

DECRETO LEY 222 DE 1983 - Departamento y municipio. Código fiscal / LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL - Régimen Jurídico. Decreto ley 222 de 1983

En desarrollo de la autonomía territorial prevista en la Constitución Política, la Ley 19 de 1982, en su artículo 5º, otorgó a los departamentos y municipios la facultad de regular, a través de sus normas fiscales, lo pertinente a la “formación y adjudicación de los contratos que celebren y las cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio”; a su vez señaló que estarían reservadas a la ley todas las normas relativas a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades, terminación, inhabilidades e incompatibilidades. Esta disposición fue incorporada también en el Decreto-Ley 222 de 1983, norma expedida por el ejecutivo en cumplimiento de las facultades extraordinarias otorgadas por la citada ley 19 de 1982; en dicho Estatuto se ordenó que las normas en él contenidas se aplicarían a los Municipios y Departamentos en cuanto a los “tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV”, de modificación, interpretación y terminación unilaterales, excluyendo de su alcance, los procesos de formación y adjudicación de los contratos que debían adelantar las citadas entidades territoriales. Según las disposiciones referidas tanto los departamentos como los municipios estaban facultados para regular, a través de sus Códigos Fiscales, los temas relacionados con la formación, la adjudicación de los contratos y las cláusulas necesarias para el cumplimiento de sus fines públicos. Estas disposiciones fueron ratificadas posteriormente, de manera especial para el ámbito municipal, según los dictados del artículo 47 de la Ley 11 de 1986,- Estatuto Básico de la Administración Municipal- y en artículo 273, del Decreto Extraordinario 1333 de 1986, contenido del Código de Régimen Municipal. En este contexto, puede afirmarse que las normas que regularon el procedimiento de la Licitación Pública Internacional No. 001-93, adelantado por el establecimiento público del orden municipal, EMSIRVA, que culminó con la adjudicación a la firma MOTORYSA, se encontraban contenidas en La Ley 19 de 1982, el Decreto- ley 222 de 1983, en la parte pertinente; la Ley 11 de 1986, el Código de Régimen Municipal contenido en el Decreto 1333 de 1986 y el Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali contenido en el Decreto 1091 de 30 de junio de 1979, expedido por el Alcalde en ejercicio de expresas facultades otorgadas por el Concejo Municipal.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Adjudicación de licitación internacional. Término de caducidad. Cómputo / ACTO DE ADJUDICACION DE LICITACION INTERNACIONAL - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Término de caducidad. Cómputo / ACTO PRECONTRACTUAL - Término de caducidad. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Para establecer si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue incoada en tiempo, resulta pertinente precisar que para la época en que se adelantó el procedimiento de selección, se expidió la resolución de adjudicación del contrato y se presentó la demanda, la norma que regulaba la caducidad de las acciones era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, en la forma en que fue modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989. La norma previó como plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 de la misma codificación, el de cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, entre ellos se entiende incluido el acto de adjudicación de la licitación, según lo determinado por la jurisprudencia, término que posteriormente fue reducido a treinta 30 días, al expedirse la Ley 446

de 1998, norma que en su artículo 32 introdujo modificaciones al artículo 87 del C.C.A. A la luz de la norma vigente para la época en que se adelantó el procedimiento de selección del contratista, el término de que disponían los proponentes no favorecidos, o incluso el mismo adjudicatario, en el evento en que se considerara lesionado en sus derechos, para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, era de cuatro (4) meses, cuyo cómputo se iniciaba a partir de la fecha en que se hubiere efectuado la notificación al adjudicatario o realizada la comunicación respectiva a los demás participantes en la licitación.

ADJUDICACION DE CONTRATO - Competencia. Ilegalidad / CONTRATACION ADMINISTRATIVA - Determinación de cuantías. Código fiscal de Cali / ACTO ADMINISTRATIVO ILEGAL - Incompetencia. Adjudicación de contrato

De la interpretación armónica de las disposiciones referidas se infiere claramente que la atribución para adjudicar y suscribir contratos recaía en el representante legal de la respectiva entidad descentralizada; en el caso concreto, en el Gerente del establecimiento público denominado EMSIRVA, sin que tales facultades estuvieran radicadas en la Junta Directiva, puesto que en virtud del artículo 510 del Código Fiscal, en concordancia con el artículo 13 de los estatutos de EMSIRVA, corresponde a este órgano plural el cumplimiento de funciones, que si bien se relacionan con la contratación, -fijar las cuantías- en todo caso, son diferentes de la adjudicación de licitaciones y la celebración de contratos, función que es de la exclusiva competencia del Gerente. La Junta Directiva de EMSIRVA, en ejercicio de sus atribuciones, expidió la Resolución JD-004-93 de febrero 16 de 1993, acto administrativo en el cual dispuso que “las cuantías para la contratación administrativa” serían las mismas que para el efecto determinara la Administración Municipal, es decir, remitió en este tema específico a la reglamentación que hubiere expedido el Municipio. De otra parte, la facultad para adjudicar los contratos de las entidades descentralizadas del orden municipal, según el claro mandato del artículo 275 del Estatuto Fiscal y el artículo 17 del Estatuto Interno de EMSIRVA (Acuerdo 113 de 1987) era exclusiva del Gerente o Director de la entidad. De lo anterior se colige que la Resolución No. 00723 de 10 de marzo de 1993, emitida por el Gerente de EMSIRVA para determinar las cuantías de la contratación administrativa, fue expedida sin competencia legal, puesto que esta facultad correspondía exclusivamente a la Junta Directiva de dicha institución y no al Gerente. Pero además, en el mismo acto administrativo, el Gerente sin justificación ni fundamento legal alguno, puesto que el Estatuto Interno de EMSIRVA no lo establecía, otorgó a la Junta Directiva facultades de adjudicación de las licitaciones, atribución que fue reservada por el Código Fiscal, exclusivamente para el Alcalde, en el nivel central del Municipio, y para los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas del orden Municipal, es decir, que la ilegalidad se materializó en doble sentido. No obstante la situación anterior, dicho acto no fue demandado en el presente proceso, ni tampoco existe declaratoria de su nulidad por el juez competente, pese a haber sido expedido con vicios de incompetencia y, por lo tanto, con abierta ilegalidad. Con base en la competencia ilegalmente atribuida a la Junta Directiva de EMSIRVA, por parte de su Gerente, mediante Resolución No. 00723 de 10 de marzo de 1993, dicho organismo adjudicó la Licitación Pública Internacional No. 001-93, mediante la expedición de la Resolución No. JD-015-93 de 31 de mayo de 1993, con lo cual desbordó su competencia funcional al asumir facultades que, de conformidad con el Código Fiscal y los Estatutos Internos de EMSIRVA, eran de exclusiva competencia del Gerente, de donde se deriva la ilegalidad del acto administrativo acusado por vicio de incompetencia, razón por la cual la Sala encuentra mérito para la prosperidad del cargo de nulidad invocado por la parte demandante, pues

como se anotó, la resolución acusada vulneró los artículos 275, 352, 484 y 510 del Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali, así como los artículos 13 y 17 del Acuerdo 113 de 21 de abril de 1987, Estatuto Interno de EMSIRVA. Amén de lo anterior, se advierte que el acto acusado también contraría lo dispuesto por el pliego de condiciones de la licitación pública internacional No. 001 de 1993, en el numeral 2.24, según el cual: “La Junta directiva a su vez observará el análisis de la Comisión de Licitaciones y autorizará a la Gerencia General, para adjudicar a la propuesta mas favorable teniendo en cuenta los criterios establecidos en el pliego de condiciones.”, regla del pliego que se ajustaba tanto a lo previsto por el Código Fiscal del Municipio de Santiago de Calí, como a los estatutos internos de EMSIRVA, pero que, como ya se anotó, fue desconocida por la Resolución de adjudicación No. JD-015-93 de 31 de mayo de 1993 al ser expedida por la Junta Directiva de EMSIRVA y no por su Gerente General, una razón más para que prospere el cargo de nulidad formulado.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Presunción. Alcance / PRESUNCION DE LEGALIDAD - Alcance. Presunción / PRESUNCION DE LEGALIDAD - Naturaleza / PRESUNCION DE LEGALIDAD - Excepción de ilegalidad. Juez / EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Noción / EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Jurisdicción contenciosa administrativa

Al amparo del principio de presunción de legalidad, los actos se consideran ajustados al ordenamiento jurídico y deben ser obedecidos tanto por las autoridades como por los particulares desde el momento mismo de su entrada en vigencia y hasta tanto sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según lo normado por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pero este principio no es absoluto, puesto que la presunción de legalidad de los actos administrativos es “juris tantum” y, por tanto, puede ser desvirtuada no solo a través de la acción de nulidad que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, sino de oficio por el juez. En efecto, en un Estado de derecho el juez que conoce de un proceso, no puede permanecer indiferente frente a la evidencia de la lesión del ordenamiento jurídico, bajo la égida de la presunción de legalidad de los actos administrativos, puesto que para ello la ley ha previsto el mecanismo de la excepción de ilegalidad o vía de excepción que permite al operador jurídico abstenerse de aplicar una norma por considerarla violatoria del ordenamiento superior, así no haya sido demandada ni declarada su nulidad y de esta manera impedir que el acto viciado de ilegalidad produzca efectos jurídicos en el caso concreto. El fundamento constitucional de esta medida se encuentra previsto en el artículo 4º de la Carta Suprema a cuyo tenor: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, con lo cual se consagra, de una parte, la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y de otra, se establece expresamente que aquellas normas que contraríen la Constitución no serán aplicadas. Así mismo el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, al señalar que “Las órdenes y demás actos ejecutivos de gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes...” está consagrando la excepción de ilegalidad cuya aplicación opera en las diferentes escalas de nuestro ordenamiento jurídico. Con base en estas normas es posible legalmente aplicar la excepción de ilegalidad en relación con los actos expedidos por autoridades del orden municipal, como lo son aquellos emitidos por los Gerentes de los establecimientos públicos de este nivel. Lo anterior encuentra apoyo no solo en las disposiciones de carácter constitucional y legal antes indicadas, sino también en los lineamientos de orden jurisprudencial concebidos por la Corte Constitucional, a

propósito de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 140 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por violación del artículo 238 superior. En dicha oportunidad la Corte precisó diversos aspectos que conviene ahora traer a colación para ilustrar el tema examinado, los cuales hacen referencia a la jerarquía de las normas que integran el ordenamiento jurídico y con fundamento en dicha jerarquía, la necesidad de inaplicar las disposiciones que sean contrarias a aquellas de las cuales derivan su validez, así no exista expresa consagración constitucional de la llamada excepción de ilegalidad. También dispuso la Corte, en la citada providencia, que la aplicación de la excepción de ilegalidad está reservada para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que las autoridades administrativas puedan hacer uso de dicha medida excepcional. En este contexto, la Sala inaplicará la Resolución No. 0723 de 10 de marzo de 1993, expedida por la Gerencia General de EMSIRVA, en la parte pertinente a la expresión “(...) y la adjudicación se hará por la Junta Directiva de “EMSIRVA” (...)” contenida en el ordinal I), numeral 5º del artículo primero, en la cual se fundó la competencia de la Junta Directiva para la expedición del acto de adjudicación acusado, como quiera que resulta contraria a lo ordenado por el artículo 275 del Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali, al artículo 17 del Acuerdo 113 de 21 de abril de 1987 y, por ende, al artículo 315 de la Constitución Política. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C- 037 de 26 de enero de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto de adjudicación. Carga probatoria / NO ADJUDICATARIO - Carga probatoria / NO ADJUDICATARIO - Indemnización / MEJOR PROPUESTA - Prueba / PRESENTACION DE PROPUESTA - Costos

La jurisprudencia de la Sala ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la Administración. A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente, probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino también, estaba en el deber de demostrar, que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; que era la mejor en sus aspectos técnicos y financieros y que era la más conveniente para el interés público, circunstancias que reunidas, lo harían acreedor al derecho de ser el adjudicatario de la Licitación Pública Internacional No. 001 de 1993 y por lo tanto a la indemnización. Las probanzas no permiten demostrar que HILCO S.A. tuviera un mejor derecho a la adjudicación, razón por la cual no procede el reconocimiento económico solicitado por la empresa demandante por concepto de utilidades o ganancias que hubiera podido percibir de haber sido adjudicataria de la licitación. En cuanto a los costos generados por la presentación de la propuesta de la parte actora, se precisa que no hay lugar a indemnización alguna toda vez que dichas erogaciones hacen parte del riesgo que asume todo proponente por participar en la licitación, independientemente de que le sea o no adjudicada, de lo contrario, todos los proponentes vencidos tendrían derecho a hacer la misma solicitud. En este orden de ideas, no procede el reconocimiento de indemnización alguna por concepto de utilidades dejadas de percibir y costos de la propuesta, solicitados por el actor. Nota de Relatoría: Ver sentencias de la Sala: de 4 de junio de 2008, Exp.

