



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00027-01 (51755)

Demandante: JAHV MCGREGOR S.A.

Demandado: DISTRITO CAPITAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: ACTO DE ADJUDICACIÓN – Principio de selección objetiva - Escogencia del proponente mejor calificado / PLIEGO DE CONDICIONES – Obligatorio para los proponentes – La Administración no puede ser compelida a pasar por alto el pliego de condiciones so pretexto de la buena fe / PRINCIPIO DE LA BUENA FE – Alcance – No implica desconocer las reglas del proceso de selección.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, en la cual se dispuso:

PRIMERO: Declarar de oficio la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, con respecto a la firma Valencia Constructores Outsourcing S.A. VCO S.A.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda de conformidad a (sic) lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (...).

QUINTO: Sin condena en costas (...).

I. SÍNTESIS DEL CASO

Agotadas las fases del concurso de méritos FFDS-CM-001-2009, el Fondo Financiero Distrital de Salud adjudicó el contrato de consultoría respectivo a la sociedad VCO S.A. y rechazó la oferta de la demandante JAHV MCGREGOR S.A. por no haber acreditado, en la forma exigida en el pliego de condiciones, la experiencia de tres integrantes de su equipo de trabajo.



En la sentencia apelada, el Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, por considerar que las certificaciones aportadas para demostrar la trayectoria laboral de los postulantes de la firma JAHV MCGREGOR S.A. no satisfacían las exigencias del pliego de condiciones, razón por la cual la parte actora interpuso recurso de apelación.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 28 de enero de 2010, la sociedad JAHV MCGREGOR S.A., a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Distrito Capital –Secretaría Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital de Salud (en adelante, “Fondo Distrital de Salud” o sólo “el Fondo”), a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

PRIMERA.- Que se declare que es NULA en forma absoluta la Resolución N° 908 del 21 de septiembre de 2009, expedida por (...) el Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud, mediante la cual adjudicó el Concurso de Méritos N° FFDS-01-2009, cuyo objeto fue ‘Seleccionar al contratista que realice auditoría integral (técnica, administrativa, financiera y de revisoría de cuentas) sobre contratos de compraventa de servicios de salud suscritos entre la Secretaría Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital de Salud y las Empresas Sociales del Estado – Hospitales públicos de la Red adscrita al Distrito Capital’, a la firma Valencia Constructores Outsourcing S.A. VCO S.A.

SEGUNDA.-Que en consecuencia se declare que es NULO en forma absoluta el contrato de consultoría N° 1231 de 2009, suscrito por el (...) Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud y (...) Valencia Constructores Outsourcing S.A. VCO S.A., con ocasión del Concurso de Méritos FFDS-01-2009 (sic) (...).

TERCERA.- Que se declare que la oferta presentada por la firma JAHV MCGREGOR S.A. fue la mejor en el Concurso de Méritos FFDS-CM-01-09 (sic), con la puntuación más alta en la evaluación objetiva de los factores de escogencia contenidos en el pliego de condiciones, por lo que ha debido ser la adjudicataria del contrato resultante del procedimiento de selección.

CUARTA.- Que se declare que las hojas de vida de [las señoras] Clara Inés Bojacá Peña, Victoria Carolina Ruiz Peña y Gloria Beatriz Landínez Castillo, propuestas para el cargo de revisores de cuentas, cumplen con los requisitos del pliego de condiciones del concurso de méritos N° FFDS-CM-01-09.

QUINTA.- Que se declare que el Fondo Financiero Distrital de Salud actuó ilegalmente al omitir en la publicación del informe de evaluación preliminar de las propuestas del 20 de agosto de 2009, las razones por las cuales consideró que las hojas de vida de [las señoras] Clara Inés Bojacá Peña, Victoria Carolina Ruiz Peña y Gloria Beatriz Landínez Castillo no cumplen con los requisitos del pliego de condiciones para el cargo de [revisoras] de cuentas (...).



SÉPTIMA.- Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a las demandadas individual y/o solidariamente, a indemnizar el daño causado a mi poderdante, consistente en la privación de la utilidad que habrían (sic) obtenido si se les (sic) hubiera adjudicado el contrato y permitido su ejecución, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso; utilidades que ascienden a (...) NOVECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ML (\$971'750.000) o aquella superior que resultare probada (...).

OCTAVA.- Que se declare y ordene que la condena respectiva, para que corresponda a una reparación integral, será actualizada (indexada) en virtud de lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. (...).

DÉCIMA PRIMERA.- Que, adicionalmente y como restablecimiento del derecho por igual causa, se condene a los demandados en forma individual y/o solidariamente al reconocimiento de los montos resultantes del lucro cesante, correspondiente a las sumas que mis poderdantes dejaron de percibir en razón de la declaratoria de desierta del concurso de méritos N° FFDS-CM-01-09 (sic), de la cual han debido ser adjudicatarios.

En la exposición de los hechos que fundamentaron el *petitum* la parte actora refirió, en síntesis, que mediante Resolución N° 590 del 7 de julio de 2009 el Fondo Distrital de Salud dio apertura al concurso de méritos FFDS-CM-001-2009, cuyo objeto fue la contratación de la “*auditoría integral (técnica, administrativa, financiera y de revisoría de cuentas) sobre contratos de compraventa de servicios de salud*” suscritos entre el Fondo y los hospitales públicos de la red adscrita al Distrito Capital.

Señaló que, habiendo participado en dicho proceso la firma JAHV MCGREGOR S.A., esta fue requerida por la entidad demandada para que aclarara las certificaciones de experiencia que hacían parte de algunas hojas de vida incluidas en la propuesta y referentes a varios miembros del equipo de trabajo. Si bien el requerimiento fue oportunamente atendido por la oferente con soporte documental, el Fondo le solicitó aclaración de otras certificaciones de los revisores de cuentas.

Afirmó que el segundo requerimiento también fue contestado en tiempo por JAHV MCGREGOR S.A., igualmente con aporte de documentos, pese a lo cual, el 20 de agosto de 2009, el Fondo concluyó en el informe de evaluación que los revisores de cuentas no cumplían con los requisitos exigidos.

Adujo que el mencionado informe presentaba contradicciones, pues estableció que los requisitos mínimos del componente de “*recurso humano*” habían sido satisfechos, pero señalaba, respecto de los equipos de trabajo “*no objeto de*



evaluación”, que los revisores de cuentas no cumplían con las condiciones fijadas por la entidad.

Manifestó que el 26 de agosto de 2009, la firma JAHV MCGREGOR S.A. presentó observaciones al informe de evaluación solicitando que se tuviera su oferta como la mejor, por ser la única que cumplía con el pliego de condiciones, no obstante lo cual, el 16 de septiembre siguiente, el Fondo dio respuesta negativa con argumentos nuevos y diferentes a los planteados en el informe inicial.

Según la demanda, las nuevas razones esbozadas por el ente demandado consistieron en la no acreditación de cumplimiento del perfil solicitado para las revisoras de cuentas Clara Inés Bojacá Peña, Victoria Carolina Ruiz Peña y Gloria Beatriz Landínez Castillo, por no demostrar ninguna de ellas el tiempo mínimo de experiencia, cuestión que posteriormente fue expuesta por el Fondo, en el informe final del 16 de septiembre de 2009, como motivación principal para rechazar la oferta de JAHV MCGREGOR S.A.

Indicó la demandante que después de la audiencia del 21 de septiembre de 2009, en la que se efectuó la *“apertura de propuesta económica y adjudicación del concurso de méritos”*, el Fondo expidió la Resolución No 908 de 2009, por la cual adjudicó la contratación a la sociedad VCO S.A.

Finalmente, expuso que el 20 de septiembre de 2009, la adjudicataria y la entidad demandada suscribieron el contrato N° 1231-2009, por un valor de \$5.199'666.932.

2. Trámite de primera instancia

2.1. El 29 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y vinculó al proceso a la sociedad Valencia Constructores y Outsourcing S.A. (en adelante, VCO S.A.) como litisconsorte necesario de la parte demandada (fl. 84 c.1).

2.2. El Fondo Financiero Distrital de Salud ejerció su defensa manifestando que desde la publicación del primer informe de evaluación se había señalado que los revisores de cuentas no cumplían con los requisitos mínimos de experiencia



necesarios para habilitar las ofertas, y que no era cierto que la propuesta de JAHV MCGREGOR S.A. fuera la mejor en el proceso de selección.

Expuso las condiciones establecidas en el pliego respectivo, especialmente en lo relacionado con los requisitos que debían reunir y probar los revisores de cuentas, así como los datos que debían incluir las correspondientes certificaciones. En punto de ello, recalcó que las mencionadas exigencias constituían factores de escogencia de la propuesta favorecida en el concurso de méritos, lo cual hacía necesario y obligatorio el aporte de los documentos que debían soportar el cumplimiento de los requisitos.

Señaló que el principio de buena fe en los procesos de selección no obligaba a la entidad a presumir que el personal de la firma oferente cumplía con los perfiles requeridos, sin contar con la documentación que respaldara tal circunstancia y que no fue entregada en forma satisfactoria ni completa por la sociedad hoy demandante.

Finalmente, refirió el contenido de las hojas de vida de las señoras Clara Inés Bojacá Peña, Victoria Carolina Ruiz Peña y Gloria Beatriz Landinez Castillo, para subrayar que ninguna de ellas acreditó los requisitos de experiencia señalados en el pliego de condiciones.

2.3. La sociedad VCO S.A. no contestó la demanda, pese a haber sido legalmente notificada.

2.4. En providencia del 24 de marzo de 2011 se decretaron las pruebas solicitadas y aportadas por las partes, y el 13 de octubre del mismo año se les corrió traslado para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fls.260 y 292, c.1).

2.5. En esa oportunidad procesal, la parte demandante insistió en que la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. atendió de manera oportuna los requerimientos del Fondo Financiero Distrital de Salud, relativos a la acreditación de los requisitos exigidos para los revisores de cuentas del equipo de trabajo de la oferente, pese a lo cual la entidad no señaló en el informe inicial cuáles eran los elementos faltantes en ese componente de la oferta, ni identificó las hojas de vida cuyos soportes se echaban



de menos, cuestiones que, según la actora, sólo se expusieron el 16 de septiembre de 2009, con lo que se desconoció el debido proceso de la oferente.

Defendió la idoneidad de la documentación aportada en el concurso de méritos y reiteró los hechos, cargos y argumentos de la demanda.

2.6. Por su parte, el Fondo Distrital de Salud recalcó que los documentos exigidos para acreditar los factores de escogencia de las propuestas eran necesarios para compararlas en el período de calificación y evaluación, por lo que su omisión no era subsanable y daba lugar al rechazo de la oferta respectiva, lo que aconteció en el caso de la proponente JAHV MCGREGOR S.A.

Por lo demás, se remitió a lo expuesto en la contestación de la demanda, en cuanto a que la sociedad demandante no cumplió los requisitos exigidos para los revisores de cuentas, por no aportar los soportes correspondientes.

2.6. El Ministerio Público guardó silencio.

3. La sentencia impugnada

Fue proferida el 16 de diciembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, y en ella se denegaron las pretensiones de la demanda (fls. 342-354) como se transcribió al inicio de esta providencia.

El *a quo* comenzó por efectuar el examen individual de las certificaciones sobre la historia laboral de las señoras Clara Inés Bojacá Peña, Victoria Carolina Ruiz Peña y Gloria Beatriz Landinez Castillo, refiriendo el contenido de las mismas, para compararlas con las bases del pliego de condiciones. Con fundamento en tales elementos concluyó que la firma demandante no había satisfecho las exigencias del concurso de méritos, por cuanto las personas integrantes del grupo de trabajo no acreditaron experiencia en revisoría de cuentas sino en otros oficios, desconociendo así el perfil requerido por la entidad distrital.

En efecto, respecto de la señora Clara Inés Bojacá Peña, el Tribunal concluyó que tres de las certificaciones que la referían no acreditaban el cumplimiento del perfil



exigido por el Fondo, ya que no especificaban detalladamente las funciones cumplidas por dicha persona, no contenían el membrete ni los demás elementos enunciados en la convocatoria o bien, los cargos aludidos no se relacionaban con la revisoría de cuentas, en los términos del numeral 1.6.2.2 del pliego de condiciones.

Acerca del perfil de la señora Gloria Beatriz Landinez Castillo, el juzgador de primera instancia consideró que los contratos que figuraban en su historial no se habían aportado en forma completa, y asimismo, una de las constancias laborales carecía de la descripción de las funciones, por lo que no se podía verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Fondo.

Por último, en cuanto a la señora Victoria Carolina Ruiz Peña, evidenció que la certificación entregada sólo demostraba experiencia como *auxiliar de beneficios* pero no como revisora de cuentas, por lo que no era posible afirmar que cumplía con el perfil solicitado.

Señaló que, si bien la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. dio contestación a los requerimientos del Fondo Distrital de Salud, omitió anexar la documentación que soportara la respuesta brindada, pues solo aportó unos contratos pero no las pruebas o certificaciones de la experiencia específica.

Advirtió el Tribunal (fl. 353):

El incumplimiento de los requisitos establecidos para acreditar la experiencia de los revisores de cuentas conllevó al rechazo de la oferta por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud, toda vez que el oferente no satisfacía a cabalidad las exigencias del pliego de condiciones definitivo para la auditoría de contratos de compraventa de servicios de salud (...), y por lo tanto la entidad demandada no podía aceptar dichos documentos de conformidad al (sic) principio de la buena fe, ya que el pliego de condiciones fue claro en especificar las formalidades en la entrega de las certificaciones para acreditar la experiencia, y aunado a ello, se reitera que a Jahv McGregor S.A. Auditores y Consultores, la entidad demandada le garantizó el derecho al debido proceso, razón por la cual se concluye que no existe violación a este principio.

Por otro lado, el sentenciador de primer grado estableció que, respecto de la sociedad VCO S.A., adjudicataria del contrato, no fue agotado el requisito de procedibilidad consistente en la solicitud y trámite de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.



4. El recurso de apelación

La parte demandante apeló la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión y señaló que para los revisores de cuentas, el pliego de condiciones estableció tres perfiles distintos, cualquiera de ellos aceptable para la entidad, siendo tales, el de técnico con experiencia de dos años en revisoría de cuentas, el de bachiller con experiencia laboral de cuatro años en esa misma actividad, y el de estudiante de seis semestres de educación superior con experiencia de dos años en dicho oficio. Sobre esa base, expuso que la señora Clara Inés Bojacá Peña, siendo técnica profesional en administración de servicios de salud, acreditó experiencia laboral como revisora de cuentas por un período superior al exigido para su perfil, al igual que lo demostraron las profesionales Gloria Beatriz Landinez Castillo y Victoria Carolina Ruiz Peña, quienes aportaron documentos que referían expresamente la actividad requerida, sumando tiempos de experiencia que ampliamente cumplían con lo establecido en el concurso de méritos.

Sostuvo que para el caso de la señora Clara Inés Bojacá Peña, dos de las certificaciones desestimadas por el Tribunal de primera instancia (expedidas por las empresas Cajacopi y Solsalud EPS) referían el cargo de auxiliar de cuentas, el cual comprendía tareas de revisoría de cuentas médicas, por lo que no requería descripción específica de funciones y no debía exigirse la misma en el proceso, por no tratarse de un requisito sustancial para la evaluación y aceptación de la propuesta, de conformidad con el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Agregó en este punto que, de no haber correspondido el cargo de auxiliar de cuentas con el de revisora de cuentas, los demás oferentes habrían formulado observaciones sobre la documentación correspondiente, pero al no ocurrir ello, era claro que la entidad debió aceptar la oferta bajo el principio de la buena fe, sin reparar en la denominación de cargos que claramente se asimilaban al requerido por la Administración.

Seguidamente, defendió la idoneidad de los contratos celebrados por la señora Gloria Beatriz Landinez Castillo, por considerar que en ellos se detallaban con claridad obligaciones y funciones propias de la revisoría de cuentas, y respecto de la señora Victoria Carolina Ruiz Peña, cuestionó nuevamente que se hubieran desestimado sus certificaciones por no aludir expresamente al cargo específico ya



mencionado, pese a que la actividad acreditada en tales instrumentos guardaba palmaria equivalencia con el perfil de una revisora.

Por otro lado, adujo que la propuesta de la firma adjudicataria presentaba deficiencias en las hojas de vida de su personal, mientras que, en la evaluación preliminar, la oferta de JAHV MCGREGOR S.A. obtuvo 40 puntos en el componente de experiencia de la firma, más 38.08 puntos por experiencia adicional del equipo de trabajo, para un total de 78.08 puntos que la posicionaban como la única propuesta válida, habilitada y con puntaje superior a los 60 puntos establecidos en el pliego de condiciones, teniendo en cuenta que, además, fueron rechazadas otras propuestas durante el proceso de selección.

En cuanto al no agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de la firma VCO S.A., señaló que si bien una de las pretensiones de la demanda era la nulidad absoluta del contrato celebrado con dicha sociedad, era imposible que la contratista aceptara tal solicitud en sede de conciliación, como tampoco la de restablecimiento del derecho, ya que el daño patrimonial solo fue causado por la entidad pública demandada.

Agregó que las pretensiones formuladas en la demanda tenían como origen común el proceder de la Administración, de modo que el control jurisdiccional solicitado sólo se encaminaba a la defensa del principio de legalidad y al resarcimiento del daño patrimonial únicamente causado por la entidad estatal, razón por la cual no era factible *“citar a un particular ante la Procuraduría General de la Nación”* para conciliar sobre la falsa motivación del acto de adjudicación del contrato y sobre la subsiguiente indemnización de perjuicios, puesto que sólo la autoridad pública es responsable de la legalidad de los actos administrativos y tiene a su cargo el presupuesto para el pago de los emolumentos correspondientes.

Adicionalmente, sostuvo:

En gracia de discusión, si tanto la entidad como la sociedad son citados a la conciliación ante el Ministerio Público, si este último (sic) accede a la conciliación y no así la entidad convocada, no podría tener efecto alguno, por cuanto carece de competencia para decidir sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos y carece de capacidad para crear cargas a la administración (...). [S]e ruega se tenga en cuenta que se trataría de una conciliación entre particulares, actuación en la que no es competente la Procuraduría General de la Nación, y no tendría vocación de requisito de



procedibilidad en litigio entre [el] particular y la Nación. Estaríamos ante un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria, lo cual no corresponde a la naturaleza, esencia, fines y motivos de las pretensiones de mi poderdante.

Partiendo de lo anterior, solicitó que se concluyera en el *sub judice* la inexistencia de litisconsorcio necesario para efectos de la conciliación prejudicial, y que por consiguiente se declarara cumplido el requisito de procedibilidad desconocido en la sentencia apelada.

5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido el 23 de mayo de 2014 y admitido por esta Corporación el 22 de agosto del mismo año (fls. 383 y 387).

5.2. En providencia del 19 de septiembre de 2014 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 389).

5.3. En efecto, en concepto rendido el 20 de octubre de 2014, el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado manifestó que en el presente caso debía confirmarse la sentencia apelada, denegatoria de las pretensiones de la demanda, por haberse demostrado que tanto en el informe de evaluación técnica de las propuestas como en el informe definitivo se puso de manifiesto el incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para los revisores de cuentas, por parte de la firma JAHV MCGREGOR S.A., especialmente porque los requerimientos efectuados por el Fondo Distrital de Salud no habían sido debidamente atendidos por esa oferente. En punto de ello, agregó que tampoco se daban las condiciones para declarar la nulidad absoluta del contrato celebrado, pues no se avizoraba la ocurrencia de ninguna de las causales previstas en el artículo 44 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

5.4. La parte actora reiteró lo expuesto en el recurso de apelación, mientras que la entidad demandada refirió que las pruebas del proceso desvirtuaban íntegramente los argumentos de la demandante.



II.- CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006 –en vigor para la fecha de interposición de la demanda-, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la nulidad del acto de adjudicación del concurso de méritos FFDS-CM-001-2009, a cargo del Fondo Financiero Distrital de Salud –establecimiento público del Distrito Capital-, así como la nulidad absoluta del contrato de auditoría objeto de dicho proceso de selección, el que fue celebrado entre la mencionada entidad estatal y la sociedad VCO S.A.

Ahora, la controversia que en esta sentencia debe resolverse ostenta vocación de doble instancia, puesto que el valor de los perjuicios reclamados en la demanda es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$257'500.000¹) establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. En efecto, la cuantía de la utilidad dejada de percibir por la compañía JAHV MCGREGOR S.A. fue tasada en la suma de \$971'750.000 (fl. 40, c.1).

1.2. Oportunidad para demandar

En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, de conformidad con el artículo 87 del C.C.A. -modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, deben demandarse mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los 30 días -hábiles²- siguientes a su notificación,

¹ El salario mínimo legal mensual que rigió en el año 2010 era de \$515.000, por disposición del Decreto 5053 de 2009.

² De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, “[e]n los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia



comunicación o publicación; y en todo caso, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del negocio jurídico.

A su turno, el artículo 136, numeral 10, literal e) del CCA previó como término de caducidad para invocar la nulidad absoluta del contrato, el de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento.

Toda vez que en el presente caso la acción contractual fue instaurada dentro del término legal aquí señalado, es claro que su ejercicio fue oportuno, según lo establecido también por la jurisprudencia de esta Corporación³. Así, se tiene que el contrato estatal adjudicado en el acto que reprocha la actora fue celebrado el 9 de octubre de 2009, mientras que la demanda fue presentada el 28 de enero de 2010, es decir, antes de que expiraran los dos años fijados en el citado artículo 136, numeral 10, literal e) del C.C.A.

Se agrega a lo anterior que, aunque no se conoce la fecha en que fue comunicada a la demandante la Resolución N° 908 de 2009 –por la cual se dispuso la adjudicación censurada en el libelo-, la pretensión de nulidad de dicho acto administrativo se formuló dentro de los 30 días siguientes a su expedición, lo que evidencia aún más que el derecho de acción se ejerció de forma oportuna, según lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación⁴.

En efecto, la Resolución N° 908 fue expedida el 21 de septiembre de 2009, y al calcular desde ese momento el plazo de 30 días fijado en el artículo 87 del C.C.A., se tiene que el mismo finalizaba el 4 de noviembre de la misma anualidad. No obstante, ese término quedó suspendido con la solicitud de conciliación prejudicial presentada por la actora ante la Procuraduría General de la Nación, el 3 de noviembre de 2009, es decir, faltando un día para que operara la caducidad (fls. 2519-2521, c.6). La audiencia de conciliación declarada fallida se celebró el 28 de enero de 2010, de suerte que la oportunidad para deprecar judicialmente la nulidad

permanezca cerrado el despacho". En el mismo sentido, el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal establece: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario".

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25646, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25646, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.



de la aludida Resolución expiraría un día hábil después, el 29 de enero de dicho año. Con todo, la demanda fue presentada el 28 de enero de 2010 (fl. 1, c.1), por lo que se concluye que la acción fue incoada en tiempo.

2. El requisito de procedibilidad.

Según lo expuesto en el acta de audiencia de fecha 28 de enero de 2010, expedida por la Procuraduría Cincuenta Judicial II Administrativa, las pretensiones formuladas por la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. en la solicitud de conciliación extrajudicial fueron dirigidas únicamente contra la entidad hoy demandada, y se plantearon en los siguientes términos (fl. 2520, c.2):

PRIMERA.- Que se declare NULO ABSOLUTO la (sic) Resolución N° 908 del 21 de septiembre de 2009, por medio de la cual se adjudica el contrato resultado del concurso de méritos FFDS-CN001-2009, y NULO ABSOLUTO el contrato de consultoría N° 1231 del 30 de septiembre de 2009, junto con sus modificatorios suscritos entre el Fondo Financiero Distrital de Salud y la firma Valencia Consultores y Outsourcing S.A. VCO S.A.; y producto de su declaratoria de nulidad, el consiguiente restablecimiento del derecho consistente en la utilidad proyectada y dejada de percibir por concepto de la falta de adjudicación a la firma JAHV MCGREGOR S.A. AUDITORES CONSULTORES, estimada en \$971'750.000 pesos, con la respectiva indexación e intereses moratorios (...).

En este punto, concerniente al requisito de procedibilidad echado de menos por el Tribunal de primera instancia respecto de la sociedad VCO S.A. -vinculada como litisconsorte necesario en el presente asunto-, encuentra la Sala que dicho aspecto de la controversia no afectó la validez del proceso ni el sentido de la decisión de fondo, pues en efecto, el juicio se tramitó y llevó a término con la sentencia de mérito cuya apelación hoy se examina en esta instancia, habiéndose garantizado el derecho de defensa y la audiencia de todas las partes que conforme a la ley debían ser llamadas a comparecer como partes y como litisconsortes, de modo que la declaratoria hecha por el *a quo* en la parte resolutive del fallo impugnado resulta vacua frente a lo que correspondía resolver de cara al conflicto central entre las partes.

Sin perjuicio de ello, no está de más señalar que en el presente caso debe tenerse por cumplido el requisito de procedibilidad de la acción instaurada, esto es, la de controversias contractuales, encaminada a la nulidad absoluta del contrato de



consultoría N° 1231 de 2009 únicamente con fundamento en la nulidad del acto que lo adjudicó, en los términos del artículo 87, inciso tercero del C.C.A., todo lo cual fue solicitado por la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. en sede de la conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

Así, para la época de radicación de la mencionada convocatoria a conciliar -28 de enero de 2010- se encontraba vigente el Decreto 1716 de 2009, que respecto de los asuntos conciliables y pasibles de demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, estableció (art. 2):

Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan (...).

En este punto, le asiste razón al demandante cuando afirma que el interés económico que era materia conciliable fue planteado frente a la parte a quien eventualmente le correspondería solventarlo a título de restablecimiento del derecho, pues la responsabilidad patrimonial alegada, derivada tanto de la nulidad del acto de adjudicación como del contrato, en los términos de lo pretendido por JAHV MCGREGOR S.A., recaía exclusivamente en la entidad estatal contratante, esto es, el Fondo Financiero Distrital de Salud, que fue el estamento convocado ante la Procuraduría General de la Nación.

Al respecto, cabe destacar lo que ha señalado la Corte Constitucional, en cuanto a que *“sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y **por parte de sujetos capaces de disponer**”*⁵ (destaca la Sala), por lo que mal puede exigirse que el demandante convoque a conciliación prejudicial a quien no era el legalmente llamado a responder patrimonialmente por el posible daño que llegara a sobrevenir por la eventual nulidad del acto de adjudicación del contrato y la subsiguiente invalidez de dicho negocio jurídico.

⁵ Sentencia C-902-08 de la Corte Constitucional.



Debe tenerse presente que el asunto conciliable en el presente caso no era la nulidad del contrato -la que no podía definirse en sede de conciliación-, sino el resarcimiento del perjuicio patrimonial que la parte actora consideró generado por la nulidad de la Resolución N° 908 de 2009, en la que el negocio jurídico se adjudicó a otro proponente. Cosa distinta es que, en los términos del artículo 87 del C.C.A., una vez celebrado el contrato, la legalidad del acto de adjudicación sólo pudiera alegarse como fundamento de la nulidad del contrato mediante la acción de controversias contractuales, por lo que el proceder de la parte actora fue formular las pretensiones correspondientes, tanto en la solicitud de conciliación como en la demanda, justamente para cumplir de la manera más fidedigna posible con el requisito de procedibilidad.

Por tanto, y dejando a salvo que el proceso, en todo caso, se adelantó válidamente hasta ser resuelto con sentencia de mérito, se revocará el ordinal primero del fallo apelado, en cuanto declaró, sin ser ello procedente, el no agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad respecto de la sociedad VCO S.A.

3. Problema jurídico

De acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si en el presente caso debió declararse la nulidad de la Resolución N° 908 del 21 de septiembre de 2009, y por consiguiente, la del contrato que fue adjudicado mediante dicho acto administrativo, para lo cual debe dilucidarse si las certificaciones de experiencia de las postulantes a revisoras fiscales de la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. cumplían con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, y si la oferta de dicha sociedad era, en esa medida, la mejor calificada y la más favorable para la entidad contratante.

3.1. Hechos probados en la actuación

Los medios probatorios legalmente aportados a la causa permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

- En julio de 2009, la Secretaría Distrital de Salud publicó el pliego de condiciones correspondiente al concurso de méritos FFDS-CM-01-2009, con el fin de contratar,



bajo un presupuesto de \$5.200'000.000, la auditoría integral sobre los contratos de compraventa de servicios de salud suscritos entre el Fondo Financiero Distrital de Salud⁶ y las Empresas Sociales del Estado, "*Hospitales Públicos de la red adscrita del Distrito Capital*" (cdno. 7).

Indicó la entidad que el pago del contrato se realizaría por el uno por ciento (1%) del valor total de la facturación entregada por las Empresas Sociales del Estado y radicada por el contratista en la Dirección de Aseguramiento en Salud de la Secretaría Distrital de Salud, bajo los requisitos señalados en el numeral 1.10 del pliego mencionado.

-. De conformidad con las pautas del concurso, y especialmente el numeral 1.18, las ofertas debían entregarse en dos sobres sellados, uno de ellos contentivo de la propuesta económica y el otro, de la técnica. A su vez, esta última debía incluir, entre otros elementos, el registro de la formación académica y experiencia mínima del equipo de trabajo, así como la formación académica y experiencia profesional del "*personal objeto de evaluación*", junto con las certificaciones que soportaran dicha información, "*exigidas según los requisitos previstos en el numeral 2.6.2*"⁷ (fl. 29, c.7).

El numeral 1.16 del pliego de condiciones previó como causal de rechazo de las ofertas, entre otras, la inclusión de personas que no cumplieran con los perfiles del concurso, en el equipo de trabajo del oferente (fls. 26-27, c.7).

-. Respecto de la evaluación de las propuestas, el capítulo 2 del pliego de condiciones señaló que el componente técnico obtendría un máximo de 100 puntos, de los cuales 40 se asignarían a la experiencia específica del proponente y 60 a la experiencia adicional a la mínima de los profesionales del equipo de trabajo que serían objeto de evaluación, es decir, las personas tituladas, encargadas de las siguientes áreas: coordinación, auditoría médica, auditoría odontológica, auditoría de enfermería, trabajo social e ingeniería de sistemas.

⁶ Si bien el Fondo Financiero Distrital de Salud fue creado mediante Acuerdo N° 20 de 1990 como un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, fue incorporado en la estructura organizacional de la Secretaría de Salud, entidad ésta que adelantó directamente el proceso de selección en el caso *sub judice*, aunque el contrato fue suscrito por el Fondo mismo.

⁷ Advierte la Sala que se trató de un error de digitación, puesto que los requisitos mencionados se relacionaron en el numeral 1.6.2. del Anexo Técnico.



Con todo, de acuerdo con el numeral 2.2.2., los proponentes debían anexar las certificaciones de experiencia de los demás miembros del equipo de trabajo, a efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos habilitantes para el concurso (fls. 33-34, c.7).

En cuanto a la experiencia del proponente, se especificó que la puntuación máxima de 40 se le otorgaría a quien certificara la mayor experiencia específica adicional en la realización de contratos de auditoría, mientras que quienes ocuparan los siguientes lugares irían disminuyendo la calificación en cinco puntos, de modo que el segundo lugar obtendría una puntuación de 35, el tercer lugar 30, y así sucesivamente.

- El pliego de condiciones incluyó un Anexo Técnico en el que se indicaron todas las funciones que debía cumplir la contratista en cada una de las auditorías, es decir, técnica, financiera, administrativa y de revisoría de cuentas, frente a los distintos servicios y modalidades de atención de los hospitales públicos auditados. En ese marco, se señalaron las “*cargas de trabajo*” para los profesionales y demás miembros del equipo de trabajo del contratista auditor, y respecto de los revisores de cuentas, se indicaron las siguientes tareas (fl. 70, c.7):

- *Verificar que para el cobro de cuotas de recuperación se proceda en concordancia con los anexos de los contratos.*
- *Comparar la fecha de la atención del usuario reportada con la fecha de la atención reportada (sic) en la historia clínica (...).*
- *Verificar en historia clínica y corroborar con factura: fecha de ingreso y egreso, días de estancia y valor cobrado.*
- *Revisar que las actividades, intervenciones y procedimientos realizados correspondan a aquellos objetos de los contratos con las E.S.E.*
- *Verificar que el diagnóstico, procedimiento o actividad registrados en los RIPS coincidan con el reportado en la historia clínica.*
- *Realizar las exclusiones de aquellos casos que no estén incluidos en los contratos que tienen las E.S.E. con la Secretaría Distrital de Salud (...).*

El numeral 1.6 del Anexo Técnico fue destinado a la descripción de los perfiles exigidos para el equipo de trabajo del contratista. En el caso de los revisores de cuentas, la entidad requirió 36 tecnólogos en cualquier área o personas que hubieran aprobado seis semestres de educación superior, “*con experiencia laboral en revisión de cuentas médicas, o facturación de cuentas médicas o liquidación de cuentas médicas, no inferior a dos (2) años (...), adquirida con posterioridad al 01 de enero de 1995*”. Según el instrumento del proceso de selección, dicha



experiencia podía acreditarse en organismos del Sistema de Seguridad Social Integral colombiano, en entidades promotoras de salud de cualquier régimen, en instituciones prestadoras de salud, administradoras de riesgos profesionales, firmas aseguradoras y compañías de medicina prepagada, así como en empresas especializadas en auditoría de servicios de salud.

En lo relativo al contenido de las certificaciones de formación y experiencia, el numeral 1.6.2.1. del Anexo Técnico contenía las siguientes exigencias:

- *Nombre, [dirección y teléfono] de la persona natural o jurídica contratante.*
- *Nombre de la persona natural certificada*
- *Objeto del contrato o del cargo, o descripción de las obligaciones o funciones o actividades relacionadas o cargo desempeñado, condiciones que deben estar relacionadas con el perfil establecido en el presente pliego.*
- *Fechas de iniciación y terminación (día-mes-año) (...).*
- *No se tendrá en cuenta la experiencia en procesos de habilitación de IPS.*
- *Ninguna certificación de un miembro del equipo de trabajo puede ir firmada por él mismo.*
- *No serán tenidos en cuenta contratos ejecutados simultáneamente (...).*

De igual manera se señaló que las certificaciones de “*experiencia específica adicional del proponente*” debían ser expedidas en papel membreteado, con presentación nítida y legible.

Adicionalmente, el numeral 1.6.2.3 estableció unas “*condiciones generales para las certificaciones del proponente y el equipo de trabajo*”, advirtiendo que, en caso de no presentarse constancia de experiencia se aceptaría el contrato respectivo, siempre que se anexara copia del acta de su finalización, terminación o liquidación. De igual manera se recalcó que la entidad podría solicitar las aclaraciones necesarias sobre los documentos de la propuesta dentro de un tiempo perentorio, aunque la respuesta por parte del proponente no conllevaría a una mejora de su oferta (fl. 82, c.7).

- La sociedad JAHV MCGREGOR S.A. presentó oferta en el proceso de selección⁸ y fue verificada por la entidad, que señaló inicialmente que la firma “*sí cumplió*” los requisitos técnicos y jurídicos, por lo que procedió a la evaluación respectiva, asignando 40 puntos al ítem de experiencia adicional de la firma oferente y 38.08 puntos al ítem de experiencia del recurso humano objeto de evaluación, para un

⁸ Cuadernos 2 al 6 del expediente.



total de 78.08 puntos, del máximo de 100 que estaba previsto en las bases del concurso (fl. 2428, c.6, c.2).

- No obstante, el 13 de agosto de 2009, la Secretaría Distrital de Salud requirió a la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. para que aclarara su propuesta respecto de las certificaciones de experiencia de varias personas, en el sentido de *“indicar el objeto del contrato o del cargo, o descripción de las obligaciones o funciones o actividades relacionadas o cargos desempeñados, condiciones que deben estar relacionadas con el perfil establecido en el pliego”*. Adicionalmente, solicitó que varios documentos llevaran el nombre, el cargo y la firma del representante legal o del funcionario competente de la entidad expedidora (fl. 2438, c.6).

Entre las certificaciones cuestionadas por la Administración figuraron las siguientes:

i) la expedida por la Cooperativa Intrasalud, para hacer constar que la señora Clara Inés Bojacá Peña se encontraba vinculada a ese estamento desempeñándose como *“Técnico Administrativo I”*, desde el 27 de abril de 2007 (fl. 1892, c.5); ii) la expedida por la empresa *“Ecoopsos”*, que refirió el trabajo de la señora Clara Inés Bojacá Peña como *“Promotor de DIAP I”*, entre el 6 de marzo de 2006 y el 23 de enero de 2007 (fl. 1898, c.5); iii) la que suscribió la EPS Cruz Blanca, relativa a la vinculación de la señora Victoria Carolina Ruiz Peña como *“Auxiliar de Beneficios”*, entre el 11 de marzo de 1996 y el 30 de enero de 2005 (fl. 2688, c.6) y iv) la emanada del Instituto de Seguros Sociales, que relacionó los cargos desempeñados por la señora Gloria Beatriz Landinez Castillo entre el 17 de julio de 1997 y el 18 de diciembre de 2007 (fl.2362, c.6).

- El 18 de agosto de 2009, la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. dio respuesta al requerimiento del Fondo y señaló que, en el caso de la señora Clara Inés Bojacá, si bien Ecoopsos ni la Cooperativa Intrasalud ampliaron oportunamente la información solicitada, era posible tener por acreditada la experiencia exigida en el concurso de méritos con las certificaciones restantes, que daban cuenta de que la mencionada persona había laborado en varias entidades como revisora de cuentas, auxiliar de cuentas médicas y auxiliar de autorizaciones médicas, acumulando tiempos superiores al establecido en el proceso de selección (fl. 2440, c.6).

Agregó que, en todo caso, la entidad debía atender al principio de la buena fe presumiendo *“la idoneidad y profesionalismo”* de la persona postulante, o bien,



verificando el contenido de los documentos directamente con las entidades que los expedieron.

Con respecto a la certificación de experiencia de la señora Victoria Carolina Ruiz Peña, la firma oferente señaló que la EPS Cruz Blanca no entregó la información adicional. Adicionalmente, manifestó:

Con base en el principio constitucional de la buena fe (...), me permito solicitar sea tenida en cuenta dicha certificación observándose que en la misma se detalla el cargo desempeñado, en auxiliar (sic) de beneficios, documento que debe interpretarse a la luz del contenido de su hoja de vida, en la que manifiesta que en el mismo desempeñó labores de revisión de cuentas médicas, acorde con las exigencias del pliego de condiciones.

Por último, frente a la certificación expedida por el Instituto de Seguros Sociales sobre la vinculación de la señora Gloria Landinez en distintos cargos, la proponente adujo que el documento reunía las condiciones exigidas en el pliego de condiciones, especialmente porque se acompañó con los contratos que demostraban la relación laboral de la postulante con el ISS y su desempeño “como contador público” (fl. 2443, c.6).

-. En informe de evaluación posterior y definitivo, la Secretaría Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital de Salud rechazó las ofertas de JAHV MCGREGOR S.A. y de otros dos proponentes, al tiempo que asignó a la firma VCO S.A. una puntuación final de 98, calificación que dicha sociedad había recibido en la evaluación inicial (fl. 2437, c.6). Por su parte, la Universidad de Antioquia, participante en el proceso, obtuvo el segundo lugar con una calificación de 87.65 puntos.

-. El 21 de septiembre de 2009, el director ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud expidió la Resolución N° 908, por la cual adjudicó a la sociedad VCO S.A. el contrato correspondiente al concurso de méritos FFDS-CM-001-2009 (fls. 1-5, c.2).

La entidad señaló que, una vez corrido el traslado de la evaluación inicial, los oferentes formularon observaciones al informe correspondiente, y que el 16 de septiembre de 2009 se había publicado el informe definitivo, con los resultados ya descritos, evidenciándose que si bien JAHV MCGREGOR S.A. cumplía con el



componente jurídico, fue rechazado por no satisfacer completamente los presupuestos del componente técnico.

-. El 9 de octubre de 2009, el Secretario Distrital de Salud, en su condición de Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud, suscribió con la sociedad VCO S.A. el contrato de consultoría N° 1231, objeto del concurso de méritos mencionado (fls. 6-14, c.2).

3.2. Análisis de la Sala

Para la parte apelante, las certificaciones reprochadas por el Fondo Distrital de Salud acreditaban con suficiencia la experiencia de las postulantes en la actividad de revisoría fiscal, aun a pesar de no describirse en tales documentos las funciones desempeñadas por esas personas, lo cual no debió ser óbice para que la entidad aceptara dichos instrumentos y reputara cumplidos los requisitos del perfil exigido en el pliego de condiciones. En este punto, agregó que en el caso particular de los contratos allegados por la señora Gloria Landínez, si bien los mismos no fueron acompañados con las actas exigidas en el pliego, demostraban que la indicada profesional había laborado por varios años en el área de revisoría de cuentas médicas. Por otro lado, manifestó que la propuesta de VCO S.A. debió ser desestimada por la Administración al presentar fallas en las hojas de vida del equipo de trabajo, y que en todo caso debió seleccionarse la oferta de la hoy demandante, por ser la única habilitada y mejor calificada en el proceso.

Así, el punto de controversia radica sobre la conformidad o no de la propuesta de JAHV MCGREGOR S.A. con el pliego de condiciones que reguló el concurso de méritos FFDS-CM-001-2009, y sobre el proceder que, en criterio de la parte actora, debió seguir la entidad estatal, en el sentido de no considerar las eventuales falencias de dicha oferente y tener por cumplidas las reglas del proceso bajo el principio de la buena fe, pero sí rechazar la oferta de VCO S.A. y escoger la de JAHV MCGREGOR S.A., por tener la supuesta mejor calificación.

Con fundamento en los hechos probados en esta actuación, se estima palmario que ninguno de los argumentos de apelación tiene vocación de prosperidad, toda vez que no se desvirtuó la legalidad de la Resolución N° 908 de 2009, como tampoco las conclusiones del *a quo* respecto de la no satisfacción de la totalidad de los requisitos



exigidos en el pliego de condiciones publicado en el concurso de méritos FFDS-CM-001-2009.

Parte la Sala por señalar que, incluso desde la evaluación inicial en la que se tuvo por habilitada la propuesta de JAHV MCGREGOR S.A., se evidenció que esta, en todo caso, no era la mejor para la entidad, puesto que la calificación obtenida no ocupó el primer lugar, ni el segundo, sino el cuarto dentro del grupo de oferentes.

En efecto, como se anotó, la firma JAHV MCGREGOR S.A. obtuvo inicialmente una calificación de 78.08 de 100 puntos posibles, pero estuvo precedida por VCO S.A. con 98 puntos, la sociedad Haggen Audit Ltda. con 88.55 puntos y la Universidad de Antioquia con 86.69 puntos; mientras que en el informe definitivo de evaluación, habiéndose rechazado igualmente la oferta de Haggen Audit Ltda., quedaron en contienda únicamente la sociedad VCO S.A. con los mismos 98 puntos y la Universidad de Antioquia con 87.65 puntos, de suerte que, aún si se demostrara lo aducido por la apelante en cuanto a las supuestas falencias de VCO S.A. en las hojas de vida de su equipo de trabajo, la segunda proponente opcionada no sería la hoy demandante, sino la Universidad de Antioquia.

Se aprecia de esta manera que la actora no sólo desatendió las exigencias del pliego de condiciones, sino que pretendió que, pese a ello, la entidad estatal seleccionara su oferta, no obstante haberse evidenciado en la evaluación que no era la más favorable para los fines del concurso de méritos, por lo que una eventual adjudicación del contrato a la firma JAHV MCGREGOR S.A. claramente se oponía a las normas legales referentes a la selección objetiva.

Justamente, respecto de la obligatoriedad del pliego de condiciones y el deber de selección objetiva, la Sala precisa lo siguiente:

Al tenor del artículo 30, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, en el pliego de condiciones elaborado por la entidad estatal que adelanta el proceso de selección deben detallarse los aspectos relativos al objeto del contrato, *“su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes”* y los criterios y factores de escogencia, entre otros aspectos. En armonía con lo anterior, el artículo 24 del mismo estatuto dispone cuál debe ser el contenido de los pliegos de condiciones (numerales 5 y 6), señalando que estos deben establecer los requisitos objetivos necesarios para



participar en el proceso, definir reglas claras y justas que aseguren la escogencia objetiva, establecer con precisión las condiciones de costo y calidad del objeto contractual y fijar *“las reglas de adjudicación del contrato”*.

Luego, resulta evidente que, por contener reglas, condiciones, requisitos y lineamientos establecidos por la autoridad estatal contratante y, por tener estos incidencia directa en la licitación pública, en la situación de los oferentes y en la propia contratación; el pliego de condiciones es un acto administrativo que, como tal, debe ser acatado por los destinatarios y por la misma entidad pública, lo cual hace manifiesto su carácter obligatorio y vinculante para todas las partes intervinientes en las etapas precontractual y contractual, como de tiempo atrás lo ha reconocido la jurisprudencia⁹.

Ahora, justamente en razón de su naturaleza, los pliegos de condiciones deben sujetarse al ordenamiento jurídico, particularmente a las normas de superior jerarquía, vale decir, la ley, el reglamento¹⁰ y la Constitución. Ello, no solo por el principio de legalidad que deben observar todas las decisiones de la administración, sino también porque el Estatuto General de la Contratación Pública advierte expresamente que los pliegos de condiciones deben ceñirse a lo allí dispuesto¹¹ y, asimismo, define los principios de la contratación estatal y las reglas generales a las cuales debe ajustarse esta actividad, aun en la fase previa, en la cual son de imperativa observancia aspectos como el deber de selección objetiva y la escogencia de la oferta más favorable para la entidad pública, con miras al logro de los fines estatales.

Lo anterior conlleva a que las reglas fijadas en el pliego de condiciones deban interpretarse de manera armónica con las leyes y demás normas superiores que

⁹ “... [E]l pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general de suma importancia, como quiera que contiene todas aquellas reglas vinculantes tanto para la administración como para los oferentes en el proceso de selección del contratista (...). [E]l carácter vinculante es una de sus características principales, tanto que se ha denominado ‘ley de la licitación’ y ‘ley del contrato’ al regular no solo la etapa de formación del acuerdo de voluntades (...) sino también las relaciones entre las partes cuando el contrato ya ha sido celebrado, de ahí que se diga que es una verdadera fuente de derechos y obligaciones hasta el momento de la liquidación” (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008, exp. N° 17783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar).

En el mismo sentido, consúltese, entre otras, la sentencia del 5 de junio de 2008, exp. N° 8431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Los decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria.

¹¹ Indica el artículo 24, numeral 5, último inciso de la Ley 80 de 1993: *“Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”*.



regulan la contratación estatal¹² y, que igualmente hayan de aplicarse tales pliegos en la forma que mejor se ajuste a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a las cuales se sujetan.

Por tanto, en el presente caso, las reglas establecidas en el pliego de condiciones del concurso de méritos FFDS-CM-001-2009 debían ser estrictamente observadas por los oferentes, no sólo en atención a su contenido *per se* sino también a la luz de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, estatuto vigente y aplicable al caso concreto en la época de expedición del acto acusado.

En este marco, debe tenerse en cuenta que la escogencia de la oferta más favorable para la entidad es el fin principal y por excelencia de los procesos de selección establecidos en la Ley 80 de 1993. Esa es la *ratio juris* del deber de selección objetiva que el estatuto general de contratación estatal les impone a las entidades públicas, de manera especial en el artículo 24, numeral 8 de la misma ley, norma ésta que obliga a las autoridades a actuar “*exclusivamente para los fines previstos en la ley*” y les prohíbe, precisamente, “*eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos*” previstos en el referido estatuto. Ello obedece a que el criterio de mayor favorabilidad de la oferta se orienta al logro de los objetivos de la contratación pública, especialmente “*el cumplimiento de los fines estatales*”, tal y como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Al mismo tiempo, la selección de la propuesta más favorable es justamente el acto en que se concreta el deber de selección objetiva. En efecto, en el período de ocurrencia de los hechos, la obligación de seleccionar la propuesta más favorable para la autoridad pública ya se encontraba establecida en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos:

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de

¹² En efecto, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, dispone: “*En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas (...), se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”



selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos (...).

*4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, **se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.***

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

La selección objetiva, por tanto, se cumple cuando se escoge la oferta más favorable, y es un deber que ha de ser observado con estrictez en toda adjudicación, lo cual significa, correlativamente, que el deber de selección objetiva no desaparece por el hecho de que el adjudicatario resulte no haber cumplido con los requerimientos de la entidad en la fase precontractual -lo que en el presente caso no fue demostrado-, pues incluso frente a tal circunstancia subsiste la necesidad de satisfacer el interés público o general que se pretende garantizar con el negocio jurídico, razón por la cual debe procurarse que la propuesta del adjudicatario sustitutivo, en el evento en que proceda tal cambio, tenga mejor vocación que la oferta del adjudicatario inicial para lograr adecuadamente esa finalidad perseguida por la autoridad pública.

En esa medida, dado que JAHV MCGREGOR S.A. no demostró haber tenido la mejor calificación en el proceso, antes del rechazo de su oferta, como tampoco que la puntuación recibida por ella la situaba en segundo lugar ni que la oferta del adjudicatario no reuniera los requisitos de ley o del pliego de condiciones, mal puede reclamar en sede de juicio derechos derivados de tales eventualidades.

En segundo término, y precisamente como evidencia del no acatamiento de las reglas del concurso por parte de la actora, en el proceso quedó establecido que las certificaciones incluidas en las hojas de vida de las revisoras de cuenta no acreditaban la experiencia señalada en el pliego de condiciones -cuya observancia, como ya se anotó era obligatoria para todos los oferentes, en los términos de los



artículos 24 - numeral 6 y 25 – numerales 1, 2 y 3 de la Ley 80 de 1993¹³, así como el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, antes citado-, pues la trayectoria certificada por la señora Clara Inés Bojacá Peña se desarrolló únicamente en cargos de técnico administrativo, “*promotor de DIAP I*”, auxiliar de autorizaciones médicas, auxiliar de caja, auxiliar de recepción y auxiliar de cuentas médicas, lo que no guardaba relación cierta con el perfil de revisoría de cuentas, menos aún cuando ninguna de las constancias allegadas describió las funciones desempeñadas por la postulante, por lo que no concurrían los presupuestos suficientes para contabilizar válidamente el tiempo referido en cada uno de esos documentos, si en ninguno constaba que la señora Bojacá Peña hubiera completado un tiempo igual o superior a dos años en labores de revisión, liquidación o facturación de cuentas médicas, sino en otros oficios, algunos de los cuales posiblemente secundarios a la revisoría -lo que no pudo verificarse precisamente por la falta de descripción de los cargos-, pero no equivalentes a ésta.

En cuanto a la señora Victoria Carolina Ruiz Peña, sólo se aportó una certificación que fue justamente la cuestionada por la entidad distrital, pues en ella la EPS Cruz Blanca certificó que la profesional mencionada había laborado entre 1996 y 2005 como “*Auxiliar de Beneficios*”, sin especificar ni mencionar funciones de naturaleza alguna, por lo que no era posible establecer que la postulante hubiera completado en ese interregno, experiencia suficiente como revisora de cuentas. Este último requisito, dicho sea de paso, no podía estimarse como cumplido en el concurso de méritos con la sola afirmación que en ese sentido se hizo en la hoja de vida de la señora Victoria Carolina Ruiz Peña -sobre su supuesto desempeño como revisora de cuentas en la EPS Cruz Blanca-, pues ello se habría opuesto a la imparcialidad y

¹³ “**Artículo 24.** Del principio de transparencia. En virtud de este principio (...):

En los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato”.

“**Artículo 25.** Del principio de economía. En virtud de este principio:

1. *En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.*

2. *Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.*

3. *Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados”.*



transparencia del proceso de selección en desmedro del derecho a la igualdad de todos los oferentes, y habría infringido las reglas establecidas en el pliego de condiciones, que claramente señalaban la necesidad de soportar, acreditar o demostrar la experiencia referida en cada currículum y que esta fuera acorde con el perfil descrito en el instrumento precontractual.

Finalmente, en lo que concernía a la experiencia que pretendió acreditar la señora Gloria Beatriz Landinez Castillo, la certificación que para ese efecto expidió el ISS tampoco satisfacía los presupuestos del concurso, puesto que en ella sólo se enlistaron los cargos de “*profesional especializado en administración estratégica*”, “*profesional especializado*”, “*contador especializado*” y “*contador público*”; y si bien se anexaron también varios contratos celebrados entre el Instituto y la señora Landinez Castillo, estos no podían ser tenidos en cuenta bajo las reglas del pliego de condiciones, pues en este se había advertido expresamente que los contratos solo serían valorados si se acompañaban con el acta de finalización, terminación o liquidación, lo que no se cumplió en el caso concreto.

En este punto, no resulta de recibo el argumento esbozado por la parte apelante, en cuanto a que la entidad obró contra el principio de buena fe al no tener por demostrada la experiencia de las mencionadas aspirantes con las certificaciones carentes de requisitos y las descripciones hechas en sus hojas de vida; pues el principio de buena fe -de acuerdo con lo señalado anteriormente- no alude a que puedan desconocerse en favor de un solo oferente las reglas y parámetros fijados para todos los participantes en las licitaciones, concursos y demás procesos de selección, ni obliga a las entidades a presumir como ciertas las afirmaciones de las partes pese a no contar con los respectivos soportes que den cuenta de su veracidad.

Por el contrario, dar por cumplidos los requisitos de un proponente sin la debida acreditación documental exigida para todos se opone manifiestamente a la lealtad con la que debe obrar la entidad estatal frente a los administrados, y pone a ésta en posición de infringir en primer lugar las reglas que ella misma impartió en el proceso, lo cual sería inadmisibles y flagrantemente violatorio del ordenamiento. A lo que obliga el principio de la buena fe¹⁴ es precisamente al respeto de los actos propios, a ajustar

¹⁴ Al respecto, ha señalado la jurisprudencia: “*La Constitución como las leyes hacen referencia a la buena fe. En la Carta Política de 1991 se alude a ella tanto como deber para los particulares y las*



la conducta al orden jurídico aplicable y vigente y a proceder acatando las reglas, pautas y parámetros fijados para el acto o procedimiento en cuestión, por lo que no podía la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. excusarse en sus propias omisiones para solicitar, so pretexto de la buena fe, que se admitieran unas certificaciones que claramente desconocían las bases expresamente dadas en el concurso de méritos.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará el ordinal segundo de la sentencia apelada, en cuanto denegó las pretensiones del libelo.

4. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*–, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Sin embargo, toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguno de los extremos de la litis haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

autoridades públicas en sus actuaciones, como presunción a favor de los particulares en todas aquellas gestiones que adelanten ante las autoridades (art. 83). Y en las leyes, entre otros, por el Código Civil (...) en los contratos para exigir que 'deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella' (art. 1.603). Y en el Código de Comercio, el legislador presume la buena fe 'aun la exenta de culpa' (art. 835); precisa que en la etapa precontractual las partes al actuar se someterán a la buena fe so pena de indemnizar los perjuicios que se causen (art. 863) y dispone, en forma similar al Código civil, que 'los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural' (art. 871). Por su parte la Ley 80 de 1993 señala al establecer los derechos y deberes de los contratistas que 'obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramamientos que pudieran presentarse' (num. 2, art. 5). Como se observa, en la citada normatividad no sólo se alude a la simple buena fe sino a la presunción de la buena fe exenta de culpa. ¿Y qué debe entenderse por esta última? La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada el día 31 de marzo de 1998, explica que "la buena fe exenta de culpa 'es el deber de cada uno de los contratantes de comportarse de buena fe', como una fórmula comprensiva de varios deberes (seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no están ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar" (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2003, exp. N° 25000-23-26-000-1995-01323-01(13684). C.P. María Elena Giraldo Gómez).



FALLA

MODIFÍCASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de diciembre de 2013, la cual quedará así:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF