de una licitación pública, respecto del mismo se debió garantizar el principio de transparencia y la selección objetiva, en los términos expuestos. En consecuencia, resulta procedente la declaratoria de nulidad de la decisión y así se decidirá en la parte resolutive de esta providencia.

33. En cuanto al restablecimiento del derecho impetrado como consecuencia de la nulidad que se declarará, como es bien sabido, para la prosperidad de tal pretensión resulta necesario que el demandante acredite que con el acto

administrativo ilegal se produjo la vulneración de un derecho legalmente protegido del cual él es el titular. En el presente caso, Antecol Ltda. sostuvo que la adjudicación recayó en forma indebida en la oferta alternativa de otro proponente –Iradio Ltda.-, a pesar de que la suya fue la mejor, por lo tanto procederá la Sala a estudiar estos cargos, para establecer la procedencia o improcedencia de las pretensiones indemnizatorias.

Ofertas alternativas.

34. Los procesos de contratación que adelantan las entidades estatales, están precedidos de una etapa de planeación y preparación en la cual uno de los primeros pasos consiste en establecer las necesidades de la administración y la forma como las mismas serán satisfechas, mediante la obtención, luego de un procedimiento de selección de contratistas, de un determinado objeto a contratar: un bien, una obra o servicio, a partir de la escogencia de la oferta que consideren más conveniente, teniendo en cuenta para ello los pliegos de condiciones o términos de referencia que regulan el respectivo procedimiento, documentos en los cuales se incluyen los requisitos y exigencias que deben cumplir los participantes que aspiran a resultar favorecidos con la respectiva adjudicación del contrato, así como la determinación y descripción precisa del objeto de la futura contratación y las condiciones jurídicas, técnicas y económicas de la misma.

35. La planeación es un imperativo que se debe cumplir, independientemente del régimen jurídico al que se hallen sometidas las entidades estatales en materia contractual, en cuanto implica la determinación anterior y completa de todos los aspectos relacionados con el negocio jurídico que pretenden celebrar, para efectos de adquirir los bienes, obras y servicios requeridos para la cumplida ejecución de sus funciones, de tal manera que la actuación administrativa se lleve a cabo de manera ordenada, eficiente y eficaz, impidiendo las improvisaciones, garantizando la correcta ejecución del presupuesto oficial y evitando que por este medio se produzca el detrimento patrimonial de las entidades.

36. Es así como de manera previa a la iniciación de cualquier gestión o procedimiento de selección de contratistas o a la celebración del respectivo contrato, cuando lo pueden hacer de manera directa, se han debido agotar diferentes análisis y estudios, como los tendientes a establecer las necesidades reales de la entidad y su priorización, de acuerdo con los planes de inversión y los

programas de compras elaborados con antelación; la conveniencia y oportunidad de la contratación prevista, la modalidad de contrato requerida para la obtención del objeto que se pretende adquirir, el estudio de mercado que se requiera para determinar la existencia de posibles oferentes y para establecer los valores aproximados de la contratación, la existencia de las partidas presupuestales necesarias, la obtención de los permisos, licencias o autorizaciones que se exijan, la elaboración de los planos, diseños y proyectos necesarios, la adquisición de los predios, cuando se trate de la construcción de obras y así mismo, en relación con el futuro negocio jurídico, la determinación del plazo de ejecución, la forma de pago a pactar, el análisis y valoración de los riesgos previsibles, las garantías que se deben exigir al contratista, etc.

37. Esto quiere decir que cuando la entidad convoca a los particulares para presentar ofertas con miras a la adjudicación y celebración de un contrato, lo normal es que ya deba tener definidos los aspectos de la futura negociación. No obstante, es claro también que resulta imposible prever todas las circunstancias que rodean la celebración de un contrato y todas las posibilidades de solución de una determinada necesidad, por lo que en algunas ocasiones, resulta útil dejar un margen de maniobra que le permita a la administración tomar la decisión más conveniente a la hora de evaluar las propuestas y decidir la adjudicación, mediante el mecanismo de la admisión de ofertas alternativas, a través de las cuales los interesados puedan proponer variaciones que en un momento dado resulten más idóneas para la satisfacción de ese requerimiento que se busca solventar mediante el objeto contractual a adquirir. Así lo ha reconocido el ordenamiento legal de los contratos estatales –num. 6º, art. 30, de la Ley 80 de 1993- al consagrar la posibilidad de presentar ofertas alternativas y excepciones técnicas o económicas.

38. Es así como en algunas ocasiones, los proponentes pueden presentar variaciones en relación con los requerimientos de la administración, sobre aspectos tales como el plazo de ejecución, la forma de pago, el aspecto técnico del objeto mismo del contrato, etc., que han sido denominadas usualmente, como excepciones u ofertas alternativas. La doctrina las ha definido como aquellas que *“(...) todo licitador puede presentar, además de la oferta básica y obligatoria ajustada a los pliegos de condiciones, conteniendo su propio proyecto y*

condiciones, con la documentación técnica que la avale” 19.

39. En relación con la presentación de ofertas alternativas en los procesos de selección de contratistas que adelantan las entidades estatales, se observa que no existe un desarrollo normativo relacionado con el tema, más allá de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 -que define las reglas del procedimiento de licitación pública para aquellas entidades sujetas a esta ley-, norma de conformidad con la cual los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas, siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación. Sobre esta clase de ofrecimientos, la doctrina ha manifestado:

La alternativa o la opción implica la posibilidad de que el oferente presente una solución distinta de la prevista en el pliego y que pueda resultar más conveniente para la administración, cumpliendo con el objeto y las condiciones del mismo.

(...) También será importante determinar, respecto de las especificaciones del objeto contractual, cuáles podrían permitirlo, partiendo de mayores estándares o superiores requisitos.

En la determinación del objeto el núcleo mínimo o esencial del objeto del contrato y el tipo del contrato mismo, corresponde identificarlo a la entidad estatal, es decir la prestación concreta que permita la satisfacción de la necesidad de servicio público que justifica la actuación contractual (obra, servicio o suministro). Se distingue este elemento esencial de los accesorios en el contenido del objeto.

Así, el elemento esencial corresponderá a la construcción de un hospital, y los accesorios corresponderán a la forma en que se va a ejecutar y los materiales más idóneos para emplear, entre otros, y ambos –esenciales y accesorios- formarán parte del objeto determinado. Si el oferente en la alternativa se aparta del núcleo esencial, estaría incumpliendo el pliego. Situación diferente si satisface dicho núcleo en mejor forma con la alternativa presentada o en mejores condiciones²⁰.

40. El Consejo de Estado también ha definido la propuesta alternativa como aquella “que acogíendose, exactamente, a las especificaciones del pliego de condiciones sobre el objeto a contratar, contiene otra posibilidad técnica para la ejecución del mismo sin que afecte el fin propuesto con la contratación. Y la propuesta con excepciones o desviaciones plantea una variación en aspectos, no substanciales, del objeto a contratar que permiten con la misma eficacia, prevista

¹⁹ Dromi, Roberto, “*Licitación Pública*”, Imprenta Buschi S.A., Buenos Aires, 10 ed., 2010, p. 370.

²⁰ González López, Edgar, “*El pliego de Condiciones en la Contratación Estatal*”, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2010, p. 113.

en el pliego, su ejecución técnica”²¹.

41. En relación con el deber de anunciar en los pliegos de condiciones o términos de referencia la posibilidad de incluir propuestas alternativas en las ofertas, existen criterios divergentes, puesto que algunos consideran que se trata de un derecho de los proponentes otorgado por la ley, que no puede ser coartado por la administración y que subsiste así no se anuncie en los pliegos, sosteniendo que:

La posibilidad de presentar alternativas o excepciones técnicas o económicas se regula como un derecho de los licitantes que la ley les confiere, a diferencia de otros regímenes en donde esta posibilidad sólo subsiste si es admitida de manera expresa por los pliegos. Por ende, no pueden impedir los pliegos de condiciones o términos de referencia las alternativas o excepciones. Entre otras razones porque constituiría desafortunado desperdicio de un inmejorable mecanismo de colaboración por parte de los interesados para sugerirle a la Administración formas de ejecución del objeto contractual más idóneas y si se quiere empleando tecnologías de punta²².

42. Y refiriéndose a lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 30, también ha sostenido la doctrina que “[l]a norma no deja duda sobre el derecho del proponente a presentar alternativas y excepciones dentro de los parámetros y regulaciones señalados en los pliegos de condiciones, y por ello consideramos que la administración no podría prohibir la presentación de ellas, pues estaría desconociendo un derecho reconocido en la ley”²³.

43. Mientras que para otros doctrinantes extranjeros y nacionales, resulta indispensable incluir en el pliego de condiciones o términos de referencia, de manera expresa y concreta, la posibilidad de presentar, junto a la oferta básica, otra alternativa, para que pueda ser tenida en cuenta y evaluada por la administración; así, para Dromi:

(...) las propuestas alternativas o suplementarias, como también se las llama, no son tomadas en consideración sino cuando tal posibilidad está expresamente prevista por el pliego de condiciones. Si éste nada dice al respecto, la Administración no puede adjudicar el contrato más que sobre la base de su requerimiento.

(...) La oferta distinta, alternativa o con mejoras, no exime al proponente de

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2000, expediente 12962, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²² Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, “*Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*”, Ediciones Legis, 2ª edición, Bogotá, 2003, p. 285.

²³ González López, Edgar, op. cit., p. 112.

*efectuar la presentación simultánea de la oferta básica o principal, ajustada a las bases. La presentación de la oferta alternativa al no estar acompañada por la oferta principal, provoca la exclusión de la concurrencia*²⁴.

44. Por su parte, Escola sostiene que en virtud del principio de igualdad en los procesos licitatorios, todos los oferentes deben estar en idénticas condiciones, de modo que ninguno de ellos pueda tener ventajas sobre los demás. En consecuencia, según este autor, cuando la administración hace una aclaración durante la licitación a solicitud de alguno de los proponentes, la misma debe ser puesta en conocimiento de todos los demás; si releva a algún proponente del cumplimiento de algún requisito exigido para participar en el procedimiento, debe relevarlos a todos; y además, *“todas las ofertas deben versar sobre la misma cosa, deben ser hechas en idénticas condiciones, y expresadas de la misma manera, sin admitir alternativas que no estén de antemano previstas”*²⁵.

45. En el ámbito nacional, se tiene:

(...) para que sean válidas las propuestas alternativas formuladas por los oferentes, es preciso que se cumplan dos requisitos: el primero, es que esta posibilidad se encuentre expresamente prevista en los pliegos de condiciones, porque en caso contrario, la admisión de propuestas alternativas conllevaría una modificación del objeto de los bienes, obras o servicios objeto del contrato, que como sabemos es inalterable.

*En segundo lugar, será necesario que el licitador, al lado de la propuesta alternativa o de las excepciones técnicas y económicas, presente simultáneamente la propuesta básica o alternativa, completamente ajustada a los términos de referencia, no sólo para preservar la libre concurrencia, sino también para prevenir que se le imponga a la Administración condicionamientos para la adjudicación. Por lo tanto, la propuesta alternativa que no se encuentre autorizada en los pliegos de condiciones, o que no se acompañe con una propuesta básica completamente ajustada a las bases del concurso, debe ser rechazada por la entidad licitante*²⁶.

46. El Consejo de Estado, refiriéndose a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 sobre el punto, ha dicho que *(...) resulta imprescindible que esta posibilidad esté consagrada en los pliegos y, por lo tanto, en ellos se autorice expresamente a los proponentes a presentar alternativas o excepciones técnicas y económicas de la propuesta inicial, de tal forma que se fijen de manera clara y precisa los factores*

²⁴ op. cit., p. 371.

²⁵ Escola, Héctor Jorge, *“Tratado Integral de los Contratos Administrativos”*, Volumen I, parte general, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 336.

²⁶ Escobar Gil, Rodrigo, *“Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”*, Legis Editores S.A., 1ª ed., 1999, p. 186 y 187.

de ponderación y escogencia objetiva. En consecuencia, se insiste, la forma, oportunidad y procedencia de las propuestas alternativas o excepciones técnicas o económicas depende del pliego que es ley del contrato”²⁷.

47. La Sala considera que este último es el criterio correcto y por lo tanto, se reitera que la admisibilidad de la presentación de ofertas alternativas en los procedimientos de selección de contratistas de las entidades estatales, dependerá de que tal facultad haya sido expresamente contemplada en los pliegos de condiciones o términos de referencia, por cuanto sólo en esta medida se pueden garantizar en debida forma los principios de igualdad y transparencia en la actuación administrativa tendiente a seleccionar contratistas, así como el deber de selección objetiva que recae sobre la entidad en el ejercicio de la actividad contractual.

48. El pliego de condiciones o términos de referencia, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección²⁸, es la ley del procedimiento de selección a la que se encuentran sometidos tanto los proponentes como la misma entidad estatal que lo adelanta y constituyen el marco regulatorio de esta etapa precontractual; por ello se ha dicho que se trata de un *acto “jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación”²⁹.*

49. Se trata del documento que contiene toda la información relacionada con los requisitos de participación de los interesados, la descripción del objeto a contratar, las distintas etapas de la actuación, los factores de evaluación y los criterios de adjudicación, razón por la cual se constituye en la guía rectora de las actuaciones de todos los participantes y de la entidad misma durante el trámite del procedimiento, quienes deben ajustarse estrictamente a sus términos y

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 18167, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁸ Al respecto, se pueden consultar sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: 27 de marzo de 1992, expediente 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 3 de febrero de 2000, expediente 10399, C. P. Ricardo Hoyos Duque; 29 de enero de 2004, expediente 10779, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 8 de junio de 2006, expediente 15005, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 5 de junio de 2008, expediente 8431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

disposiciones, los cuales deben ser claros, completos y suficientes para conducir a una selección objetiva del contratista.

50. Dentro de las disposiciones que debe incluir un pliego de condiciones o términos de referencia, ocupa lugar principal el capítulo relacionado con los criterios de adjudicación y la evaluación de las ofertas, puesto que es el que determina los límites dentro de los cuales la administración tomará su decisión y conduce a la comparación real de los ofrecimientos, de frente a los factores de calificación dispuestos por la entidad. Esta información resulta de la mayor importancia para los participantes en el procedimiento, puesto que con fundamento en la misma proceden a la elaboración de las ofertas, con la mira puesta en la obtención del mayor puntaje para alcanzar por este medio, la adjudicación del contrato en cuestión.

51. Por tal razón, la circunstancia de que la administración esté dispuesta a admitir la presentación de ofertas alternativas debe quedar expresamente establecida en el respectivo pliego o términos de referencia, pues lo contrario, es decir dejar librado a la interpretación de cada cual lo dispuesto por la norma que autoriza la presentación de ofertas alternativas en los procesos de selección de contratistas, implica el desconocimiento del principio de igualdad de los proponentes y la naturaleza reglada del procedimiento por medio del cual las entidades estatales seleccionan a sus contratistas. En consecuencia, esa posibilidad autorizada por la ley, debe concretarse en el reglamento particular de la licitación o concurso.

52. Con la inclusión expresa en el pliego de condiciones o términos de referencia de la facultad de presentar ofrecimientos alternativos, se le está dando publicidad a esa posibilidad y de contera, se da cumplimiento al principio de igualdad de todos los proponentes, el cual implica un tratamiento idéntico para los que participan en tales procedimientos, con las mismas reglas y sometidos a idénticos parámetros de valoración y calificación de sus ofertas. Tal exigencia ha sido considerada así mismo por la doctrina:

Ahora bien, ¿puede un licitador proponer otra solución técnica que la propuesta como base del contrato por la Administración? Las propuestas alternativas o 'suplementarias', como también se las llama, no son tomadas en consideración sino cuando tal posibilidad está expresamente prevista por el pliego de condiciones. Si este último nada dice al respecto, se concibe que la Administración (...) no puede adjudicar el contrato más que sobre la base de la solución que ella ha preconizado.

(...) nos estamos refiriendo a la oferta que presenta variaciones respecto de lo solicitado por el licitante. Su admisibilidad está supeditada a la previsión expresa en el pliego de condiciones. La oferta 'distinta', 'alternativa' o 'con mejoras', no exime al proponente de la presentación simultánea de la oferta 'básica o principal', ajustada a las bases. La presentación de la oferta alternativa sin acompañar también la oferta principal, provoca la exclusión de la concurrencia³⁰.

53. El requisito de inclusión en los pliegos de condiciones de la posibilidad de presentar ofertas alternativas, apunta entonces a garantizar la transparencia de las actuaciones de la administración y la selección objetiva del contratista, puesto que se asegura por este medio que todos los interesados en participar en el procedimiento de selección tendrán conocimiento de dicha posibilidad y en igualdad de condiciones, podrán así mismo, al lado de la oferta básica, presentar una alternativa para ser tomada en cuenta por la entidad.

54. Un aspecto que presenta cierta dificultad en relación con la presentación de las ofertas alternativas, es el relacionado con la forma de evaluarlas. Por ello, resulta imperioso que en el pliego de condiciones o términos de referencia en los que se autoriza la presentación de esta clase de ofertas, se informe también de manera clara, la forma como se efectuará la calificación de las propuestas básicas y cómo y de qué manera se evaluarán las alternativas, en el entendido de que para que esto último resulte procedente, es necesario i) que se hayan cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego, ii) que el participante haya presentado una oferta básica ajustada a los requerimientos de la entidad y iii) que ésta haya obtenido el primer lugar en el orden de elegibilidad³¹.

³⁰ Dromi, José Roberto, *"La licitación pública"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2a ed., reimpresión, 2002, p. 349.

³¹ Así lo consideró el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 18167, C.P. Enrique Gil Botero, en la que manifestó: *"Así las cosas, no se podía adjudicar el contrato a la sociedad demandante porque su propuesta básica no era la más favorable a la entidad contratante y, si bien, la oferta alternativa o las excepciones técnicas y económicas introducidas disminuían de manera significativa los costos de ejecución de la obra, lo cierto es que incorporaban modificaciones que no podían ser consideradas de poca monta y que, desde esa perspectiva, alteraban de manera grave y significativa los factores de ponderación y selección objetiva de las propuestas principales o básicas. // Para la Sala no son de recibo los argumentos de corte eficientista presentados por las personas jurídicas que integran el extremo pasivo de la litis, por cuanto en una licitación pública el precio no constituye el único factor de selección del contratista y, además, en el caso concreto se resquebrajaron los factores de igualdad en la evaluación de las propuestas al haber introducido una alteración esencial en un ofrecimiento que no se acompañaba con los pliegos, no obstante de que en éstos se hubiera establecido de manera expresa la posibilidad de someter a consideración ofertas alternativas o excepciones técnicas o jurídicas a los lineamientos de contratación. // En efecto, según se definió en los pliegos de condiciones los factores de evaluación eran los siguientes: i) cumplimiento de la firma en contratos anteriores, ii)*

55. Es decir que la entidad, al admitir en el respectivo pliego de condiciones la posibilidad de presentar esta clase de ofrecimientos, debe así mismo establecer con claridad los criterios y factores de calificación que le permitirán escoger, por encima de las ofertas básicas, la alternativa que considere más conveniente, sobre la base del cumplimiento por parte del oferente, de los requisitos exigidos en relación con aquellas, es decir que sólo podría ser admitida la valoración de la oferta alternativa respecto de quienes hayan presentado cabalmente la oferta básica requerida en el pliego de condiciones.

El caso concreto

56. El procedimiento de selección que culminó con la adjudicación cuya legalidad se cuestiona en el *sub-lite*, como ya se dijo, fue adelantado por una entidad que no se hallaba sujeta a las reglas del estatuto de contratación estatal contenidas en la Ley 80 de 1993, sino que se sometía a su propio reglamento de contratación, el cual contemplaba dos procedimientos diferentes de selección de contratistas: la solicitud directa de ofertas y la solicitud pública de ofertas, dependiendo de la cuantía y el presupuesto oficial de la contratación.

57. En el estatuto de contratación de Inravisión, en relación con el procedimiento de solicitud pública de ofertas, que es aquel por el cual mediante invitación pública se solicitan ofertas a un número indeterminado de proponentes según lo dispuesto por el artículo 5º del Acuerdo 10 de 1994, se dispuso que el mismo se regiría por unos términos de referencia cuyo contenido mínimo fue establecido por el mismo reglamento –artículo 6 del Acuerdo 10 de 1994-, indicando que debía contener i) los plazos de las distintas etapas previstas en el estatuto para el procedimiento de selección, ii) la indicación de los requisitos necesarios para participar en el mismo, iii) la definición de reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la

experiencia en obras similares, iii) el precio, y iv) el plazo. Por consiguiente, al haberse adjudicado la propuesta alternativa de manera directa al proponente Pavicol Ltda., se desconocieron los principios de selección objetiva y de transparencia en la contratación, aunado el principio de buena fe que impide que la administración se comporte contra un acto propio, en este caso el pliego de condiciones que definía de forma específica los aspectos de ponderación de las propuestas. // En esa línea de pensamiento, la Sala mantendrá la declaratoria de nulidad de los actos administrativos censurados porque con ellos se desconoció la normativa superior que les servía de fundamento, como quiera que la resolución 1945 de 1996, desbordó el contenido y alcance de la potestad regulada en el numeral 6 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, vicio que se transmitió al acto de adjudicación, esto es, a la resolución No. 2036 de 1996”.

presentación de ofrecimientos de la misma índole y aseguren una selección objetiva, iv) la inclusión de las condiciones de precio y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, v) la no inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento ni la exención de responsabilidad derivada de datos, informes y documentos que se suministren, vi) la definición de reglas que no induzcan a error a los proponentes y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, vii) el señalamiento de las reglas de adjudicación con etapa de negociación o sin ella; y en relación con las ofertas alternativas, estableció:

Ofertas alternativas, parciales y selección parcial. En los términos de referencia deberá establecerse que los oferentes pueden presentar alternativas técnicas o económicas y ofertas parciales, y la entidad podrá así mismo seleccionar total o parcialmente las ofertas, salvo estipulación en contrario prevista en los términos de referencia.

58. En el caso objeto de la presente controversia, como ya se vio, el procedimiento de selección adelantado por Inravisión y que culminó con el acto administrativo de adjudicación demandado, correspondió a una solicitud directa de ofertas, respecto de la cual nada se advirtió en el reglamento de contratación de la entidad en relación con la presentación de ofertas alternativas –ver párrafo 17- y que no implicó la elaboración y entrega de unos términos de referencia en la forma descrita en el reglamento de contratación, sino el envío de una carta de invitación a los oferentes escogidos por la entidad, que contenía las especificaciones técnicas del objeto a contratar.

59. Según el artículo 4º del Acuerdo 10 de 1994, cuando se tratare de contratos cuya cuantía fuere superior a 100 SMLMV e inferior a 2500 SMLMV, rango dentro del cual se hallaba el contrato en el presente caso –ver pie de página 8-, se requería la solicitud de 3 cotizaciones a quienes estuvieren en condiciones de celebrar el contrato y la presentación mínima de una de ellas que cumpliera con el objeto de la contratación, siendo éste el único requisito exigido para proceder a la adjudicación del contrato.

60. La Sala reitera que si bien el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 excluye de la aplicación de sus normas a ciertos contratos de entidades como Inravisión, también dispuso que los procedimientos de selección que adopten deben desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y

responsabilidad establecidos en dicha ley, razón por la cual si la entidad estaba dispuesta a admitir la presentación de ofertas alternativas para la adquisición de las antenas de transmisión objeto del procedimiento de selección adelantado, así el mismo hubiera correspondido a una solicitud directa de ofertas, lo procedente habría sido advertir en la carta de invitación, sobre dicha posibilidad de presentar ofertas alternativas, advertencia que, en el presente caso, no consta que se hubiera efectuado.

61. A pesar de lo anterior, se advierte que en el caso objeto de estudio, no existe certeza en relación con la afirmación del demandante, en el sentido de que la adjudicación hubiera recaído sobre una oferta alternativa presentada por Iradio Ltda., entendiéndose por tal aquella diferente a lo expresamente pedido en el pliego de condiciones, puesto que si bien se acreditó que el oferente favorecido finalmente con la adjudicación, la firma Iradio Ltda., presentó 3 opciones en la oferta técnica y que una de ellas correspondía a los requerimientos de la entidad, no consta cuál fue finalmente escogida, puesto que el acto de adjudicación no lo manifiesta.

62. Adicionalmente, se observa que el demandante no acreditó que la oferta seleccionada para la adjudicación no se ajustaba a los términos de referencia – solicitud de cotización- o que no era la mejor y que la suya sí lo era. Es así como en el capítulo de pruebas de la demanda, se solicitó la designación de peritos profesionales en ingeniería y expertos en telecomunicaciones para que absolvieran algunas preguntas, con el fin de probar que los sistemas ofrecidos por Antecol Ltda. eran los de mejores especificaciones técnicas entre los cotizados a Inravisión; el Tribunal *a-quo* en el auto de pruebas le indicó que debía aportar una lista de técnicos especializados en radiocomunicaciones porque carecía de ella. El demandante respondió que debía dirigirse a la división técnica de telecomunicaciones del Ministerio de Comunicaciones y así lo hizo el Tribunal, solicitando la remisión de una lista de técnicos especializados para practicar el dictamen pericial decretado, petición que fue reiterada y la lista finalmente fue enviada por el director de telecomunicaciones y servicios postales, aunque sin las direcciones de los expertos, a pesar de que se requirió a la entidad para que las informara. Ante esta dificultad, la parte actora desistió de la prueba y solicitó declarar cerrada la etapa probatoria (f. 18, 67, 87, 99, 100, 113, 121, 122, 128, c. 1).

63. Tratándose de un aspecto técnico altamente especializado, resultaba indispensable la práctica de la referida prueba, con el fin de acreditar las afirmaciones del demandante. Y al desistir del dictamen pericial, le corresponde asumir la carga de la prueba, principio consagrado en el artículo 177 del C.P.C., el cual dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y que se traduce *“(...) en una indicación al juez sobre el sentido de su decisión, en aquellos eventos en los cuales el proceso queda huérfano de pruebas en relación con la causa-petendi, es decir cuando no se acreditan en el plenario los hechos de la demanda o de la contestación, que dan sustento a las pretensiones de la parte actora o a la defensa de la parte demandada, teniendo en cuenta para ello, a quién le correspondía aportar la prueba y por lo tanto, ante su omisión, debe soportar las consecuencias de que la misma no obre en el proceso”*³².

64. Es decir que desde el punto de vista subjetivo, la carga de la prueba determina cuál de las partes asume el riesgo de que un determinado evento no aparezca probado en el proceso y por lo tanto, les hace evidente la necesidad de acreditar los supuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico persiguen con la demanda o con la contestación, según el caso, para lo cual pueden acudir a los distintos medios de prueba puestos a su disposición y que consideren pertinentes para la finalidad perseguida, que no es otra que la de llevar certeza al juez en relación con la existencia de tales hechos. De tal manera que la duda y la incertidumbre que sobre los mismos subsista en el juzgador, afecta a la parte que soporta el *onus probandi*³³.

65. En el presente caso, la parte actora sostuvo en la demanda que su propuesta cumplió con todos los requisitos exigidos y que técnicamente era la mejor por encima de la presentada por la firma Iradio Ltda., la cual, según afirmó, no cumplía con los requerimientos técnicos de Inravisión; y que la adjudicación recayó sobre su oferta alternativa, que no resultaba la más conveniente para la entidad y era más costosa que la de la demandante.

66. Por su parte, la entidad sostuvo lo contrario, es decir que los equipos ofrecidos

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 16371, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de febrero de 2008, expediente 66001 31 03 001 2002 00217 01, M.P.: Octavio Munar Cadena.

por Antecol Ltda., “(...) no satisfacían los niveles técnicos requeridos en los términos de referencia” y “(...) estaban bien lejos de satisfacer los estándares tecnológicos requeridos por INRAVISIÓN” –párrafos 3.1 y 3.2-, que “(...) la adjudicación estuvo presidida por razones de orden técnico que resultaban esenciales para la prestación del servicio” y que recayó sobre la oferta más favorable; también se sostuvo en el proceso, que las antenas ofrecidas por la demandante estaban sobredimensionadas en potencia, según uno de los testigos, ex funcionario de la entidad, que elaboró las condiciones técnicas de los términos de referencia –ver párrafo 8.6-.

67. Frente a estas afirmaciones opuestas y que versan sobre el punto central de la controversia, en tanto la adjudicación y su cuestionamiento tienen que ver precisamente con la calidad y los aspectos técnicos de las ofertas presentadas, se requerían conocimientos especializados para establecer lo concerniente a las especificaciones y la calidad técnica de las mismas y por ello era indispensable el dictamen pericial, de cuya práctica desistió la actora, dejando sus afirmaciones carentes de respaldo probatorio e incumpliendo por este aspecto, con la carga de la prueba.

68. Lo que sí resulta evidenciado del análisis de los medios de prueba obrantes en el proceso, es que la firma demandante, contrario a lo solicitado por la administración, no presentó oferta respecto de las dos clases de antenas, sólo de una de ellas, por cuanto consideró que el otro tipo pedido no era apropiado para el caso, mientras que la firma seleccionada, Iradio Ltda., sí propuso las dos opciones solicitadas por la administración: antenas dipolo y antenas panel –ver párrafos 8.3.1, 8.3.2, 8.3.3 y 8.4.1- y según el acto de adjudicación, la misma se refirió a las antenas tipo panel propuestas por Iradio Ltda. –ver párrafo 8.4.2-.

Conclusión

69. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala concluye que el demandante no logró demostrar que el acto administrativo demandado por medio del cual el 14 de agosto de 1995, Inravisión adjudicó a la firma Iradio Ltda. el contrato para la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de cuatro (4) sistemas de antenas en igual número de estaciones de la radiodifusora nacional, vulneró un derecho suyo amparado por una norma legal, razón por la cual no se accederá a las pretensiones de restablecimiento planteadas en la demanda.

70. No obstante lo anterior, en el proceso se desvirtuó la presunción de legalidad del mencionado acto administrativo, toda vez que en el procedimiento que condujo a tal decisión se desconocieron los principios de transparencia y selección objetiva en la forma analizada en párrafos anteriores, razón por la cual resulta procedente la revocatoria del fallo impugnado para en su lugar declarar la nulidad del acto administrativo demandado, toda vez que resulta improcedente la subsistencia de una decisión administrativa violatoria del ordenamiento legal así sus efectos ya se hubieren producido. Y el juez debe declarar la nulidad advertida, como sanción jurídicamente consagrada para las decisiones ilegales de la administración pública.

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

RESUELVE

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1999, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del acta del 13 de agosto de 1995, por medio de la cual Inravisión adjudicó el contrato de adquisición y suministro de 4 sistemas de antenas en las estaciones: Planadas, Manjuí, El Tigre y Tasajero a la firma Iradio Ltda., por valor de \$150.000.000.oo.

SEGUNDO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Aclaración de voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

ACLARACION DE VOTO DEL DR. RAMIRO PAZOS GUERRERO

CONTRATO DE SUMINISTRO - Adquisición e instalación de antenas de transmisión. Sociedad Antecol Ltda. e Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión / PLIEGOS DE CONDICIONES - No es necesario que se establezcan de manera expresa que se admiten propuestas alternativas / ADMISION DE PROPUESTAS ALTERNATIVAS - Se encuentra dispuesto en la ley 80 de 1993 / ADJUDICACION DE CONTRATO PARA LA ADQUISICION E INSTALACION DE ANTENAS DE TRANSMISION - La ley 80 de 1993 no es aplicable por tener Inravisión un proceso de contratación especial

Aunque comparto la decisión que se adopta en la providencia de 29 de julio de 2013, que declaró la nulidad del acta del 13 de agosto de 1995, por medio de la cual Inravisión adjudicó el contrato de adquisición y suministro de 4 sistemas de antenas, me permito aclarar voto en cuanto estimo, a diferencia de la mayoría, que no es necesario que los pliegos de condiciones establezcan de manera expresa que se admiten propuestas alternativas. (...) conviene destacar que el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece de manera diáfana que los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamiento para la adjudicación. Por manera que el legislador autorizó expresamente a los oferentes a presentar propuestas alternativas, sin que de la norma en comento se condicione –como lo hace la mayoría de la Sala- a que esta hipótesis sea expresamente autorizada caso por caso en los respectivos pliegos de condiciones. Al ser el sentido de la ley claro, no está llamado su intérprete a limitar el amplio alcance dado, para restringirlo -sin soporte legal alguno- a ulteriores e innecesarias concreciones en los pliegos de condiciones. No se olvide que si el objeto de la licitación es asegurar que la entidad estatal seleccione la mejor oferta, con el propósito de cumplir efectivamente los fines estatales (art. 3º Ley 80), resulta muy discutible estimar, como la hace la mayoría, que pueda desecharse una propuesta alternativa sencillamente porque el pliego no previó dicha opción, cuando con ella se puede privar a la administración de una propuesta más idónea, menos aún cuando el propio legislador habilitó expresamente a los oferentes a hacerlo. (...) en el asunto sub lite no era procedente entrar a estudiar este punto, pues el artículo 38 de la citada ley previó un régimen especial para las entidades estatales que prestan servicios de telecomunicaciones y al hacerlo dispuso también con claridad meridiana que en los contratos que se celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, “no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley” y que los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en ese artículo adopten dichas entidades deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esa

misma ley. De ahí que en el sub examine no era aplicable ninguna de las reglas que estructura el proceso de selección de que trata el artículo 30 en cuestión, sino que tan sólo dejó a los pliegos el “desarrollo” de los principios de selección de contratistas previstos por la ley. De modo que resultaba, a nuestro entender, irrelevante en este caso el estudio de la procedencia o no de propuestas alternativas (de que trata el citado precepto), cuando dicha norma no resultaba aplicable al caso en concreto. Lo dicho, pues, en este punto constituye en típico obiter dictum en tanto las referidas reflexiones resultaban ajenas al régimen jurídico del contrato en cuestión.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01712-01(17757)

Actor: SOCIEDAD ANTECOL LTDA.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION INRAVISION

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACLARACION DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adopta en la providencia de 29 de julio de 2013, que declaró la nulidad del acta del 13 de agosto de 1995, por medio de la cual Inravisión adjudicó el contrato de adquisición y suministro de 4 sistemas de antenas, me permito aclarar voto en cuanto estimo, a diferencia de la mayoría, que no es necesario que los pliegos de condiciones establezcan de manera expresa que se admiten propuestas alternativas.

De acuerdo con la providencia de la que disiento, *“la circunstancia de que la administración esté dispuesta a admitir la presentación de ofertas alternativas*

debe quedar expresamente establecida en el respectivo pliego o términos de referencia, pues lo contrario, es decir dejar librado a la interpretación de cada cual lo dispuesto por la norma que autoriza la presentación de ofertas alternativas en los procesos de selección de contratistas, implica el desconocimiento del principio de igualdad de los proponentes y la naturaleza reglada del procedimiento por medio del cual las entidades estatales seleccionan a sus contratistas”

De modo que en criterio de la mayoría de la Sala, esa posibilidad autorizada por la ley, debe concretarse en el reglamento particular de la licitación o concurso.

A este respecto conviene destacar que el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece de manera diáfana que los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamiento para la adjudicación.

Por manera que el legislador autorizó expresamente a los oferentes a presentar propuestas alternativas, sin que de la norma en comento se condicione –como lo hace la mayoría de la Sala- a que esta hipótesis sea expresamente autorizada caso por caso en los respectivos pliegos de condiciones. Al ser el sentido de la ley claro, no está llamado su intérprete a limitar el amplio alcance dado, para restringirlo -sin soporte legal alguno- a ulteriores e innecesarias concreciones en los pliegos de condiciones.

No se olvide que si el objeto de la licitación es asegurar que la entidad estatal seleccione la mejor oferta, con el propósito de cumplir efectivamente los fines estatales (art. 3º Ley 80), resulta muy discutible estimar, como la hace la mayoría, que pueda desecharse una propuesta alternativa sencillamente porque el pliego no previó dicha opción, cuando con ella se puede privar a la administración de una propuesta más idónea, menos aún cuando el propio legislador habilitó expresamente a los oferentes a hacerlo.

Si la legislación aplicable previó con amplitud la posibilidad de atender propuestas alternativas, no puede apelarse –como lo hace la providencia de la que disiento- a criterios doctrinales foráneos basados en un marco jurídico diferente que desechan este tipo de salidas. En efecto, si el legislador nacional reconoció el derecho a presentar propuestas alternativas, no se requiere que los pliegos materialicen dicha autorización. No es dable al intérprete restringir el ámbito de aplicación fijado por el legislador pretextando razonamientos de conveniencia u oportunidad, cuando en ejercicio de su amplia libertad de configuración legislativa, la Ley 80 previó una solución diversa a la de otras latitudes.

Ahora, en el asunto *sub lite* no era procedente entrar a estudiar este punto, pues el artículo 38 de la citada ley previó un régimen especial para las entidades estatales que prestan servicios de telecomunicaciones y al hacerlo dispuso también con claridad meridiana que en los contratos que se celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, “no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley” y que los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en ese artículo adopten dichas entidades deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esa misma ley.

De ahí que en el *sub examine* no era aplicable ninguna de las reglas que estructura el proceso de selección de que trata el artículo 30 en cuestión, sino que tan sólo dejó a los pliegos el “desarrollo” de los principios de selección de contratistas previstos por la ley. De modo que resultaba, a nuestro entender, irrelevante en este caso el estudio de la procedencia o no de propuestas alternativas (de que trata el citado precepto), cuando dicha norma no resultaba aplicable al caso en concreto. Lo dicho, pues, en este punto constituye en típico *obiter dictum* en tanto las referidas reflexiones resultaban ajenas al régimen jurídico del contrato en cuestión.

En este sentido dejo presentada esta aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

RAMIRO PAZOS GUERRERO