14169, Actor Consorcio Delgado y Delgado Vélez; de 4 de junio de 2008, Exp. 17783, Actor: Javier Alonso Quijano Alomía; de 26 de abril de 2006, Exp. 16041; de 19 de septiembre de 1994. Exp. 8.071. Actor: Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza González; Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp.: 16041. 26 de abril de 2006.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206)

Actor: GERHARD K. MILLER BRAUER Y CIA. LTDA. -HILCO LTDA.-

Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS VARIOS MUNICIPALES DE CALI-EMSIRVA-

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 22 de Agosto de 1996 y la adicional del 8 de noviembre de 1996, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. La Demanda.

La sociedad Gerhard K. Hiller Brauer y Compañía Limitada, "HILCO S.A.", actuando por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día 7 de octubre de 1993, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

***"PRIMERA:** Que es nula y por consiguiente sin ningún efecto jurídico, la Resolución J.D 015- 93 de mayo 31 de 1992(sic)"Por medio de la cual se adjudica la licitación pública internacional 001-93", expedida por la*

Junta Directiva del Establecimiento Público Empresas de Servicios Varios Municipales de Cali "EMSIRVA".

SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anulación del acto anteriormente señalado y a título de restablecimiento del derecho, se declare y condene a las Empresas de Servicios Varios Municipales de Cali, "EMSIRVA" y a los funcionarios o ex funcionarios de "EMSIRVA" Beatriz Eugenia Narváez, ex gerente de EMSIRVA, Beatriz Eugenia Ramírez Vergara, Jefe oficina jurídica de EMSIRVA, Rodrigo Guerrero Velasco, presidente de la Junta Directiva de "EMSIRVA", están todos ellos obligados a pagar a la firma Gerhard K. Hiller Brauer y Compañía Ltda., dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTIUN MIL CIEN PESOS (\$354'221.100) M/CTE, como monto de los perjuicios sufridos por concepto de daño emergente y lucro cesante, por las sumas que hubiera percibido de haberse adjudicado y celebrado el contrato con la firma HILCO Ltda., daño calculado en un veinte por ciento (20%) del precio ofrecido por cada equipo FOB, de los Estados Unidos de Norteamérica, más los gastos de compra del pliego de condiciones TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) M/CTE más valor póliza de garantía de sociedad de ofertas \$355.330.000 mas intereses legales y moratorios más (sic) de la corrección monetaria.*

TERCERA: *Que se actualice el valor del daño emergente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha que se ocasionó el perjuicio, 31 de mayo de 1993 y la época de la sentencia, mediante la aplicación de los criterios técnicos de corrección monetaria, criterios acogidos por el H. Consejo de Estado a partir del 20 de octubre de 1978, sección 3ra.*

CUARTA: *Subsidiariamente, que se condene a las Empresas y a los funcionarios y ex funcionarios de EMSIRVA señalados en la segunda pretensión de este escrito, al pago de \$ 355.330.000 por concepto de daño emergente igual al monto de la póliza de garantía de seriedad de oferta que sería el total exigible y de obtener por parte de la administración contratante al contratista incumplido conforme a reiterada jurisprudencia del H. H Consejo de Estado.*

QUINTA: *Que si EMSIRVA y los funcionarios y ex funcionarios responsables no dan cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, pagarán a más de los intereses legales, los moratorios, igual al interés bancario durante todo el período de la misma.*

SEXTA: *Que EMSIRVA y los funcionarios y ex funcionarios señalados en la segunda petición, asuman las costas del proceso." (fls. 600 y 601, cd.1)*

1.2. Los Hechos.

Como supuestos fácticos de la demanda, la parte actora narró en síntesis los siguientes:

- a) Mediante Resolución J. D. 34-92 del 21 de agosto de 1992, la gerente general las Empresas de Servicios Varios “EMSIRVA, previamente autorizada por la Junta Directiva de la entidad, ordenó la apertura de la licitación pública internacional N° 001-92, cuyo objeto consistía en la adquisición de 25 vehículos recolectores de basura. Como fecha de apertura de la licitación se fijó el 29 de enero de 1993 y como fecha de cierre el 12 de febrero del mismo año. En la citada licitación participaron, como proponentes, entre otros, Gerhard K. Hiller B. y Cía Ltda. “HILCO” y Motorysa - Motores y Máquinas S.A.
- b) Mediante Resolución 00961 del 30 de marzo de 1993, se declaró desierta la licitación pública Internacional No. 001-92, por cuanto la Junta Directiva consideró que ninguna de las ofertas presentadas cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, para dicha licitación.
- c) De nuevo, mediante Resolución N° 01092 del 12 de abril de 1993, la gerencia general, ordenó la apertura de la licitación pública internacional 001-93, con idéntico objeto al de la licitación anterior, es decir, para la adquisición de 25 vehículos recolectores de basura, de conformidad con el volumen II del pliego de condiciones; en dicho acto administrativo se fijó como fecha para la apertura de la licitación, el 19 de abril de 1993 y de cierre, el 3 de mayo de 1993.
- d) Para esta nueva convocatoria presentaron oferta seis firmas, entre ellas las empresas Gerhard K. Hiller B. y Cía Ltda. “HILCO” cuya propuesta tenía el precio más bajo, por un valor de \$99'387.893,20, para cada equipo y cumplía con todas las especificaciones y requisitos del pliego, referidos al plazo, experiencia y ausencia de sanción contractual etc., mientras que la empresa adjudicataria Motorysa - Motores y Máquinas S.A. no cumplía técnicamente con la oferta básica, según se deduce de lo manifestado por uno de los miembros de la Junta Directiva, tal como consta en el Acta 0005-93 de 31 de mayo de 1993, que dice: *“(...) la condición del pliego establece que si la básica no cumple, no puede considerarse la alternativa, que es la que recomienda la comisión, haciendo notar que dicha propuesta alternativa estaría dentro del rango solicitado (...)*” .

- e) El 21 de mayo de 1993, la entidad pública envió a Motorysa el oficio S.G 156-93, solicitando información aclaratoria sobre la oferta presentada, sin embargo, a juicio del demandante, en la respuesta dada por Motorysa se modificó la propuesta inicial, de donde deduce, que ésta no fue presentada el día 3 de mayo de 1993 -fecha de cierre de la licitación-, sino el día 25 de mayo del citado año, cuando se dio respuesta al oficio S.G 156-93, es decir, por fuera de plazo límite.
- f) En el informe de la Comisión de Licitaciones, designada para la Licitación pública, se indicó, en relación con la respuesta dada por Motorysa a la solicitud de aclaraciones, que la empresa ratificaba, en todas sus partes, los datos de la homologación puesto que las pequeñas diferencias con el formulario correspondían a errores de transcripción y agregó, que debía tenerse en cuenta la homologación y no los datos técnicos suministrados por Motorysa.
- g) En la regla 2.16.1 del pliego de condiciones, se expresaba claramente que con la oferta debía adjuntarse la homologación de los equipos ofertados. Así, Motorysa presentó una oferta que presentaba diferencias entre los equipos ofertados y los homologados por el INTRA. En síntesis, la oferta de Motorysa no respondía a lo solicitado en el pliego de condiciones y, los datos reportados en la memoria de cálculo no correspondían con lo homologado, por lo tanto, esta propuesta debió ser eliminada.
- h) En cuanto a la oferta básica, precisó el demandante que el pliego de condiciones exigía recolectores de basura de 18 yardas cúbicas. No obstante el Comité señaló: *“...dado que la capacidad de los chasis ofrecidos estaría subutilizada en el caso de trabajar con cajas de compactación de 18 yardas cúbicas, recomienda utilizar cajas compactadoras de 20 yardas cúbicas como lo ofrece Ramonerre y Motorysa en sus alternativas...”*, sin tener en cuenta que la mejor oferta básica era la de HILCO, por cumplir en todos los puntos con lo exigido por el pliego de condiciones y tener el precio más bajo aceptable.
- i) En Acta 005-93, del 31 de mayo de 1993, la Junta Directiva de EMSIRVA aprobó la adjudicación de la Licitación 001-93, y, mediante Resolución JD-015-93 de 31 de mayo de 1993, efectivamente decidió adjudicar la licitación a

la firma Motorysa S.A., según la oferta alternativa presentada, por un valor de US \$1.703.400 dólares, más \$ 760'000.000; es decir, por la suma de \$2.369'403.712,50, a pesar de no cumplir con la oferta básica, desconociendo lo ordenado por la regla 2.17 del pliego de condiciones en la cual se estableció que solo se consideraría la propuesta alternativa, cuando se hubiese presentado la oferta básica y ésta cumpliera con la totalidad de los requisitos exigidos.

- j) Con la expedición del acto acusado se desviaron las atribuciones otorgadas expresamente por el numeral 2.24 del pliego de condiciones, puesto que la adjudicación se realizó por la Junta Directiva, a pesar de que en el pliego se había establecido que la Gerencia General adjudicaría la licitación a la propuesta mas favorable, previa autorización de la Junta. Significa entonces, que la Resolución fue expedida por la Junta Directiva de EMSIRVA y firmada por su Presidente y Secretario sin autorización para ello y sin que hubiere precedido adenda alguna expedida por EMSIRVA, antes del cierre de la licitación, mediante la cual se hubiere facultado a dicha Junta para efectuar la adjudicación, hecho que conlleva a la violación del pliego de condiciones por la misma Junta, configurándose un vicio por incompetencia. (fls. 600 a 620, cd. 1)

1.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación.-

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

De la Carta Política: Artículos 2 y 25; del Código Fiscal del Municipio de Cali: artículos 268, 274, 275, 279 numeral 3, 281, 360, 493 literal c y artículo 574; del Decreto- ley 222 de 1983: Numerales 8 y 9 del artículo 30; Resoluciones Números 590 del 7 de julio de 1977¹; 1809 de 6 de agosto de 1990² y 13791 de 1988³; también el pliego de condiciones en su Volumen 1, numerales 1.2, 1.3. Definición de Términos: 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.12, 2.13, 2.14, 2.15, 2.16, 2.17, 2.18, 2.19, 2.20, 2.21, 2.22, 2.23, 2.24, 3.18 parágrafo; 3.19 y Volumen II, características técnicas

¹ "Por la cual se fijan los requisitos mínimos que deben cumplir los automotores de carga y/o pasajeros que se vayan a importar o ensamblar en el país"

² "Por medio de la cual se introducen reformas al Código Nacional de Tránsito Terrestre"

³ "Por la cual se determinan los límites de pesos y dimensiones en los vehículos de carga para su operación normal en las carreteras del país"

A3, 4, 5, 8, e igualmente señaló como violado el capítulo sin número, del pliego de condiciones, párrafos 4º y 5º (fl. 621, cd. 1)

No obstante la falta de un orden lógico en la exposición de las razones por las cuales considera el actor que se violaron las normas superiores aludidas, del libelo demandatorio se pueden extractar los siguientes aspectos:

Incompetencia de la Junta Directiva para adjudicar la licitación.

La resolución de adjudicación de la licitación pública internacional 001-93, fue expedida por la Junta Directiva de las Empresas de Servicios Varios - EMSIRVA -, sin que tuviera autorización para hacerlo. La regla del pliego de condiciones contenida en el número 2. 24, disponía que la Junta Directiva impartiría su autorización a la Gerencia General para adjudicar la licitación a la propuesta más favorable y por consiguiente correspondía a la gerencia expedir el acto de adjudicación.

Extemporaneidad de la adjudicación.

Manifestó la empresa demandante que la adjudicación “*no se efectuó dentro del plazo de los sesenta (60) días*” calendario contados a partir de la fecha del cierre de la licitación, el cual se encontraba previsto en el numeral 2.24, párrafo 3º del pliego de condiciones de la Licitación Pública Internacional 001 de 1993, “*y no hubo prórroga, luego procedía... declarar desierta la licitación*”, según lo prescrito por el artículo 30 numerales 8º y 9º del Decreto-ley 222 de 1983.

Extemporaneidad en la presentación de la oferta.

Consideró la actora que si bien es cierto que Motorysa presentó oferta dentro del plazo previsto por el pliego de condiciones, esto es antes del 3 de mayo de 1993, también lo es que dicha oferta fue modificada el 25 de mayo de 1993, cuando la adjudicataria dio respuesta a la solicitud de aclaración formulada por EMSIRVA, no obstante que el pliego contenía expresa prohibición de modificar la oferta. Significa entonces que la oferta realmente no fue presentada dentro del término establecido por el pliego, sino en fecha posterior.

La oferta no satisfacía las exigencias técnicas.

Señaló que al efectuar el análisis de las propuestas, el Comité de Evaluación encontró algunas diferencias entre las cifras establecidas en la propuesta y las indicadas en las resoluciones de homologación de los equipos, expedidas por el INTRA, hecho que motivó la solicitud de aclaración formulada por EMSIRVA a la firma MOTORYSA.

Sin embargo, Motorysa no aclaró su oferta sino que la modificó radicalmente, con lo cual violó el numeral 2.18 del Pliego de Condiciones, según el cual: *“No se admitirán ofertas complementarias o propuestas de modificación que fueren presentadas con posterioridad al cierre de la licitación. Tampoco se podrá solicitar a los licitantes variación alguna en los términos de la propuesta que pueda influir en la adjudicación, lo cual no obsta para que puedan solicitar las aclaraciones que fueren necesarias”*. Igualmente se infringió el numeral 2.19 ibídem, el cual establece: *“No será permitido que ningún licitante modifique su oferta después que la licitación haya sido cerrada. EMSIRVA podrá pedir aclaraciones o informaciones adicionales a cualquiera de los proponentes sobre su oferta, pero en ningún caso podrá ser modificada.”*

Consideró el demandante que se vulneró el numeral 2.16 del pliego de condiciones que exigía como requisito la presentación del original del certificado de homologación de los vehículos ofertados, expedido por el INTRA, por cuanto Motorysa presentó una oferta con equipos diferentes a los homologados; por tal razón, al tenor de los numerales 2.2 y 2.3 de los pliegos, la propuesta debió eliminarse. A pesar de ello, se pidió a Motorysa aclarar 20 diferencias técnicas presentadas entre lo homologado y lo ofertado, petición que se realizó el 21 de mayo de 1993 y que se contestó el 25 de mayo aduciendo: *“(…) las especificaciones exactas y reales que deben tenerse en cuenta y con las cuales nos comprometemos a entregar el equipo son las siguientes”* y titula: básico real ofrecido y alternativa ofrecida.

Concluyó afirmando que también se violó la Resolución 590 de 1977 y el Decreto 1809 de 6 de agosto de 1990, disposiciones en las cuales se establecen los requisitos mínimos que deben cumplir los automotores de carga y/o pasajeros que se vayan a importar o a ensamblar, pues EMSIRVA aceptó requisitos básicos técnicos distintos de los exigidos por el INTRA y descalificó la propuesta básica de

HILCO, desconociendo que reunía todas las condiciones técnicas. (fls. 621 a 639, cd. 1)

1.4. Actuación Procesal.

Mediante auto de 9 de noviembre de 1993, el Tribunal Administrativo del Valle, admitió la demanda, ordenó la notificación personal al Procurador Judicial y al Gerente de la Empresa de Servicios Varios "EMSIRVA". Igualmente, dispuso la fijación en lista y reconoció personería a la apoderada de la actora, pero omitió notificar al adjudicatario de la licitación. (Fls. 643 a 644, cd. 1)

El proceso se abrió a pruebas, por auto de 18 de marzo de 1994. (fls. 729 a 732, cd. 1)

1.5. Contestación de la demanda.

Dentro del término que para el efecto otorga la Ley, la entidad demandada, representada mediante apoderado judicial, intervino en el proceso oponiéndose a los hechos y pretensiones formuladas por la demandante, en los términos que a continuación se sintetizan: (fls. 684 a 727, cd. ppal).

- a) Manifestó que los supuestos fácticos son ciertos, con excepción del hecho 12, sobre el cual consideró que correspondía a una simple afirmación del actor que debía ser probado.
- b) Sobre los fundamentos de derecho afirmó que los procedimientos adoptados por la Comisión de Licitaciones y la Junta Directiva del EMSIRVA, para adelantar el análisis técnico jurídico y financiero de las propuestas, se ajustaron a la ley.
- c) En cuanto a la falta de competencia de las Juntas o Consejos Directivos para adjudicar la licitación, sostuvo, con apoyo en la providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dictada el 6 de abril de 1989 en el proceso No. 15016, que no solamente los alcaldes y gerentes pueden adjudicar las licitaciones puesto que las Juntas Administradoras y Juntas Directivas, también pueden hacerlo. Agregó que en los Estatutos de EMSIRVA, la Junta Directiva como órgano general de dirección, tenía atribuida la facultad para ejecutar

todos los actos tendientes al cumplimiento de sus objetivos, como es todo lo relacionado con las licitaciones.

- d) Citó varias normas para sustentar en ellas la competencia de la Junta Directiva de EMSIRVA para adjudicar la licitación a saber: i) el artículo 484 del Código Fiscal del Municipio de Cali; ii) el artículo 510 ibídem; iii) el Acuerdo No. 2 del Concejo Municipal de Cali; iv) El Decreto Municipal No. 222 de 24 de febrero de 1993 y v) la Resolución No. 723 de 10 de marzo de 1993, expedida por la Gerencia General de EMSIRVA y destacó que este acto administrativo regía antes de ordenarse la apertura de la Licitación Pública Internacional No. 0001 de 1993.
- e) Afirmó que la adjudicación de la licitación se había hecho dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones, puesto que el plazo máximo para adjudicar vencía el 2 de julio de 1993 y la adjudicación de la licitación se realizó mediante la Resolución JD 015 del 31 de mayo de 1993.
- f) Sostuvo que la oferta que resultó seleccionada cumplía con los requisitos jurídicos y técnicos exigidos en el pliego de condiciones y en cuanto a la homologación de los equipos precisó que la Comisión de Licitaciones había solicitado aclaración de las ofertas, en este aspecto, no solo a la firma MOTORYSA S.A., sino también a los proponentes RAMONERRE e HILCO LTDA.
- g) Preciso que la oferta básica presentada por Motorysa, así como la alternativa, correspondían exactamente a los mismos vehículos homologados por el INTRA, mediante las Resoluciones 2110 y 2109 de 30 de abril de 1993, en cuanto que contienen las especificaciones técnicas exigidas y, por lo tanto, no podía afirmarse que la propuesta se varió una vez cerrada la licitación, fue así como la Comisión de Licitaciones estuvo de acuerdo con los planteamientos expresados por MOTORYSA S.A., en la aclaración a la propuesta y que corresponden exactamente a los catálogos y planos anexados a la misma.
- h) En cuanto al análisis financiero, señaló que, de acuerdo con el informe de la Comisión de Licitaciones, la propuesta más conveniente era la presentada por al firma MOTORYSA tanto en la propuesta básica como en la alternativa, según se deduce del siguiente cuadro comparativo:

HILCO		MOTORYSA	
Básica:	\$99.387.893.2	Básica :	
	\$94.063.648.5		
Alternativa:	\$92.124.818.6	Alternativa:	\$94.776.148.5

- i) Sobre la responsabilidad de los funcionarios señaló que de conformidad con los artículos 77 y 78 del C.C.A. y el artículo 90 de la Constitución Política se debían cumplir varios presupuestos, entre ellos los siguientes: i) que haya un daño cierto; ii) que tales daños se causen por acción u omisión de los funcionarios y iii) que exista una relación de causalidad, pero que éstos presupuestos no se encontraban probados, razón por la cual había ausencia total de culpa o dolo en la actuación de los funcionarios la cual culminó con la adjudicación de la licitación, por haberse dado estricto cumplimiento al pliego de condiciones.

1.6 La Sentencia apelada.

Es la dictada por el Tribunal Administrativo del Valle, el 22 de agosto de 1996, mediante la cual decidió denegar las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se sintetizan: (fls. 447 a 468, cd. ppal)

- a) El Código Fiscal Municipal en su artículo 275, le otorga a los Directores o Gerentes de los Institutos la facultad de adjudicar los contratos, pero también en dicho estatuto se establecen situaciones especiales, como la prevista en el artículo 355, según la cual, atendiendo la cuantía -como en el caso en estudio-, el trámite de licitación pública y su adjudicación podía efectuarse por la Junta de Adquisiciones y Contratos. Adicionalmente, conforme a la Resolución 00723 del 10 de marzo de 1993, proferida por la Gerencia General de EMSIRVA, en ejercicio de las atribuciones concedidas por el artículo 510 del Código fiscal: *“Si el valor del suministro fuere superior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales, deberá surtirse el trámite de la licitación pública y la adjudicación se hará por la Junta Directiva de EMSIRVA, debiendo celebrarse contrato escrito”*.
- b) En cuanto al plazo de sesenta (60) días para adjudicar la licitación, precisó el *a quo* que éste no se incumplió, puesto que el cierre de la licitación ocurrió el 3

de mayo de 1993 y la adjudicación se realizó el 31 del mismo mes y año, es decir, dentro del término de los sesenta días que había sido previsto.

- c) En relación con el análisis técnico de las ofertas, concretamente las presentadas por las firmas demandante y demandada, señaló que se encontraba demostrado en el proceso que en ambas existían inconsistencias en cuanto a la homologación, las cuales fueron informadas oportunamente a los oferentes para que procedieran a hacer las correspondientes aclaraciones, quienes dieron oportuna respuesta.
- d) Sostuvo que las propuestas fueron estudiadas en su integridad y las objeciones a las mismas se hicieron conocer de los oferentes, habiéndose dado oportunidades iguales para que presentaran sus aclaraciones y en estas condiciones se hizo la adjudicación de la licitación.
- e) Como el aspecto básico de la demanda era la falta de coincidencia entre lo propuesto y lo homologado para así pretender la nulidad del acto de adjudicación, señaló el a quo que era cierto que las normas generales exigían que las características técnico - mecánicas de los vehículos estuvieran ajustadas a las características legales contenidas en dichos actos, razón por la cual el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito dictó las resoluciones de homologación. Agregó que cuando la Administración encontró inconsistencias en las propuestas presentadas por las dos firmas, otorgó la oportunidad a los oferentes para que las aclararan antes de hacer la adjudicación, sin que ello significara modificación de las propuestas presentadas inicialmente.
- f) Concluyó afirmando que no hubo trasgresión de las normas invocadas al hacer la adjudicación y, por ende, tampoco se deriva responsabilidad para los funcionarios que intervinieron en el procedimiento de selección.

En escrito presentado el 24 de octubre de 1996, la parte demandada solicitó al Tribunal adicionar la sentencia con el fin de que se condenara en costas al demandante (fls. 471 a 473, cd. Ppal.). El *a quo* mediante providencia de 8 de noviembre de 1996, negó la solicitud de condena en costas. (fls. 474 a 475, cd. Ppal)

1.7. El recurso de apelación.

Cabe destacar que tanto la parte actora como la parte demandada interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida por la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante escritos radicados el 25 de octubre de 1996 (fl. 470, cd. Ppal) y el 12 de diciembre del mismo año (fl. 477, cd. Ppal.), respectivamente, pero el recurso de alzada tan solo fue sustentado por la parte actora, puesto que la entidad pública demandada guardó silencio.

Como fundamento del recurso la demandante HILCO manifestó que el Tribunal no había citado a los demandados Rodrigo Guerrero Velasco, Beatriz Eugenia Narváez Cruz y Francisco Mejía Yepes, quienes no rindieron los interrogatorios solicitados por la parte demandante y solicitó que en la segunda instancia *“se sirva calificar las preguntas incluidas en los respectivos interrogatorios escritos para subsanar esta omisión del a-quo evacuando dichas pruebas y poder determinar con base en las respectivas confesiones fictas de los mencionados demandados, qué hechos deben presumirse ciertos para efectos del fallo.”*(fls. 489, cd. Ppal)

De otra parte, señaló que el acto administrativo acusado se encontraba viciado de nulidad, por cuanto la adjudicación de la licitación fue efectuada por la Junta Directiva de EMSIRVA y no por el Gerente de esta empresa tal como lo disponía el pliego de condiciones, el cual no fue modificado en este sentido.

Manifestó el apelante, su inconformidad con la sentencia de primera instancia, por haber considerado que los ajustes introducidos a la oferta por la firma MOTORYSA, adjudicataria de la licitación, no constituían una modificación a la misma y a continuación procedió a establecer la diferencia existente entre modificación y aclaración. Precisó que la firma MOTORYSA había modificado 31 ítems de su propuesta después del cierre de la licitación con el fin de subsanar las diferencias que se presentaban entre lo homologado y lo reportado, esta circunstancia había sido advertida en anterior licitación que fue declarada desierta y en la cual la propuesta presentada por MOTORYSA fue descalificada por esta misma razón.

Señaló igualmente que la propuesta alternativa presentada por MOTORYSA no podía ser considerada por cuanto la propuesta básica no cumplía los requisitos del pliego toda vez que la homologación presentada no se ajustaba a las

especificaciones técnicas de los equipos ofrecidos y por esta razón debió ser eliminada.

Otro reparo a la sentencia consiste en que en ella se hizo una comparación entre las propuestas alternativas presentadas por HILCO y MOTORYSA cuando, lo correcto era comparar las ofertas referidas con el marco legal de la licitación, contenido en el pliego de condiciones, el cual debió ser aplicado en igualdad de condiciones a las dos firmas proponentes.

Finalmente solicitó la revocatoria de la sentencia apelada y que en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda.

1.8. Actuación en segunda Instancia.

Mediante auto de 27 de mayo de 1997, la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió el recurso presentado por la parte demandante y ordenó su notificación al Agente del Ministerio Público (fl. 492) y mediante auto de 7 de julio del mismo año, ordenó dar traslado común a la partes y al Ministerio Público para presentar alegatos y rendir concepto, respectivamente. (Fl. 494 cd. ppal). Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

La Sala al conocer sobre el recurso de apelación, advirtió la ocurrencia de una causal de nulidad saneable, consagrada en el artículo 140, numeral 9 del Código de Procedimiento Civil, puesto que no se vinculó al proceso a Motorysa - Motores y Máquinas S.A., teniendo en cuenta que dicha sociedad ostentaba la calidad de adjudicataria y resultaba directamente afectada con la decisión sobre la legalidad del acto de adjudicación que fue acusado.

Advirtió que la demanda también estaba dirigida contra Beatriz Eugenia Narváez, ex gerente de EMSIRVA, Beatriz Eugenia Ramírez Vergara, jefe de la oficina jurídica de EMSIRVA y Rodrigo Guerrero Velasco, presidente de la Junta Jurídica de EMSIRVA, pero que solamente se dispuso la notificación a EMSIRVA y no se dijo nada sobre la vinculación de dichas personas naturales como demandadas dentro del proceso.

Consecuente con lo anterior, mediante auto del 10 de diciembre de 2004, la Sala, ordenó poner en conocimiento de Motorysa y de los ciudadanos antes

relacionados, la existencia de la nulidad procesal consagrada en el numeral 9º del artículo 140 ibídem y ordenó efectuar las notificaciones respectivas en los términos del artículo 320, numerales 1 y 2 del mismo código. (Fls. 502 a 509, cd. Ppal.)

Después de hacerse las notificaciones a los ciudadanos mencionados (fls. 526 a 530 y 540, cd. Ppal.), éstos se allanaron a la contestación de la demanda y a los alegatos de conclusión presentados por EMSIRVA (folios 526, 528, 530 y 533, cd. ppal). La sociedad Motorysa - Motores y Máquinas S.A., fue notificada el 16 de marzo de 2007 (fl. 540, cd. Ppal), sin embargo, vencido el término legal para pronunciarse guardó silencio; en consecuencia, la Sala encuentra saneada la posible nulidad que se advirtió en su oportunidad, de conformidad con o prescrito en el artículo 144 del C. de P. C.

2. CONSIDERACIONES:

La controversia sometida a conocimiento de la Sala gira en torno a la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución J. D. 015-93 de 31 de mayo de 1993 expedida por la Junta Directiva de la entidad municipal denominada EMSIRVA⁴, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública Internacional No. 001-93 a la firma Motores y Máquinas S.A. MOTORYSA.

Corresponde a la Sala establecer si el procedimiento de selección adelantado por EMSIRVA se ajustó a las prescripciones contenidas en el Código Fiscal del Municipio, a los principios que orientan la contratación estatal y demás normas que rigen la materia, con el fin de determinar si el acto administrativo contenido en la Resolución J.D. 015-93 de 31 de mayo de 1993 expedida por la Junta Directiva de la entidad municipal denominada EMSIRVA, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública Internacional No. 001-93 a la firma Motores y Máquinas S.A. MOTORYSA, fue expedido de conformidad con el ordenamiento jurídico o si por el contrario, se apartó de los mandatos superiores y de ser así, determinar si el demandante HILCO LTDA., tiene derecho a ser indemnizado.

⁴ La Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali "EMSIRVA" es un establecimiento público del orden municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio constituido mediante Acuerdo No. 101 de 1966 expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, el cual fue modificado por Acuerdo No. 113 de 1987.

Para el análisis de los diferentes temas que ocupan la atención de la Sala, se seguirá el siguiente derrotero: 1) La competencia de la Sala; 2) El régimen jurídico que gobernó la Licitación Pública Internacional No. 001-93; 3) La acción incoada y el término para proponerla; 4) El caso concreto: 4.1. Los cargos formulados contra el acto acusado 4.2. Los perjuicios reclamados; 5) Las costas del proceso.

2.1 La competencia de la Sala.

La Sala es competente para conocer en segunda instancia del presente proceso según lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo en la forma en que fue modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, norma en la cual se establece que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia.

2.2 El régimen Jurídico que gobernó la Licitación Pública Internacional No. 001 de 1993.

El procedimiento de selección que culminó con la expedición de la Resolución No JD 015-93 de 31 de mayo de 1993, acusada en este proceso, se adelantó en el año de 1993, época para la cual aún regía el Decreto-ley 222 de 1983, expedido por el ejecutivo en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 19 de 1982.

En desarrollo de la autonomía territorial prevista en la Constitución Política, la Ley 19 de 1982, en su artículo 5º, otorgó a los departamentos y municipios la facultad de regular, a través de sus normas fiscales, lo pertinente a la *“formación y adjudicación de los contratos que celebren y las cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio”*; a su vez señaló que estarían reservadas a la ley todas las normas relativas a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades, terminación, inhabilidades e incompatibilidades.

Esta disposición fue incorporada también en el Decreto-Ley 222 de 1983, norma expedida por el ejecutivo en cumplimiento de las facultades extraordinarias otorgadas por la citada ley 19 de 1982; en dicho Estatuto se ordenó que las

normas en él contenidas se aplicarían a los Municipios y Departamentos en cuanto a los “tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV”, de modificación, interpretación y terminación unilaterales, excluyendo de su alcance, los procesos de formación y adjudicación de los contratos que debían adelantar las citadas entidades territoriales.

Según las disposiciones referidas tanto los departamentos como los municipios estaban facultados para regular, a través de sus Códigos Fiscales, los temas relacionados con la formación, la adjudicación de los contratos y las cláusulas necesarias para el cumplimiento de sus fines públicos.

Estas disposiciones fueron ratificadas posteriormente, de manera especial para el ámbito municipal, según los dictados del artículo 47⁵ de la Ley 11 de 1986,- Estatuto Básico de la Administración Municipal- y en artículo 273⁶, del Decreto Extraordinario 1333 de 1986, contentivo del Código de Régimen Municipal.

Fue así que el Municipio de Cali y concretamente el establecimiento público del orden municipal denominado EMSIRVA, se acogió, para efecto de la Licitación Pública Internacional No. 01-93, a las disposiciones que en esta materia se encontraban contenidas en el Código Fiscal del Municipio de Cali, documento que fue aportado al expediente en fotocopia auténtica, (fls. 19 a 71, cd. 5)

El Código Fiscal del Municipio de Cali, contenido en el Decreto No. 1091 de 30 de junio de 1979, expedido por el señor Alcalde, consagró en el libro VIII, artículos 249 a 519, el Estatuto de Contratación del Municipio, norma que rigió tanto para este ente territorial, como también para sus entidades descentralizadas como lo

⁵ “ARTÍCULO 47. Los contratos que celebren los municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes.

Los de obras públicas, consultoría y prestación de servicios que celebren sus empresas industriales y comerciales y las sociedades de Economía Mixta Municipales, en las que la participación oficial sea o exceda del noventa por ciento (90%) del capital social, también se someten, conforme al reparto de materias hecho en el inciso anterior, a la ley y a las normas fiscales que expidan los concejos y sus propias autoridades. Los demás contratos de las entidades a que se refiere el presente inciso se sujetan a los principios y a las reglas del derecho privado.” (Subrayado fuera de texto)

⁶ El artículo 273 del Decreto 1333 de 1986, repite en idénticos términos la disposición contenida en el artículo 47 de la Ley 11 de 1986.

son los establecimientos públicos del orden municipal. En dicho Código se reguló lo pertinente al procedimiento de selección de los contratistas, las modalidades de selección, la adjudicación del contrato y las cláusulas que éstos deben contener.

En este contexto, puede afirmarse que las normas que regularon el procedimiento de la Licitación Pública Internacional No. 001-93, adelantado por el establecimiento público del orden municipal, EMSIRVA, que culminó con la adjudicación a la firma MOTORYSA, se encontraban contenidas en La Ley 19 de 1982, el Decreto- ley 222 de 1983, en la parte pertinente; la Ley 11 de 1986, el Código de Régimen Municipal contenido en el Decreto 1333 de 1986 y el Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali contenido en el Decreto 1091 de 30 de junio de 1979, expedido por el Alcalde en ejercicio de expresas facultades otorgadas por el Concejo Municipal.

2.3 La acción incoada y el término para proponerla.

La acción incoada por el demandante es la de nulidad y restablecimiento del derecho, orientada a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución J. D. 015-93 de 31 de mayo de 1993, expedida por la Junta Directiva de la entidad municipal denominada EMSIRVA, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública Internacional No. 0001-93, cuyo objeto consistía en la adquisición de veinticinco (25) recolectores de basura y como consecuencia de esta declaración, también solicitó: i) el pago de los perjuicios –daño emergente y lucro cesante- ocasionados por la no adjudicación del contrato, equivalentes al valor de los gastos en que incurrió en la presentación de la oferta y de las utilidades que dejó de percibir calculadas en un 20% sobre el valor ofrecido por cada uno de los equipos (FOB) y ii) la cancelación de las costas del proceso.

Se desconoce la fecha en la cual efectivamente se comunicó a la firma demandante, el acto administrativo de adjudicación, puesto que, aunque en el expediente obra copia del oficio SG-CE- 167-93 de 7 de junio de 1993, (fl. 27, cd. 1 Y 69, cd. 2) en cuyo texto se lee que el Secretario General de EMSIRVA, está comunicando dicho acto a la firma HILCO, se desconoce la fecha en que el destinatario recibió dicha comunicación.

Este aspecto resulta de la mayor importancia con el fin de determinar si la acción fue ejercida oportunamente o si, por el contrario, la empresa demandante dejó

vencer el término previsto en la ley para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Si se examina el Código Fiscal del Municipio de Cali, aplicable al procedimiento de la Licitación Pública Internacional No. 001-93, adelantada por la Administración Municipal, se observa que el artículo 275 reguló lo pertinente al acto de adjudicación de la licitación y a la notificación y comunicación del acto administrativo en los siguientes términos:

“(...) La adjudicación se hará mediante resolución que se notificará personalmente al proponente favorecido y se comunicará a los no favorecidos. Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa.” (fl.39 Vto., cd. 5).

En el pliego de condiciones de la referida licitación, numeral 2.24 se lee en relación con la adjudicación de la licitación:

“(...) Para la adjudicación EMSIRVA dispondrá de un plazo de sesenta (60) días calendario contados a partir del cierre de la licitación, plazo que podrá ser prorrogado por EMSIRVA antes de su vencimiento, siempre y cuando las necesidades de la Administración lo exijan.

El resultado será comunicado por escrito a todos los proponentes participantes, para lo cual la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali “EMSIRVA”, expedirá la resolución respectiva.

El proponente favorecido deberá comparecer a las oficinas de EMSIRVA para atender la diligencia de notificación personal, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de expedición de la Resolución que adjudicó la Licitación (...)” (fl. 544, cd. 1)

Como se observa, en las citadas disposiciones no se estableció un plazo perentorio dentro del cual la administración debía hacer las respectivas comunicaciones del acto de adjudicación, a los proponentes vencidos, sin embargo, el oficio SG-CE-167-93, mediante el cual se comunicó al demandante, sobre la adjudicación de la licitación, data del 7 de junio de 1993, es decir, fue elaborado y suscrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expedición de la Resolución de adjudicación No JD 015-93 de 31 de mayo de 1993.

Para establecer si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue incoada en tiempo, resulta pertinente precisar que para la época en que se adelantó el

procedimiento de selección⁷, se expidió la resolución de adjudicación del contrato⁸ y se presentó la demanda⁹, la norma que regulaba la caducidad de las acciones era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, en la forma en que fue modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989.

La norma es del siguiente tenor literal:

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

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

Como se advierte, la norma previó como plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85¹⁰ de la misma codificación, el de cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, entre ellos se entiende incluido el acto de adjudicación de la licitación, según lo determinado por la jurisprudencia, término que posteriormente fue reducido a treinta 30 días, al expedirse la Ley 446 de 1998, norma que en su artículo 32¹¹ introdujo modificaciones al artículo 87 del C.C.A.

A la luz de la norma vigente para la época en que se adelantó el procedimiento de selección del contratista, el término de que disponían los proponentes no favorecidos, o incluso el mismo adjudicatario, en el evento en que se considerara lesionado en sus derechos, para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, era de cuatro (4) meses, cuyo cómputo se iniciaba a partir de la fecha en que se hubiere efectuado la

⁷ El plazo de la licitación se fijó entre el 19 de abril y el 3 de mayo de 1993.

⁸ La adjudicación se hizo mediante Resolución No. JD-015-93 de 31 de mayo de 1993.

⁹ La demanda fue presentada el 7 de octubre de 1993.

¹⁰ La norma dispone lo siguiente: “*Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.*”

¹¹ Dispuso la norma en su inciso 2º que “*los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación....*”

notificación al adjudicatario o realizada la comunicación respectiva a los demás participantes en la licitación.

Como quiera que la única prueba que obra en el expediente como constancia de la comunicación hecha al demandante HILCO LTDA, en su condición de proponente no favorecido con la licitación Pública Internacional No. 001-93, es una copia del oficio SG-CE-167-93, pero se desconoce si dicha comunicación fue entregada a la empresa demandante en esa misma fecha o en una posterior, puesto que no existe constancia de su recibo y teniendo en cuenta que el conocimiento del acto administrativo de adjudicación por parte del participante no favorecido es definitivo e indispensable para calcular el término establecido en la ley para el ejercicio oportuno de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, debe arribarse a la conclusión que en el caso a estudio no operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

En efecto, del examen de los documentos aportados al plenario se advierte que entre la fecha de la referida comunicación SG-CE-167-93 de 7 de junio de 1993 -si se toma ésta como la de recibo por parte del destinatario, e incluso de la notificación personal de la Resolución JD-015-93 de 31 de mayo de 1993, al adjudicatario de la licitación, efectuada el mismo 7 de junio del mismo año (fl.26 Vto. cd. 1)- y la fecha en que se presentó la demanda, 7 de octubre de 1996 (fl. 642 vto. cd1), no transcurrió un término mayor de cuatro (4) meses¹² con lo cual se confirma que no operó el fenómeno jurídico de la caducidad en el presente caso y, por lo tanto, procede el estudio de los distintos problemas jurídicos sometidos a conocimiento de la Sala.

2.4 El caso concreto.

2.4.1 Los cargos formulados.

Procede la Sala a analizar los cargos que fueron formulados contra el acto administrativo de adjudicación de la licitación, los cuales se encuentran referidos a: **i)** La falta de competencia de la Junta Directiva para adjudicar la licitación; **ii)** La extemporaneidad en la adjudicación de la licitación; **iii)** La extemporaneidad en la

¹² Deberá tenerse en cuenta que de conformidad con lo prescrito por los artículos 59 y 62, de la Ley 4ª de 1913, los meses se cuentan de fecha a fecha según el calendario.

presentación de la oferta y la presunta modificación introducida irregularmente; **iv)** Incumplimiento de las exigencias técnicas en la oferta presentada.

2.4.1.1. La competencia de la Junta Directiva de EMSIRVA para adjudicar la Licitación Pública Internacional 001-93.

Con el propósito de establecer la competencia funcional de la Junta Directiva del Establecimiento Público EMSIRVA para adjudicar la Licitación Pública Internacional 001 de 1993, conviene recordar que de conformidad con la Ley 19 de 1982, el Decreto-ley 222 de 1983, la Ley 11 de 1986 y el Código de Régimen Municipal contenido en el Decreto Extraordinario 1333 de 1986, los Municipios podían disponer de manera autónoma, a través de sus códigos fiscales, todo lo relativo a la formación y adjudicación de los contratos, de conformidad con sus intereses y necesidades particulares.

Igualmente quedó establecido que el Código Fiscal del Municipio de Santiago de Cali, fue adoptado mediante Decreto No. 1091 de 30 de junio de 1979, (Fls 20 a 71 del cd. 5) el cual tuvo varias modificaciones, por lo tanto, el Municipio de Cali y concretamente el establecimiento público del orden municipal denominado EMSIRVA, debía acogerse, para efecto de la Licitación Pública Internacional No. 01-93, a las disposiciones que en esta materia se encontraban contenidas en el Código Fiscal del Municipio de Cali, documento que fue aportado al expediente en fotocopia auténtica, (fls. 19 a 71, cd. 5)

Lo anterior, por cuanto de conformidad con lo prescrito por el artículo 315-1 de la Constitución Política es atribución del alcalde "*cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley los decretos, las ordenanzas y los acuerdos del concejo*", deber que obviamente se extiende a los demás funcionarios de la Administración Municipal, entre ellos a los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas.

El artículo 275 del Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali, estableció que correspondía al Alcalde la competencia para adjudicar los contratos de la Administración central municipal y a los Gerentes y Directores la adjudicación de los contratos de las entidades descentralizadas del Municipio.

En el capítulo VIII del mismo Código Fiscal se reguló lo pertinente al suministro de bienes, entre sus disposiciones, el artículo 352, in fine, estableció que, en materia de adquisiciones, las entidades descentralizadas se regirán por sus propios estatutos.

De otra parte, el artículo 484¹³ ibídem, prescribió que la competencia para la celebración de los contratos de las entidades descentralizadas era del respectivo representante legal y estarían sujetos a la previa autorización de la Junta o Consejo Directivo, o a su posterior aprobación, según se hubiese previsto en sus normas orgánicas.

A su vez, el artículo 510¹⁴ del citado Código Fiscal, al establecer algunas disposiciones especiales para las entidades descentralizadas, otorgó competencia a las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos Descentralizados para fijar las cuantías determinantes de la contratación, mediante las modalidades de licitación pública o privada o de contratación directa, como también los requisitos que debían cumplirse para la adquisición de bienes muebles mediante órdenes de compra.

El Estatuto Interno del establecimiento público EMSIRVA, se encuentra contenido en el Acuerdo 101 de 29 de octubre de 1966, el cual fue modificado por el Acuerdo 113 de 21 de abril de 1987 (fl 97 cd. 2), ambos expedidos por el Concejo Municipal, en cuyo artículo 17, estableció, entre otras, las siguientes funciones del Gerente General: (fl 88, cd. 2)

“ (...)”

¹³ El artículo 484 del Código Fiscal del Municipio de Cali, prescribe:

“Los contratos de las Entidades Descentralizadas del Municipio, se celebrarán y suscribirán por el respectivo Representante Legal y estarán sujetos a la previa autorización o a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo, según lo que sobre el particular prevean sus normas orgánicas.”

¹⁴ El artículo 510 del Código Fiscal del Municipio de Cali, dispuso:

“Las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos Descentralizados, podrán mediante Resolución de carácter general, establecer:

1. Las cuantías dentro de las cuales la Administración de dichos Establecimientos pueden contratar directamente.
2. Las cuantías límites para la contratación mediante licitación pública o privada.
3. Los requisitos para la adquisición de bienes muebles mediante Órdenes de Compra.
4. Las cuantías para la Contratación Directa, por parte de la Administración, de obras mediante Órdenes de Trabajo. (...)”

- e) Suscribir todos los actos necesarios para el buen logro de los objetivos ordenando y legalizando los gastos con las limitaciones fijadas por la ley y los reglamentos o la Junta Directiva.
- f) Ejercer la representación legal y judicial del establecimiento para lo cual tiene todas las facultades y obligaciones inherentes a dicha representación. (Resaltado fuera de texto)

De la interpretación armónica de las disposiciones referidas se infiere claramente que la atribución para adjudicar y suscribir contratos recaía en el representante legal de la respectiva entidad descentralizada; en el caso concreto, en el Gerente del establecimiento público denominado EMSIRVA, sin que tales facultades estuvieran radicadas en la Junta Directiva, puesto que en virtud del artículo 510 del Código Fiscal, en concordancia con el artículo 13¹⁵ de los estatutos de EMSIRVA, corresponde a este órgano plural el cumplimiento de funciones, que si bien se relacionan con la contratación, -fijar las cuantías- en todo caso, son diferentes de la adjudicación de licitaciones y la celebración de contratos, función que es de la exclusiva competencia del Gerente.

La Junta Directiva de EMSIRVA, en ejercicio de sus atribuciones, expidió la Resolución JD-004-93 de febrero 16 de 1993, acto administrativo en el cual dispuso que “*las cuantías para la contratación administrativa*” serían las mismas que para el efecto determinara la Administración Municipal (Fls. 9 y 10, cd. 5 de pruebas), es decir, remitió en este tema específico a la reglamentación que hubiere expedido el Municipio.

Así es que el Alcalde del Municipio, mediante Decreto No. 222 de 24 de febrero de 1993, fijó en salarios mínimos legales mensuales, las cuantías de que trataba el Código Fiscal del Municipio de Santiago de Cali. En el artículo 1º, numeral 9º, modificadorio del artículo 355 del Código Fiscal, determinó las cuantías y las reglas a las cuales debían sujetarse la contratación de “*adquisiciones de suministro*”.

Posteriormente el Gerente General del establecimiento público EMSIRVA, “*En uso de las facultades legales y estatutarias y en especial las conferidas por la*

¹⁵ Entre las funciones asignadas por los Estatutos Internos de EMSIRVA a la Junta Directiva de la citada institución, se encuentra la siguiente:

“m.) Fijar de conformidad con las normas generales que sobre la materia establezca el Estatuto de Contratación de Municipio, la cuantía de los gastos y contratos que pueda efectuar el Gerente General sin previa consulta con la Junta Directiva.” (Resaltado fuera de texto)

Resolución No. JD-004-93 de la Junta Directiva (...)", expidió la Resolución No. 00723 de 10 de marzo de 1993, mediante la cual adoptó las cuantías fijadas en el Decreto No. 0222 de 24 de febrero de 1993, y otorgó competencia a la Junta Directiva de la entidad descentralizada para que, en materia de suministros, hiciera la adjudicación, en aquellas contrataciones cuyo valor o cuantía de la adquisición superara los 2.500 salarios mínimos mensuales¹⁶, con desconocimiento y abierta trasgresión del Estatuto Interno de EMSIRVA, contenido en el Acuerdo No. 113 de 21 de abril de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, concretamente de los artículos 13, y 17 en los cuales se delimitó en forma precisa las competencias atribuidas a la Junta Directiva de la entidad y aquellas que correspondían al Gerente de la misma. También desconoció lo prescrito por el Código Fiscal, desbordando los límites de su competencia al determinar las cuantías de la contratación y trasladar sus propias funciones a la Junta Directiva.

Cabe destacar que aunque en la Resolución No. 723 de 10 de marzo de 1973, el Gerente General de EMSIRVA invocó como fundamento de su facultad para establecer las cuantías de la contratación administrativa, las otorgadas por la Resolución No. JD-004-93, expedida por la Junta Directiva de EMSIRVA, lo cierto es que en esta resolución, la Junta Directiva tan solo estableció que las cuantías para la contratación administrativa de EMSIRVA serían las mismas que determinara la Administración Municipal, pero en modo alguno dicho acto atribuyó al Gerente General de EMSIRVA, facultad para regular esta materia, sencillamente porque tal facultad estaba reservada para la Junta Directiva, según los Estatutos Internos de EMSIRVA y el mismo Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali. (fl. 9 a 10, cd. 5).

En efecto, la facultad para fijar las cuantías en materia de contratación, según el Estatuto Interno de EMSIRVA (Acuerdo 113 de 1987) se encontraba atribuida a la Junta Directiva, para lo cual debía ceñirse estrictamente al Estatuto de Contratación del Municipio, así lo disponía el artículo 13 en el literal m). Igualmente el Estatuto Fiscal, consagraba en su artículo 510 la competencia de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas municipales, para establecer

¹⁶ En la Resolución No 723, artículo 1º, numeral l) ordinal 5º se lee: En forma general y de acuerdo a su cuantía, las adquisiciones de suministro se sujetarán a las siguientes reglas: "5. Si el valor del suministro fuere superior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales, deberá surtirse el trámite de la Licitación Pública y la adjudicación se hará por la Junta Directiva de EMSIRVA, debiendo celebrarse contrato escrito." (Resaltado fuera de texto)

las cuantías de la contratación. Quiere decir que los Gerentes de las entidades descentralizadas del orden municipal no estaban facultados para establecer las cuantías en materia de contratación.

De otra parte, la facultad para adjudicar los contratos de las entidades descentralizadas del orden municipal, según el claro mandato del artículo 275 del Estatuto Fiscal y el artículo 17 del Estatuto Interno de EMSIRVA (Acuerdo 113 de 1987) era exclusiva del Gerente o Director de la entidad.

La parte demandada alegó que las facultades de la Junta Directiva estaban dadas por las siguientes normas:

i) El ordinal q) del artículo 13 del Estatuto Interno de EMSIRVA, disposición que consagra como función de la Junta Directiva, “*la ejecución de todos los actos tendientes al cumplimiento de sus objetivos*”, pero como se observa, en esta disposición no se reguló el tema de la adjudicación de las licitaciones, puesto que se encuentra referido a los actos en general que competen a la Junta Directiva y que no pueden confundirse con las competencias expresamente asignadas al Gerente, lo contrario daría lugar a una dualidad de funciones.

ii) El artículo 488 del Código Fiscal, a cuyo tenor “*Los contratos de las entidades descentralizadas del municipio se celebrarán y suscribirán por el respectivo representante legal y estarán sujetos a la previa autorización o a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo directivo...*”. Según este mandato la Junta Directiva debía autorizar al Gerente, previamente a la suscripción del contrato, o impartir su aprobación con posterioridad a la contratación, funciones que no pueden confundirse con las de adjudicación de la licitación, puesto que esta decisión es del resorte exclusivo del Director o Gerente de la entidad descentralizada, según los claros mandatos del artículo 275 del mismo Código Fiscal;

iii) El Acuerdo No. 2 de 14 de enero de 1988, invocado por la entidad demandada, es una disposición que no tiene relación alguna con los contratos de suministro o venta de bienes muebles, puesto que dicho Acuerdo, modificatorio del artículo 322 literal c) del Código Fiscal, se refiere, exclusivamente, a la tramitación de los contratos de obra, según su cuantía;

iv) El Acuerdo No. 28 de 1992, mediante el cual, el Concejo Municipal modificó el artículo 509 del Código Fiscal y atribuyó competencias al Alcalde para fijar las cuantías de la contratación, facultades que fueron específicas para el Jefe de la Administración Municipal y no para otros funcionarios de las entidades descentralizadas del municipio;

v) El Decreto Municipal 222 de 24 de febrero de 1993, mediante el cual el Alcalde del Municipio Santiago de Cali, en ejercicio de competencias otorgadas por el Concejo Municipal, determinó la cuantía de la contratación, es un acto del cual, no puede derivarse competencia para que el Gerente del establecimiento público municipal denominado EMSIRVA fije cuantías y asigne funciones de adjudicación a la Junta Directiva de dicha Institución, tal como lo hizo en la Resolución No. 00723 de 10 de marzo de 1973.

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* encontró que el acto de adjudicación de la licitación No. 0001 de 1993 se encontraba ajustado a la legalidad, con diversos argumentos que la Sala no comparte por las siguientes razones:

a) Sostuvo que el artículo 275 del Código Fiscal del Municipio de Cali otorgaba a los Directores y Gerentes de las entidades descentralizadas del Municipio facultad para adjudicar los contratos pero que el artículo 355 del mismo Código asignaba la misma facultad a las Juntas de Adquisiciones y Contratos, atendiendo la cuantía y, que por tal razón, *“el acto fue emitido por quien era la competente para hacerlo.”*(Fl. 462, cd. ppal)

Examinado el artículo 355 del Código Fiscal se advierte que dicha norma no resulta aplicable a las entidades descentralizadas del orden municipal por expresa disposición del artículo 352 de la misma codificación.

En efecto, el capítulo VII del Código Fiscal (artículos 350 a a 365) reguló lo relacionado con los suministros necesarios para el adecuado funcionamiento de los servicios públicos a cargo de la Administración Municipal. El artículo 351, dispuso que “según la cuantía, los contratos de suministro se sujetarán a las reglas contenidas en el artículo 355 del citado Código. Por su parte el artículo 352 regulatorio del *“sistema de adquisiciones”*, consagró en el párrafo único que en esta materia las

entidades descentralizadas se regirán por sus propios estatutos. La norma en comento es del siguiente tenor:

“La adquisición de los suministros que se requieran para atender las necesidades de las dependencias municipales y el cabal y oportuno funcionamiento de los servicios, la hará la Administración Central, salvo lo que disponga en acuerdos especiales, a través de la Alcaldía o la Junta de Compras, según las cuantías de que se trata más adelante.

PARÁGRAFO. Las entidades Descentralizadas, para estos fines se regirán por sus propios estatutos.” (fl. 44, cd. 5)

Del contenido de esta norma claramente se infiere que las entidades descentralizadas del Municipio Santiago de Cali como lo es el establecimiento público denominado EMSIRVA, en materia de adquisiciones, no se encontraba sometido al régimen del Código Fiscal, sino a las disposiciones contenidas en sus propios estatutos.

Lo anterior se corrobora con lo dispuesto por el artículo 353 del mismo Código Fiscal en el cual se estableció que la Junta Municipal de Compras estaría integrada con los siguientes funcionarios: *“...el alcalde, quien la presidirá, o su delegado, el secretario de Hacienda, el Personero, el Tesorero y el Secretario de Servicios Administrativos del Municipio, quien actuará como secretario de la Junta. El contralor o su delegado deberán asistir con voz para el cabal cumplimiento de sus funciones. En ausencia del Alcalde, el Secretario de Hacienda presidirá la Junta”*; norma que evidencia la integración de la Junta de Compras del nivel central municipal y no de las entidades descentralizadas y, por lo tanto, la facultad de adjudicación que el artículo 355 del Código Fiscal atribuye a esta Junta, para la adjudicación de algunos suministros, según la cuantía, es justamente para el nivel central y no para los entes descentralizados.

A lo anterior se agrega que la citada norma se refiere a la Junta de Compras del nivel central del municipio y no a la Junta Directiva de las entidades descentralizadas del municipio como lo sostiene el *a quo*, confusión en la cual incurre al afirmar que en el procedimiento de adjudicación de la licitación Pública Internacional No. 001-93 *“el acto fue emitido por quien era la competente para hacerlo”*, es decir, por la Junta Directiva de EMSIRVA, según la competencia atribuida por el artículo 355 del Código Fiscal, puesto que sin justificación alguna, el Tribunal equiparó

la Junta Municipal de Compras del nivel central municipal, a la cual se refieren los artículos 353, 354 y 355 del Código Fiscal del Municipio de Cali, a la Junta Directiva de las entidades descentralizadas del nivel municipal; en el caso concreto, la Junta Directiva de EMSIRVA que adjudicó la licitación, lo hizo sin tener en cuenta que cada una de estas juntas tiene origen e integración diferente, finalidades distintas y como resulta obvio funciones también diferentes dentro de la estructura organizativa del municipio.

- b) En la sentencia de primera instancia también se afirmó que la Resolución No. 00723 de 10 de marzo de 1993 fue dictada por la Gerencia General de EMSIRVA, *“en uso de las atribuciones concedidas por el artículo 510 del Código Fiscal del Municipio”*, afirmación que no se ajusta a la realidad, puesto que en dicho artículo, se atribuyó competencia a las Juntas Directivas de los establecimientos públicos descentralizados para fijar las cuantías de la contratación, de lo cual resulta pertinente hacer dos observaciones: i) La competencia para fijar las cuantía de la contratación no se asignó a los Gerentes de los establecimientos públicos descentralizados sino a la Junta Directiva de los mismos ii) En dicho artículo no se facultó a los Gerentes de los establecimientos públicos descentralizados para que radicaran en las Juntas Directivas la función de adjudicar los contratos; luego no puede admitirse que la Resolución 0723 de 1993, fue expedida en virtud de las atribuciones concedidas por el citado artículo 510 del Código Fiscal.

De lo anterior se colige que la Resolución No. 00723 de 10 de marzo de 1993, emitida por el Gerente de EMSIRVA para determinar las cuantías de la contratación administrativa, fue expedida sin competencia legal, puesto que esta facultad correspondía exclusivamente a la Junta Directiva de dicha institución y no al Gerente. Pero además, en el mismo acto administrativo, el Gerente sin justificación ni fundamento legal alguno, puesto que el Estatuto Interno de EMSIRVA no lo establecía, otorgó a la Junta Directiva facultades de adjudicación de las licitaciones, atribución que fue reservada por el Código Fiscal, exclusivamente para el Alcalde, en el nivel central del Municipio, y para los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas del orden Municipal, es decir, que la ilegalidad se materializó en doble sentido. No obstante la situación anterior, dicho acto no fue demandado en el presente proceso, ni tampoco existe

declaratoria de su nulidad por el juez competente, pese a haber sido expedido con vicios de incompetencia y, por lo tanto, con abierta ilegalidad.

Con base en la competencia ilegalmente atribuida a la Junta Directiva de EMSIRVA, por parte de su Gerente, mediante Resolución No. 00723 de 10 de marzo de 1993, dicho organismo adjudicó la Licitación Pública Internacional No. 001-93, mediante la expedición de la Resolución No. JD-015-93 de 31 de mayo de 1993, con lo cual desbordó su competencia funcional al asumir facultades que, de conformidad con el Código Fiscal y los Estatutos Internos de EMSIRVA, eran de exclusiva competencia del Gerente, de donde se deriva la ilegalidad del acto administrativo acusado por vicio de incompetencia, razón por la cual la Sala encuentra mérito para la prosperidad del cargo de nulidad invocado por la parte demandante, pues como se anotó, la resolución acusada vulneró los artículos 275¹⁷, 352¹⁸, 484¹⁹ y 510²⁰ del Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali, así como los artículos 13 y 17 del Acuerdo 113 de 21 de abril de 1987, Estatuto Interno de EMSIRVA.

Amén de lo anterior, se advierte que el acto acusado también contraría lo dispuesto por el pliego de condiciones de la licitación pública internacional No. 001 de 1993, en el numeral 2.24, según el cual: *“La Junta directiva a su vez observará el análisis de la Comisión de Licitaciones y autorizará a la Gerencia General, para adjudicar a la propuesta mas favorable teniendo en cuenta los criterios establecidos en el pliego de condiciones.”*, regla del pliego que se ajustaba tanto a lo previsto por el Código Fiscal del Municipio de Santiago de Calí, como a los estatutos internos de EMSIRVA, pero que, como ya se anotó, fue desconocida por

¹⁷ El artículo 275 del citado Código Fiscal dispone: *“Corresponde adjudicar los contratos al Alcalde, tratándose de la Administración Central, y a los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas...”*

¹⁸ En el párrafo del artículo 352 del Código Fiscal del Municipio de Cali establece que en materia de adquisiciones de suministros que se requieran *“las entidades descentralizadas, para estos fines se regirán por sus propios estatutos.”*

¹⁹ El artículo 484 del Código Fiscal referido ordena: *“Los contratos de las entidades descentralizadas del Municipio, se celebrarán y suscribirán por el respectivo Representante Legal y estarán sujetos a la precia autorización o a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo, según lo que sobre el particular prevean sus normas orgánicas.”*

²⁰ En el artículo 510 del Código Fiscal se establece que *“Las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos Descentralizados, podrán mediante Resolución de carácter general establecer:*

- 1) Las cuantías dentro de las cuales la Administración de dichos Establecimientos pueden contrata directamente.
- 2) Las cuantías límites para la contratación mediante Licitación Pública o privada.
- 3) Los requisitos para la adjudicación de bienes muebles mediante órdenes de compra.
- 4) Las cuantías para la contratación directa, por parte de la Administración, de obras mediante órdenes de Trabajo.

la Resolución de adjudicación No. JD-015-93 de 31 de mayo de 1993 al ser expedida por la Junta Directiva de EMSIRVA y no por su Gerente General, una razón más para que prospere el cargo de nulidad formulado.

2.4.1.2 La Presunción de legalidad de la Resolución 723 de 10 de marzo de 1993, alegada por la parte demandada.

La parte demandada alegó la presunción de legalidad de la Resolución 723 de 10 de marzo de 1993, expedida por el Gerente General de EMSIRVA, por no haber sido suspendida ni anulada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; dicha resolución constituyó el fundamento legal para que la Junta Directiva de EMSIRVA expidiera el acto de adjudicación acusado, pero entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentra alguna encaminada a su declaratoria de nulidad.

Al amparo del principio de presunción de legalidad, los actos se consideran ajustados al ordenamiento jurídico y deben ser obedecidos tanto por las autoridades como por los particulares desde el momento mismo de su entrada en vigencia y hasta tanto sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según lo normado por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pero este principio no es absoluto, puesto que la presunción de legalidad de los actos administrativos es “*juris tantum*” y, por tanto, puede ser desvirtuada no solo a través de la acción de nulidad que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, sino de oficio por el juez.

En efecto, en un Estado de derecho el juez que conoce de un proceso, no puede permanecer indiferente frente a la evidencia de la lesión del ordenamiento jurídico, bajo la égida de la presunción de legalidad de los actos administrativos, puesto que para ello la ley ha previsto el mecanismo de la excepción de ilegalidad o vía de excepción que permite al operador jurídico abstenerse de aplicar una norma por considerarla violatoria del ordenamiento superior, así no haya sido demandada ni declarada su nulidad y de esta manera impedir que el acto viciado de ilegalidad produzca efectos jurídicos en el caso concreto.

El fundamento constitucional de esta medida se encuentra previsto en el artículo 4º de la Carta Suprema a cuyo tenor: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, con lo cual se consagra, de una

parte, la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y de otra, se establece expresamente que aquellas normas que contraríen la Constitución no serán aplicadas.

Así mismo el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, al señalar que *“Las órdenes y demás actos ejecutivos de gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes...”* está consagrando la excepción de ilegalidad cuya aplicación opera en las diferentes escalas de nuestro ordenamiento jurídico.

Con base en estas normas es posible legalmente aplicar la excepción de ilegalidad en relación con los actos expedidos por autoridades del orden municipal, como lo son aquellos emitidos por los Gerentes de los establecimientos públicos de este nivel.

Lo anterior encuentra apoyo no solo en las disposiciones de carácter constitucional y legal antes indicadas, sino también en los lineamientos de orden jurisprudencial concebidos por la Corte Constitucional²¹, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 140 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por violación del artículo 238 superior. En dicha oportunidad la Corte precisó diversos aspectos que conviene ahora traer a colación para ilustrar el tema examinado, los cuales hacen referencia a la jerarquía de las normas que integran el ordenamiento jurídico y con fundamento en dicha jerarquía, la necesidad de inaplicar las disposiciones que sean contrarias a aquellas de las cuales derivan su validez, así no exista expresa consagración constitucional de la llamada excepción de ilegalidad. Al respecto precisó:

“12. La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas

²¹ Sentencia C- 037 de 26 de enero de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.

En relación con la jerarquización normativa que emana de la Constitución, esta Corte ya ha tenido ocasión de decir lo siguiente:

“No todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía. Existe entre ellas una estratificación, de suerte que las normas descendentes deben sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores. La no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento, que tiene la virtud incluso de hacer desaparecer del mundo jurídico la norma así imperfectamente expedida mediante los controles pertinentes. La Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución.”²²

De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional.”

También dispuso la Corte, en la citada providencia, que la aplicación de la excepción de ilegalidad está reservada para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que las autoridades administrativas puedan hacer uso de dicha medida excepcional. Así discurrió la Corte:

7. La excepción de ilegalidad dentro del marco de la Constitución.

19. Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta.

²² Sentencia C-131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones:

20. En principio, podría pensarse que ante la ausencia de una norma constitucional expresa que autorice a toda persona el no cumplir actos administrativos contrarios al ordenamiento superior, cabría una interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución, según la cual así como cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. En efecto, la analogía entre los fenómenos de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las normas parece ser manifiesta, pues en uno y otro caso se trata del desconocimiento de normas de mayor rango jerárquico. Así, siendo análogas ambas situaciones cabría la aplicación del artículo 4° superior, para deducir que en todo caso de incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior deberán prevalecer las disposiciones de mayor jerarquía.

Igualmente concluyó en relación con el mismo tema:

“De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

(...)

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub exámine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las

cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.” (Resaltado fuera de texto)

En este contexto, la Sala inaplicará la Resolución No. 0723 de 10 de marzo de 1993, expedida por la Gerencia General de EMSIRVA, en la parte pertinente a la expresión “(...) y la adjudicación se hará por la Junta Directiva de “EMSIRVA” (...)” contenida en el ordinal I), numeral 5º del artículo primero, en la cual se fundó la competencia de la Junta Directiva para la expedición del acto de adjudicación acusado, como quiera que resulta contraria a lo ordenado por el artículo 275 del Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali, al artículo 17 del Acuerdo 113 de 21 de abril de 1987 y, por ende, al artículo 315 de la Constitución Política.

2.4.1.3 La presunta extemporaneidad de la adjudicación de la licitación.

La parte actora afirmó que la adjudicación “no se efectuó dentro del plazo de los sesenta (60) días” calendario contados a partir de la fecha del cierre de la licitación, como lo ordenaba el numeral 2.24, párrafo 3º del pliego de condiciones de la Licitación Pública Internacional 001 de 1993, sino en fecha posterior y que “como no hubo prórroga, luego procedía... declarar desierta la licitación, según lo prescrito por el artículo 30 numerales 8º y 9º del Decreto-ley 222 de 1983.

Con el fin de establecer si la resolución de adjudicación de la Licitación pública Internacional No. 001 de 1993, fue expedida dentro del plazo ordenado por los documentos de la licitación, procede la Sala a examinar el material probatorio allegado al plenario.

Mediante la Resolución No. 01092 de 12 de abril de 1993, se ordenó la apertura de la licitación referida, cuyo plazo se cumplió entre el 19 de abril y el 3 de mayo de 1993, fecha prevista para el cierre. (fls. 41 a 42, cd. 1)

El cierre se cumplió en la fecha prevista, según acta suscrita el 3 de mayo de 1993, por la Jefe de la Oficina Jurídica y el Jefe de Control Interno de EMSIRVA (fls. 43 a 50, cd. 1)

De conformidad con lo prescrito por el numeral 2.24 del pliego de condiciones, el plazo con que contaba EMSIRVA para hacer la adjudicación de la licitación, era de

“sesenta (60) días calendario contados a partir de la fecha del cierre de la licitación”, es decir, hasta el 2 de julio de 1993; plazo que podía ser prorrogado por EMSIRVA antes de su vencimiento. (fl. 280, cd. 3)

La adjudicación se cumplió el 31 de mayo de 1993, con la expedición de la Resolución JD-015-93, (fls. 22 a 26, cd. 1) la cual fue notificada personalmente al representante legal de la firma Motores y Máquinas S.A., MOTORYSA, adjudicataria de la licitación.

Del contenido de los documentos reseñados, sin mayor dificultad se advierte que el plazo máximo para la adjudicación de la licitación, de conformidad con lo previsto en el Pliego de condiciones, vencía el 2 de julio de 1993, pero la adjudicación se hizo el 31 de mayo de 1993, es decir, mucho antes de que se agotara el plazo de los sesenta (60) días ordenado por el pliego de condiciones.

Así las cosas, el cargo de extemporaneidad en la adjudicación de la licitación, formulado contra el acto acusado, carece de fundamento y, por lo tanto, será denegado.

2.4.1.4 El cargo de extemporaneidad en la presentación de la oferta.

Otro de los cargos que la actora formuló contra el acto de adjudicación tiene que ver con la extemporaneidad en la presentación de la oferta por parte de la firma proponente que resultó favorecida con la adjudicación, el cual sustentó en el hecho de que si bien es cierto Motorysa presentó oferta dentro del plazo previsto por el pliego de condiciones, esto es antes del 3 de mayo de 1993, también lo es, que como dicha oferta fue modificada el 25 de mayo de 1993, al dar respuesta a la solicitud de aclaración formulada por EMSIRVA, se entiende que la misma realmente fue presentada en fecha posterior al cierre de la licitación.

Como se indicó en el anterior acápite, el plazo de la licitación, entendido este como el término transcurrido entre el momento de la apertura y la fecha del cierre, fue previsto por la Resolución No. 01092 de 1993, entre el 19 de abril y el 3 de mayo de 1993. (fls. 41 a 42, cd. 1)

El cierre efectivamente se cumplió en la fecha prevista, según el “Acta de cierre de la licitación y apertura de la urna biclave”, suscrita el 3 de mayo de 1993, por la

Jefe de la Oficina Jurídica y el Jefe de Control Interno de EMSIRVA (fls. 43 a 50, cd. 1), aportada al expediente en copia auténtica en la cual consta que la firma Motores y Máquinas S.A. MOTORYSA, presentó oferta básica y alternativa, con un plazo de entrega de los bienes de 105 días (fl. 44 y 45, cd. 1), prueba documental demostrativa de que la oferta fue presentada en el plazo fijado por el pliego de condiciones.

Ahora bien, si como lo señala la parte actora, la propuesta fue modificada por la firma adjudicataria, en la oportunidad que le fue otorgada para aclarar la oferta, este hecho en manera alguna puede catalogarse como extemporaneidad en la presentación de la oferta, puesto que de llegarse a comprobar, comportaría una irregularidad en el procedimiento de selección del contratista, pero en manera alguna extemporaneidad en la presentación de la oferta.

El cargo es infundado.

2.4.1.5 La oferta presentada por MOTORYSA S.A., no cumplía las exigencias técnicas, pero fue modificada en la oportunidad otorgada por EMSIRVA para hacer aclaraciones,

Sostuvo la parte demandante que el acto administrativo enjuiciado es nulo porque la propuesta no cumplió con los requisitos señalados en el pliego, toda vez que la homologación de los vehículos ofertados no coincidió con los valores reportados en la memoria de cálculo, ni con los datos consignados por MOTORYSA S.A., en el formulario técnico, ni con las exigencias técnicas establecidas en el pliego de condiciones; pero que de manera irregular, al momento de hacer la aclaración de la propuesta solicitada por EMSIRVA, la firma adjudicataria modificó los datos inicialmente ofertados.

En cuanto a la homologación de los equipos, observa la Sala, que al expediente fueron allegadas, en copia auténtica, las Resoluciones 2109 y 2110 de abril 30 de 1993, expedidas por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito INTRA, en cumplimiento de los Decretos No. 1344 de 1970 y 1580 de 1991, mediante las cuales se homologaron dos tipos de vehículos, por solicitud de la firma MOTORYSA, documentos que hicieron parte de la propuesta presentada por dicha firma; en cada uno de estos actos se lee *“que realizado el estudio técnico de homologación (...) se encontró que este vehículo cumple con las especificaciones*

técnicas establecidas por las normas” (...)”, dichos vehículos homologados corresponden al objeto de las ofertas básica y alternativa, respectivamente. (Fls 110 a 115, cd. 4)

De otra parte, se acreditó que MOTORYSA, presentó con su oferta el formulario contentivo de la información técnica correspondiente al equipo recolector con los correspondientes catálogos traducidos al español (fls. 153 a 166, y 174 a 191, cd. 4) y la memoria técnica de cálculos (fls. 167 a 173, cd. 4), tanto para la propuesta básica como para la alternativa; en los citados formularios se observa que algunos de los datos suministrados presentan pequeñas diferencias numéricas respecto de aquellos que fueron establecidos en la resolución de homologación. (Fls. 119 a 144, cd. 4)

Debido a las diferencias presentadas, EMSIRVA solicitó a la firma MOTORYSA S.A., mediante oficio SG-156-93 de 21 de mayo de 1993, información aclaratoria (Fls. 205 a 207, cd. 3); en respuesta la sociedad oferente, mediante fax 923895670 de 25 de mayo de 1993, precisó algunas de las cifras que hicieron parte de la oferta (fls. 209 a 213, cd. 3), a la vez, anexó como soporte, el cálculo de la distribución de pesos (fl. 221, cd. 3) e informó que las imprecisiones materia de aclaración se habían presentado debido a los siguientes factores:

“1º Errores de transcripción, como el presentado al colocar las distancias entre ejes de la propuesta alternativa) (sic) ver planos y catálogo y los torques de caja motor.

“2º Aproximaciones de cálculo. Como el peso máximo de la basura compactada. El INTRA tomó el volumen exacto de la caja de 13.76 m3 que al multiplicar por la densidad de 750 Kgm/m3 da un total de 1.320 Kgs, el reporte se hizo con el volumen de 13.8 y se obtuvo 1.350 Kgs.(...)”.

“3º La mayoría de imprecisiones en los datos reportados se debieron a que se tomaron homologaciones anteriores a las presentadas (las cuales llegaron a última hora) y dieron datos no exactos con diferencias no muy significativas. (...)”(Fl. 219, cd. 3)

De la prueba relacionada se infiere, de una parte, que efectivamente sí existieron diferencias entre el cálculo de la distribución de pesos del vehículo ofertado en la propuesta básica de MOTORYSA S.A., como se advierte al hacer el cotejo entre el formulario técnico y aquellos contenidos en la resolución de homologación dictada por el INTRA, tanto en el vehículo que constituyó la oferta básica como en aquel

que hizo parte de la oferta alternativa, pero tal circunstancia no puede conducir necesariamente a determinar que por existir estas diferencias, la propuesta básica no cumplía con los requisitos técnicos exigidos por el pliego de condiciones, como lo afirmó la parte actora, concretamente lo establecido en el volumen II, pues para ello se requiere tener elementos de juicio suficientes, con el debido soporte técnico, que se echan de menos en el presente proceso.

De otra parte, se observa que en la aclaración de la propuesta, MOTORYSA ajustó algunas cifras y atribuyó estas diferencias a errores de transcripción, a las aproximaciones de los cálculos efectuados y al haber tomado como base homologaciones anteriores, sin que sea posible establecer si tales ajustes, son de tal incidencia que realmente puedan catalogarse como una modificación de la oferta, o si por el contrario, puede admitirse que con ellas tan solo se está haciendo un ajuste numérico que no incide en la estructura y el contenido mismo de la propuesta.

Como se observa, el asunto materia de examen, es de carácter eminentemente técnico, problema que sólo podría ser resuelto con certeza a través de un experticio rendido por profesionales idóneos en la materia, en los términos del artículo 233 del C de P. C., y de esta manera llegar a una conclusión correcta que permita una decisión ajustada a derecho.

En el *sub exámine* la parte demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, se limitó a hacer afirmaciones encaminadas a desvirtuar la validez de la oferta presentada por el adjudicatario de la licitación, pero no desplegó la actividad probatoria requerida para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, desatendiendo con ello lo prescrito por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, incumbe a las partes probar los supuestos de hecho.

La prueba que podría dilucidar si la oferta cumplía los requisitos técnicos exigidos por el pliego de condiciones y si el adjudicatario al hacer las aclaraciones solicitadas por la Administración, realmente incurrió en modificación de la oferta inicial, no fue solicitada por la parte demandante, ni ordenada de oficio por el *a quo*, razón por la cual no se cuenta con elementos de juicios suficientes que permitan a la Sala tener certeza sobre la existencia de estos hechos, razón por la cual el cargo será denegado por falta de elementos probatorios.

2.4.2 La indemnización reclamada por el demandante.

La parte actora reclamó, a título de restablecimiento del derecho, el pago de los perjuicios ocasionados por la no adjudicación de la licitación, consistentes en el valor de la utilidad que estimó en el 20% del precio ofrecido por cada equipo (FOB), de los Estados Unidos de Norteamérica, más las sumas pagadas por la compra del pliego de condiciones y la constitución de la póliza de garantía, los intereses legales corrientes y moratorios más la corrección monetaria, por la participación en la licitación.

La jurisprudencia de la Sala²³ ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir adelante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la Administración.

A continuación se transcriben algunos apartes de las orientaciones dadas por la Sala en este sentido:

“(...) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de el pliego de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (...)’

‘(...) pese al evento de aplicar los criterios y adicionar los puntos en la calificación del proceso de selección con la perspectiva que define el demandante, ello no comporta que ascienda al primer lugar en el orden de elegibilidad y mérito y, por ende, que resulte ser la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se

²³ Ver entre otras, las siguientes sentencias de la Sala: de 4 de junio de 2008, Exp. 14169, Actor Consorcio Delgado y Delgado Vélez; de 4 de junio de 2008, Exp. 17783, Actor: Javier Alonso Quijano Alomía; de 26 de abril de 2006, Exp. 16041; de 19 de septiembre de 1994, Exp. 8.071. Actor: Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza González.

estudia. En suma, el demandante no acreditó que su propuesta fuese la más favorable para la administración.”²⁴.

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

En el caso sub lite, el demandante demostró la ilegalidad del acto de adjudicación, razón por la cual será declarada la nulidad de la Resolución No. JD 015-93 de 31 de mayo de 1993, pero no probó que su oferta fuera la mejor y la más conveniente para el interés público, como quiera que no se aportó al expediente copia auténtica de todas las ofertas que fueron presentadas para la Licitación Pública Internacional No. 001 de 1993, y de esta manera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes, pues tan solo se aportaron al expediente las propuestas presentadas por la firma demandante HILCO LTDA y la de la firma adjudicataria MOTORYSA S.A.-, lo cual impide establecer si la empresa demandante acreditaba un mejor derecho.

Amén de lo anterior, al examinar los informes de evaluación de las propuestas, presentados por los funcionarios de la entidad pública EMSIRVA, y demás documentos que integran el material probatorio, se pudo establecer que la firma HILCO LTDA, no ostentaba la mejor oferta, como se demuestra a continuación:

- a) En el cumplimiento de las exigencias y documentación, el Comité de Evaluación hizo la siguiente observación respecto de la propuesta presentada por HILCO: *“No aparece suficiente certificación para la representación de los chasis internacional”* (fl. 98, cd. 1).
- b) En el análisis técnico adelantado se le hicieron las siguientes observaciones: *“No explican como miden la altura de la apertura de cargue.” “No hay*

²⁴ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp.: 16041. 26 de abril de 2006.

mención acerca del recipiente para lixiviados”; “No se encontró certificado de garantía para los chasis”; No se encontró listas de repuesto para el chasis”; “HILCO no es representante para Colombia de los Chasis Ford ni Internacional”; “No tiene homologado el sistema SMCE en la alternativa” (fls. 102, cd. 1)

- c) Al igual que lo sucedido con la firma adjudicataria, la sociedad HILCO LTDA., también debió aclarar su propuesta, para atender la solicitud formulada por EMSIRVA mediante oficio SG-155 de 21 de mayo de 1993, en relación con los siguientes aspectos (FI 193, cd. 3):

- “1. La relación de compactación reportada 1: 2.92 sugiere un peso de basura compactada de 12.053 Kg y reportan 12.081 Kg.*
- 2. Cómo se mide la apertura de carga.*
- 3. No hacen mención acerca del recipiente de lixiviados.*
- 4. No fue hallada la lista de repuestos para el chasis. (...)”*

- d) Igualmente se observa en el Acta No. 005-93 de la Junta Directiva de EMSIRVA se dejó constancia de que HILCO no homologó el sistema SMCE (Sistema de Cajas Estacionarias) en la propuesta alternativa, omisión que determinó que no fuera considerada (fl. 56, cd. 1).

- e) En relación con el análisis de precios practicado a las firmas que superaron el análisis de los requisitos jurídicos, se allegó al expediente copia del Informe de Comisión de la Licitación Pública Internacional No. 001 de 21 de mayo de 1993, en la cual se lee lo siguiente: (fl. 62, cd. 1)

Empresa	Básica	Alternativa
HILCO	\$ 99.387.893.2	\$ 92.124.818.6
MOTORYSA	\$ 94.063.648.5	\$ 94.776.148.5
RAMONERRE	\$ 117.137.002.5	\$ 117.772.308.7

El cuadro demuestra que la propuesta básica con el precio más bajo fue la presentada por la firma adjudicataria.

Las probanzas anteriores no permiten demostrar que HILCO S.A. tuviera un mejor derecho a la adjudicación, razón por la cual no procede el reconocimiento económico solicitado por la empresa demandante por concepto de utilidades o ganancias que hubiera podido percibir de haber sido adjudicataria de la licitación.

En cuanto a los costos generados por la presentación de la propuesta de la parte actora, se precisa que no hay lugar a indemnización alguna toda vez que dichas erogaciones hacen parte del riesgo que asume todo proponente por participar en la licitación, independientemente de que le sea o no adjudicada, de lo contrario, todos los proponentes vencidos tendrían derecho a hacer la misma solicitud.

En este orden de ideas, no procede el reconocimiento de indemnización alguna por concepto de utilidades dejadas de percibir y costos de la propuesta, solicitados por el actor.

2.5 La condena en costas.

En consideración a que prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda, la Sala no encuentra fundamento para condenar en costas a la parte demandante.

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

FALLA

REVOCAR la Sentencia de 22 de agosto de 1996, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar se ordena:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución JD-015-93 de 31 de mayo de 1993, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública Internacional No. 001 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA