

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SESENTA Y DOS ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)

**Expediente:** No. 110013343 062 2018 00059 00.  
**Demandante:** COSINTE LTDA.  
**Demandada:** DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – SECRETARIA DE EDUCACION Y OTRO  
**Referencia:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SENTENCIA No. 2020 - 006

1. ASUNTO

Una vez surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede esta instancia judicial a emitir sentencia en el proceso de la referencia. Asunto tramitado a través del medio de control de controversias contractuales promovido por la sociedad **Cosinte Ltda.** en contra del **Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación y otro.**

2. TEMA PRINCIPAL TRATADO

Nulidad del acta de audiencia de adjudicación del 1 de junio de 2017 y de la Resolución 1075 del 12 de junio de 2017 que ordenó la adjudicación del contrato a Tool System Solutions Ltda. proferidas por el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación, y restablecimiento de los derechos en favor del demandante al considerarse como el directo beneficiado del concurso de méritos.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda:

**“PRIMERA:** Declarar nula el acta de audiencia de adjudicación de fecha 01 de junio de 2017 del concurso de mérito abierto No. SED-CM-DSA-058-2017.

**SEGUNDA:** Declarar nula la Resolución No. 1075 del 12 de junio de 2017 del concurso de mérito abierto No. SED-CM-DSA-058-2017, en la cual se ordena la adjudicación del mismo al proponente No. 4 – TOOL SYSTEM SOLUTIONS LTDA identificado con NIT 804.013.213-5 representado legalmente por el señor ANDRES MAURICIO CAMACHO LOPEZ identificado con C.C. 79.733.047.

390 /

467

**TERCERA:** Que a raíz de las anteriores declaraciones se restablezca el derecho a reconocer el monto que en derecho le hubiese correspondido si se adjudicaba como debía del concurso de méritos abierto No. SED – CM- DSA-058-2017, con el objeto de realizar la interventoría técnica, administrativa, jurídica, financiera y contable a los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada de la secretaría de educación del distrito capital.

En consecuencia que se ordene una indemnización a su favor por valor de CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SEIS MIL VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$176'206.025,88 M/cte), calculado con base en la utilidad neta proyectada por la ejecución del Contrato No. 1974 del 14 de Junio de 2017, que para este tipo de servicios corresponde al 12% del valor total del contrato.

**CUARTA:** Que la suma indicada en el numeral tercero sea actualizada de acuerdo al IPC y se corran los intereses sobre los mismos a la máxima tasa legal permitida a partir de la fecha de suscripción del Contrato No. 1974 del 14 de Junio de 2017.”

### 3.2. Hechos relevantes de la demanda:

El sustento fáctico relevante que origina el estudio del presente asunto y que se plasmó en la fijación del litigio es el siguiente:

- El 27 de abril de 2017, la Secretaria de Educación Distrital publicó el aviso de convocatoria del concurso de méritos abierto No. SED – CM- DSA-058-2017, con el objeto de realizar la interventoría técnica, administrativa, jurídica, financiera y contable a los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada de la secretaría de educación del distrito capital, contando con un plazo de ejecución para el contrato el cual era de (8.7) meses.
- El 27 de abril de 2017 se publicaron los estudios, documentos previos, el estudio del sector y el proyecto de pliego de condiciones del proceso, con sus respectivos anexos
- El 05 de mayo de 2017 se publicó memorando interno mediante el cual se genera respuestas a observaciones presentadas ante la SED en relación a la convocatoria del concurso de méritos abierto No. SED – CM- DSA-058-2017. En la misma fecha, se publicó la Resolución de Apertura No. 774 de 2017.
- El 05 de mayo de 2017 se publicó memorando interno el cual tenía como asunto el alcance de estudios previos, la apertura, el pliego de condiciones definitivo y los respectivos anexos del concurso de méritos abierto No. SED – CM- DSA-058-2017.
- El 11 de mayo de 2017 se publicó memorando interno mediante el cual se genera respuestas a observaciones presentadas ante la SED en relación a la convocatoria del concurso de méritos abierto No. SED – CM- DSA-058-2017. Igualmente publicó adenda la cual modifica los numerales 5.2.1.1., 2.4., párrafo 1 y 2 del numeral 4.3.1. del pliego de condiciones definitivo.

391 /

- El 11 de mayo de 2017 se publicó documento solicitando acompañamiento para el proceso de selección No. SED – CM- DSA-058-2017.
- El 15 de mayo de 2017 se publicó documento en el cual quedaba constancia de la Diligencia de cierre y entrega de propuestas del concurso de mérito.
- El 18 de mayo de 2017 se publicó el listado de los oferentes con su respectiva evaluación de verificación preliminar de documentos jurídicos habilitantes para el concurso de mérito; y dio a conocer la evaluación técnica.
- El 25 de mayo de 2017 se publicó la evaluación de verificación final de documentos jurídicos habilitantes y dio a conocer el anexo del informe de evaluación técnica final.
- El 30 de mayo de 2017 se publicó el listado de los postulantes con la evaluación de verificación definitivo de documentos jurídicos habilitantes.
- El 31 de mayo de 2017 se da inicio a la audiencia de apertura de sobre económico y adjudicación, la misma que fuera suspendida en dos oportunidades hasta el 09 de Junio de 2017.
- El 01 de junio de 2017, se publicaron las observaciones y subsanaciones SED-CM-DSA-058-2017 presentadas por el postulante TOOL SYSTEM SOLUTIONS LTDA, respecto a la evaluación de verificación definitiva.
- El 05 de junio de 2017, se publicaron las observaciones y subsanaciones SED-CM-DSA-058-2017 presentadas por el oferente COSINTE LTDA, respecto a la evaluación de verificación definitiva.
- El 06 de junio de 2017 se publicó requerimiento al proponente Cosinte solicitándole allegar nuevamente copia del contrato No. AC-084-11, suscrito entre COSINTE LTDA Y COLITALIA AUTOS S.A. y publicó aviso informativo con relación a la fecha y hora de la audiencia la cual quedó programada para el día 09 de junio de 2017 a las 10:00 a.m.
- El 07 de junio de 2017, se publicaron las observaciones y subsanaciones SED-CM-DSA-058-2017 presentadas por el postulante TOOL SYSTEM SOLUTIONS LTDA.
- El 08 de junio de 2017 se publicó la respuesta al requerimiento por parte del proponente COSINTE LTDA.
- El 09 de junio de 2017, se publicaron las respectivas respuestas a las observaciones presentadas por los postulantes y el alcance al informe de evaluación técnico.
- El 12 de junio de 2017, la Secretaria de Educación Distrital publicó resolución de adjudicación del concurso de méritos, Resolución No. 1075 del 12 de Junio de 2017 emitida por la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría de Distrital de Bogotá.

491

- El día 12 de junio de 2017, la Secretaría de Educación Distrital publicó propuesta de la empresa contratista seleccionada.

### 3.3. Actuación procesal:

- a. Mediante proveído del 20 de junio de 2018, el Despacho admitió la demanda (ff. 109 y 110 C. Ppal.), luego de subsanados los defectos advertidos en auto del 14 de marzo de ese mismo año (f. 70 C. Ppal.).
- b. Así mismo, obra en el expediente que se efectuaron las notificaciones de rigor (ff. 111 a 120 C. Ppal.).
- c. Los demandados dentro de la oportunidad legal presentaron su escrito de contestación de la demanda (f. 139 a 147 y 170 a 308 C. Ppal.).
- d. Así, se corrió traslado de las excepciones propuestas (f. 310 C. Ppal.), con pronunciamiento de la parte demandante (f. 311 a 318 C. Ppal.).
- e. Con providencia del 31 de octubre de 2018, el Despacho fijó el 28 de marzo de 2019 como fecha para llevar a cabo la correspondiente audiencia inicial (f. 320 C. Ppal.).
- f. El citado día se adelantó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (ff. 323 a 329 C. Ppal.).
- g. La audiencia de pruebas se llevó a cabo el 4 de julio del año anterior (ff. 356 a 357 C. Ppal.), donde se puso en conocimiento unos documentos y declaró clausurada la etapa probatoria, corriendo traslado a las partes para alegar de conclusión.
- h. Las partes presentaron sus alegaciones finales dentro del término establecido para tal fin. (f. 387 C. Ppal.).

### 3.4. Contestación de la demanda:

La Secretaría de Educación de Bogotá (ff. 139 a 147 C. Ppal.) se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones propuestas por la parte demandante. Como sustento de su defensa, dicha demandada propuso las excepciones que denominó:

➤ Ausencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción:

Al respecto manifestó que no se demostró la omisión y la relación causa – efecto entre la conducta del demandado y la consecuencia producida por el demandante, en tanto no se han acreditado los presupuestos exigidos por la ley para la prosperidad de esta clase de demandas.

La sociedad Tool System Solutions Ltda. (fl. 170 a 308 c. ppal) igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones sin plantear excepciones de fondo.

### 3.5. Pruebas obrantes en el proceso:

A continuación se hace una relación de los medios de prueba más relevantes en el presente asunto:

- ✓ Contrato de prestación de servicios 1671. (fl. 42 a 44)
- ✓ Contrato de suministro de servicios 2010. (fl. 45 a 48)
- ✓ Contrato de interventoría 539. (fl. 49 y 50)
- ✓ Contrato de prestación de servicios. (fl. 51 y 52)
- ✓ Resolución 774 de 2017 por la cual se da apertura a un concurso de méritos. (fl. 54 y 55)
- ✓ Resolución 1075 de 2017 por la cual se adjudica un contrato. (fl. 56 a 58 y 83 a 85)
- ✓ Certificado de existencia y representación de Cosinte Ltda. (fl. 77 a 79)
- ✓ Certificado de existencia y representación de Tool System Solutions Ltda. (fl. 103 a 107)
- ✓ CD que contiene proceso contractual. (fl. 147)
- ✓ Copias del proceso contractual. (Cuad. anexo)
- ✓ Documentos que componen la propuesta presentada por la sociedad COSINTE Ltda. – Consultoría Seguridad Integral y Compañía Ltda. dentro del concurso de méritos No. SED-CM-DSA-058-2017. (fl. 355)
- ✓ Copia de las evaluaciones realizadas por los respectivos comités, dentro del concurso de méritos No. SED-CM-DSA-058-2017. (fl. 355)

### 3.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público:

**Secretaría de Educación de Bogotá:** Con memorial presentado el 11 de julio de 2019, el apoderado de la Secretaría de Educación de Bogotá rogó por la no prosperidad de las pretensiones (ff. 359 a 367).

**Sociedad Tool System Solutions Ltda.:** El 18 de julio de 2019, la apoderada de la sociedad demandada reiteró los argumentos en los que cimentó su defensa, basada en la improcedencia de las pretensiones (ff. 368 a 376 C. Ppal.).

**Parte demandante:** El mismo 18 de julio del año anterior, el apoderado de la parte actora radicó sus alegaciones finales con las cuales reiteró las pretensiones y los fundamentos facticos y jurídicos que le sirven de sustento (ff. 280 a 286).

**Concepto del Ministerio Público:** En esta oportunidad el agente de Ministerio Público se abstuvo de conceptuar.

## 4. PROBLEMA JURÍDICO

Se fijó en la audiencia inicial el siguiente **problema jurídico**: Se debe determinar si procede la nulidad del acta de audiencia de adjudicación del 1 de junio de 2017 y de la Resolución 1075 del 12 de junio de 2017 que ordenó la adjudicación del contrato a Tool

System Solutions Ltda. proferidas por el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación.

En caso de declararse la referida nulidad, se analizarán los términos del restablecimiento del derecho pretendido por la parte demandante.

## **5. CONSIDERACIONES**

### **5.1. Presupuestos procesales:**

#### **5.1.1. Procedencia y caducidad del medio de control:**

El artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, en otras declaraciones y condenas.

Dentro de la presente actuación se solicita la nulidad de la Resolución No. 1075 del 12 de junio de 2017 por medio del cual se ordenó la adjudicación del contrato a Tool System Solutions Ltda. como consecuencia del concurso de mérito abierto No. SED-CM-DSA-058-2017, y del acto administrativo que contiene el acta de audiencia de adjudicación del 1 de junio de 2017. Ahora, por tratarse de actos de naturaleza precontractual, conforme el inciso 2 del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este debe ser controvertido mediante los medios de control de simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales tienen un término de caducidad de cuatro meses.

Previamente al análisis sobre la caducidad, se hará claridad en que dicho término no se contará en forma independiente para cada uno de ellos, conforme lo expuesto al analizarse la primera excepción, sino que su cómputo versará en línea con el acto que puso fin a la etapa pre contractual, dado que ante una eventual prosperidad de esta pretensión, no cabe duda que la decisión tendría efectos también sobre los actos anteriores que generaron la ilegalidad del acto último.

Por ello, el cómputo se deberá realizar desde el día siguiente al 12 de junio de 2017 fecha en la cual se publicó el acto que adjudicó el contrato. Bajo este aspecto, el término de caducidad iniciaría el 13 de junio de 2017 y vencería el 13 de octubre siguiente (4 meses). La solicitud de conciliación fue presentada el 29 de septiembre de 2017 (fl. 40), faltando 15 para que no operara este fenómeno.

La constancia de no acuerdo se expidió el 28 de noviembre de 2017 (fl. 40), luego tenía hasta el 13 de diciembre siguiente para presentar la demanda, y como quiera que esto acaeció el 6 de diciembre de 2017 (fl. 60), es claro que el término de caducidad no operó en el presente caso,

### 5.1.2. Legitimación en la causa:

La sociedad Cosinte Ltda. se encuentra legitimada en la causa por activa, por cuanto fue proponente dentro del proceso de selección objeto del presente proceso.

Respecto del Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación también se encuentra legitimada en la causa por pasiva, por cuanto fue la entidad que adelantó el proceso No. SED-CM-DSA-058-2017. Igualmente Tool System Solutions Ltda. se encuentra legitimado por pasiva al ser la entidad adjudicataria del contrato.

### 5.2. Caso en concreto:

#### 5.2.1. La nulidad de los actos administrativos:

Previo a referirse sobre las causales de nulidad de los actos administrativos, es importante traer a colación la relación de la presunción de legalidad de los mismos, su validez y eficacia. Las decisiones tomadas por la administración están sujetas al ordenamiento jurídico, lo cual presupone su legalidad. En este orden de ideas, dicha presunción implica que los actos administrativos tienen plena validez y son de obligatorio cumplimiento, como establece el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, hasta tanto dicha presunción no sea desvirtuada.

Por otro lado, la eficacia del acto administrativo se refiere a que este es capaz de producir efectos y es una consecuencia del acto mismo, es decir, de la validez, pero se diferencian en que la eficacia se proyecta al exterior buscando el logro de sus objetivos y finalidades.

Ahora bien, en lo referente a la causal de nulidad por desconocimiento de normas constitucionales y legales, esto es, infracción de las normas en las que se debe fundar el acto administrativo, contemplada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha dicho que esta causal ocurre cuando el acto administrativo no observa las disposiciones normativas que debía observar, las cuales fijan su objeto y finalidad. Luego entonces, es necesario probar dos cosas: *i*) que la norma debía ser aplicada en la materia objeto de decisión administrativa y *ii*) que el acto infringe lo preceptuado en la norma que se debió aplicar, lo cual puede ocurrir bajo tres hipótesis:

**(i) Falta de aplicación de la norma**, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa;

**(ii) Aplicación indebida de la norma**, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa; e

<sup>1</sup> C.E., Sec. Quinta, Sent. feb. 22/2018, Exp. 2011-00789. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (Descongestión).

**(iii) Interpretación errónea de la norma**, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver<sup>2</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a la falsa motivación como vicio de nulidad del acto administrativo, establecida en el mismo artículo 137, el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha indicado que esta consiste en que las razones fácticas y/o jurídicas que fundamentan un acto administrativo no se corresponden con la realidad.

*"[...] De modo que allí donde se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora, se configura el vicio de falsa motivación. Lo mismo sucede cuando el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe. De aquí que la Sección Primera haya considerado que "[l]a falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación."<sup>4</sup>*

La falsa motivación se produce por un error de hecho o por un error de derecho. El primero consiste en un desconocimiento por parte de la Administración de los supuestos fácticos que soportan su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado, se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar que resultan irreales y que traen como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido<sup>5</sup>.

El segundo, esto es, el error de derecho consiste en el desconocimiento de los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, situación que se presenta por: *i)* inexistencia de las normas en que se basó la Administración; *ii)* ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y, finalmente, *iii)* cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas<sup>6</sup>.

Finalmente, resulta entonces necesario que quien alega la causal de falsa motivación debe, por lo menos, indicar qué hechos fueron tenidos en cuenta por la administración para tomar la decisión, o no existieron, o fueron mal interpretados<sup>7</sup>.

### **5.2.2. El concurso de méritos como modalidad de selección del contratista:**

<sup>2</sup> C.E., Sec. Quinta, Sent. mar. 1/2018, Exp. 2012-00107. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (Descongestión).

<sup>3</sup> C.E., Sec. Quinta, Sent. may. 12/2016, Exp. 2015-00059. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio (Descongestión).

<sup>4</sup> C.E., Sec. Primera, Sent. dic. 7/2017, Exp. 2006-00916. M.P. Oswaldo Giraldo López.

<sup>5</sup> C.E., Sec. Tercera, Sent. oct. 23/2017, Exp. 53.206. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> C.E., Sec. Cuarta, Sent. oct. 25/2017, Exp. 20.762. M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, las entidades estatales deben seleccionar los contratistas bajo una de las siguientes modalidades, según sea el caso: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía.

En cuanto al concurso de méritos se tiene que el mismo corresponde a la modalidad prevista para la selección de los servicios intelectuales en general, entre ellos los que prestan los intermediarios de seguros, los de consultoría que son los referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. También lo son los que tienen por objeto la intervención, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos<sup>8</sup>.

### 5.2.3. Análisis del Despacho:

Teniendo en cuenta el marco normativo previamente fijado y el problema jurídico planteado en el presente asunto, el Despacho efectuará un recuento de los elementos probatorios allegados y recaudados en el plenario, para, con fundamento en los mismos, pasar a resolver si deben prosperar los cargos formulados en la demanda.

Pues bien, de acuerdo a los estudios y documentos previos del concurso de méritos No. SED-CM-DSA-058-2017, el objeto del mismo era el *"Realizar la interventoría técnica, administrativa, jurídica, financiera y contable a los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada de la Secretaría de Educación del Distrito Capital"*.

Al citado proceso de selección se presentaron cuatro oferentes, a saber, 1) Gestión Integral Consultores S.A.S., 2) Cosinte Ltda., 3) Servicios y Soluciones Seguras S.A.S. – 3S S.A.S., y 4) Tool System Solution Ltda.<sup>9</sup>.

El 12 de junio de 2017 se adjudicó el proceso de selección abreviada por concurso de méritos al proponente No. 4 Tool System Solution Ltda., luego de ocupar el primer orden de elegibilidad y ajustarse su propuesta económica al presupuesto establecido para el proceso; es de acotar que Cosinte Ltda. ocupó el segundo lugar y los restantes proponentes fueron rechazados.

De acuerdo a lo hasta ahora definido, el Despacho procederá a estudiar cada uno de los puntos planteados por el apoderado de Cosinte Ltda. como elementos determinantes para la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación.

### ➤ CARGOS

<sup>8</sup> BORJA ÁVILA, Ramiro. ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE CONTRATACIÓN ESTATAL. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, páginas 250 y 251.

<sup>9</sup> Cuaderno anexo de pruebas folio 60.

❖ **Estudio de mercado con información inexacta:**

Argumenta el apoderado de la parte actora que en el documento que contiene el estudio del sector y costos se induce en error a los oferentes, como quiera que se indicó que se solicitó cotización a 17 empresas, pero que al contabilizar las mismas, eran 18; igualmente señaló que todas estas personas jurídicas se encuentran en la base de datos de empresas asesoras, consultoras e investigadoras de vigilancia que tiene registrada la Superintendencia respectiva, lo cual no corresponde a la realidad, dado que SGS Colombia S.A.S., ING Ingeniería y Sistemas S.A.S., Arena de la Hoz Ingeniería S.A.S. y Silva Carreño y Asociados S.A.S. no cuentan con la respectiva licencia de funcionamiento.

Relata que lo anterior permite inferir que al establecer 14 empresas registradas ante la Superintendencia de Vigilancia, la entidad está aceptando que el sector relativo al proceso como el objeto del mismo tiene relación directa con actividades de consultoría e interventoría, por lo que los oferentes deben tener las mismas condiciones de las empresas relacionadas. Adicional a ello, las 4 empresas antes citadas no poseen objeto social del contrato, por lo que no podían relacionarse dentro del estudio del sector.

El documento que contiene el estudio del sector y de costos contempla lo siguiente:

**"5.6. Complejidad del mercado (número de proveedores que pueden abastecer a la SED)**

*Con base a la investigación en el mercado se realizó el estudio económico, especificando las características relevantes de las ofertas las cuales ofrecen los requerimientos establecidos en el presente estudio de mercado.*

*Se solicitó cotización a 17 empresas de acuerdo a la base de datos de empresas Asesoras, Consultoras e Investigadoras de Vigilancia que tiene la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, las cuales se exponen a continuación:*

No.	Razón Social	Dirección	Teléfono	e-mail
1	RISKCOL ENTERPRISE LTDA			
2	TOTAL SECURITY SERVICES			
3	LAUREL R.M.S.			
4	GRUPO DE TAREAS EMPRESARIALES			
5	R.M. y S.S. CONSULTORES			
6	A y C CONSULTORES EN SEGURIDAD			
7	RISK y CO CONSULTING LIMITADA			
8	CONSULTORIA SEG INTEGRAL Y CIA COSINTE			
9	CONSULT, ASESORIAS INVESTIG + DESARROLLO ACIMAD LTDA			
10	GESTION COMPETITIVA SEGURIDAD INTEGRAL LTDA			
11	GRUPO DE PROFESIONALES EN SEGURIDAD Y POLIGRAFIA			

	CONSULTORES Y ASESORES LTDA. GPS y P LTDA.			
12	CONTROL DE RIESGOS S.A.			
13	COLPRYST ASESORES			
14	SECURITY CONSULTING OF AMERICAS LTDA			
15	SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A.S.			
	ING INGENIERIA SAS			
16	ARENAS DE LA HOZ INGENIEROS			
17	SGS Colombia S.A.S.			

Si bien es cierto se indicó que se había solicitado cotización a 17 empresas cuando en realidad eran 18, estamos frente a un hecho que claramente no configura un error flagrante y mucho menos induce en equivocación a los proponentes, pues sin duda este hecho obedece a un error de los llamados *lapsus calami*, literalmente "error de pluma", error mecánico, error de dedo, de digitación o transcripción que se comete al escribir, pues claro está acreditado que se relacionaron 18 empresas, en tanto ING Ingeniería S.A.S. ubicada entre la 15 y la 16 no fue enumerada.

Por lo tanto, este error de digitación tal y como se ha resaltado en nada afecta la sustancialidad del estudio mencionado, y por lo tanto las transcripciones plasmadas en el documento no contienen actos de naturaleza tal, que sean determinantes de irregularidades propias del procedimiento pre contractual.

Alega también el demandante que las empresas SGS Colombia S.A.S., ING Ingeniería y Sistemas S.A.S., Arena de la Hoz Ingeniería S.A.S. y Silva Carreño y Asociados S.A.S. no poseen dentro de su objeto social la consultoría e interventoría para contratos de servicios de vigilancia.

Es de acotar que en el aparte del documento de estudio del sector y de costos relacionado párrafos arriba, se indica con claridad que la solicitud de cotización se realizó a las empresas asesoras, consultoras e investigadoras de vigilancia que se encontraban en la base de datos de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, luego es evidente que esta invitación tuvo como destinatarios las empresas que la Superintendencia tenía registradas y que cumplían esas especiales características.

Clarificado lo anterior, es evidente que la entidad contratante asumió que las anteriores empresas cumplían o mejor aún, tenían dentro de su objeto social la consultoría e interventoría en materia de vigilancia, y no puede entenderse de otra manera, pues esta información fue obtenida de la propia entidad encargada de ejercer el control, inspección y vigilancia sobre la industria y los servicios de vigilancia y seguridad privada.

Como si ello no fuera poco, el accionante no acreditó que para la fecha en que se realizaron los estudios del sector y se solicitó cotizaciones a una serie de empresas, las 4 sociedades referidas efectivamente no cumplían el objeto social requerido, sus dichos se quedaron ello, en simples afirmaciones carentes de soporte, luego esta afirmación está falta de demostración.

❖ **Eliminación de la licencia de funcionamiento:**

Este cargo fue sustentado en que no se incluyó como requisito habilitante para los oferentes, la licencia de funcionamiento expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, tal y como es exigido por la ley y por la misma Superintendencia de Vigilancia.

Con ocasión de ello, se encuentra que el artículo 32 del estatuto de Contratación Estatal define el contrato de consultoría en los siguientes términos:

*"Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*

*Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato." (subrayado fuera de texto)*

Por su parte la Ley 1474 de 2011 contempla sobre la interventoría contractual:

**"ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL.** *Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.*

*La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.*

*La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.*

*Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán*

*indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor...*" (subrayado del despacho)

Resulta relevante traer a colación también el contenido del artículo 60 del decreto 356 de 1994 por el cual se expide el estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada que a la letra dispone:

**"Artículo 60º.- Servicio de asesoría, consultoría e investigación de seguridad.** Las personas naturales o jurídicas que pretenden prestar servicios de asesoría, consultoría, investigación en seguridad o cualquier otro servicio similar relacionado con la vigilancia o la seguridad privada, en forma remunerada a terceros, deberán obtener licencia de funcionamiento o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada."

Como complemento de lo anterior, el Decreto 2187 de 2001 por el cual se reglamenta el Decreto 356 de 1994 define los servicios de consultoría, asesoría e investigación en materia de seguridad privada, así:

**"Artículo 31. Consultoría.** Comprende la identificación e investigación de riesgos e incidentes en seguridad privada, la elaboración de estudios y consultorías en seguridad privada integral; la formulación, recomendación y adopción de una estrategia contenida en planes y programas relacionados con políticas, organización, métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada, y la prestación de la asistencia necesaria, con el fin de ejecutar dichas estrategias, planes, programas y acciones preventivas o correctivas para satisfacer las necesidades identificadas y propender a los objetivos indicados en el Estatuto para la vigilancia y seguridad privada.

**Artículo 32. Asesoría.** Consiste en la elaboración de estudios en seguridad privada integral, mediante la formulación de una estrategia contenida en planes y programas relacionados con políticas, organización, métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada. Dentro de la consultoría se realiza previamente un trabajo de identificación e investigación en riesgos e incidentes en seguridad privada.

**Artículo 33. Investigación.** Comprende el estudio y análisis preventivo de riesgos y/o de las causas y fundamentos de los incidentes presentados al interior de una empresa o de quien desarrolla una determinada actividad, a fin de proveer por el cumplimiento de las finalidades y objetivos que persigue la seguridad privada.

*En ningún caso los investigadores en seguridad privada podrán prestar servicios como detectives privados o ejercer labores de investigación judicial o realizar actividades de competencia de las entidades estatales; tampoco pueden efectuar estudios de consultoría ni asesoría en seguridad privada."*

Por lo tanto, considera este despacho que en el caso que nos concita no era exigible la licencia de funcionamiento a la que hace alusión el artículo 60 del Decreto 356 de 1994, en razón a que el objeto del contrato era "Realizar la interventoría técnica, administrativa, jurídica, financiera y contable a los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada de la Secretaría de Educación del Distrito Capital" surgiendo así con meridiana claridad que la interventoría que se pretendía contratar era la contemplada en

49

la Ley 80 de 1993 que refiere a la labor que cumple una persona natural o jurídica, para controlar, exigir y verificar la ejecución y cumplimiento del objeto, condiciones y términos de la invitación y las especificaciones del contrato, convenio, concertaciones celebradas por las entidades públicas dentro de los parámetros de costo, tiempo, calidad y legalidad, conforme a la normatividad vigente.

Pues para garantizar el cumplimiento del objeto contractual en términos de eficiencia, eficacia y economía se requiere ejercer un control permanente sobre el proceso contractual a través de un interventor o supervisor para cada caso en concreto, que ejerza el control previo, perceptivo y posterior a todo el proceso.

Contrario a ello, los servicios de consultoría, asesoría e investigación en materia de seguridad privada tienen como razón de ser la de prevenir perturbaciones a la seguridad y tranquilidad de los bienes y de las personas.

Para clarificar lo anterior se traerá a colación *in extenso* dada la relevancia del mismo para el análisis acá efectuado, el aparte No. 6 relacionado con la Consultoría en materia de seguridad privada que se encuentra en el Manual de Doctrina 2015 versión 4.0 expedido por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada:

*“Vale la pena empezar por señalar que las disposiciones contenidas en el Decreto ley 356 de 1994 y preceptos reglamentarios no admiten pacto en contrario, dada la naturaleza del bien jurídico que tutelan: la seguridad ciudadana.*

*A la letra el artículo 2° de la norma con fuerza material de ley, enseña: “Para efectos del presente decreto, entiéndanse por servicios de vigilancia y seguridad privada las actividades que, en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas, naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros y la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para vigilancia y seguridad privada, blindajes y transporte con este mismo fin”.*

*De esta norma se advierte, en sentido estricto, que el ejercicio de la vigilancia y seguridad privada como servicio público primario, cuya inspección, control y vigilancia está a cargo de esta Superintendencia, debe orientarse a prevenir y detener los factores de riesgo no admisibles, independiente de su fuente, que atenten contra la seguridad y tranquilidad en lo que corresponde a la vida y bienes de las personas. Es esta la esencia del Estatuto 356 de 1994 y por consiguiente de los servicios de vigilancia y seguridad privada, sin importar la modalidad y medios en que se exterioricen.*

*En cuanto al servicio de consultoría, asesoría e investigación, el artículo 60 del Decreto ley 356 de 1994 dispone: “Las personas naturales o jurídicas que pretenden prestar servicios de asesoría, consultoría, investigación en seguridad o cualquier otro servicio similar relacionado con la vigilancia o la seguridad privada, en forma remunerada a terceros, deberán obtener licencia de funcionamiento o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada”.*

En tal orden de ideas y siguiendo el principio de hermenéutica jurídica, no le es dado distinguir al intérprete que el artículo 60 del Decreto ley 356 de 1994 ni los artículos 31, 32 y 33 del Decreto 2187 de 2001 atribuyen al servicio de consultoría, asesoría e investigación la función o la tarea de efectuar seguimiento y control. En consecuencia, no es de recibo equiparar el servicio de consultoría, asesoría e investigación a los contratos de interventoría cuyo objeto, en términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, es el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada; menos cuando la interpretación hecha no obedece a un criterio auxiliar constitucionalmente válido.

Por ello se impone forzosamente a esta Superintendencia, a señalar, que en términos del artículo 27 del Código Civil, en materia de interpretación de la ley, se entiende por "Interpretación gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. (...) Pero bien se puede, para interpretar una expresión Manual de Doctrina 2015 73 oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Implica el precepto hermenéutico en comento, que no es posible, a efectos de imprimir alcance a una norma, desbordar su sentido gramatical cuando haya claridad suficiente. En consecuencia, y en aras de acatar aquella disposición, que además encuentra respaldo en el principio de legalidad que gobierna a la actividad administrativa del Estado; es menester examinar las disposiciones legales que reglamentan el servicio de consultoría, asesoría e investigación, en los siguientes términos:

Artículo 31 Decreto 2187 de 2001: "CONSULTORÍA. Comprende la identificación e investigación de riesgos e incidentes en seguridad privada; la elaboración de estudios y consultorías en seguridad privada integral; la formulación, recomendación y adopción de una estrategia contenida en planes y programas relacionados con políticas, organización, métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada, y la prestación de la asistencia necesaria, con el fin de ejecutar dichas estrategias, programas y acciones preventivas o correctivas para satisfacer las necesidades identificadas y propender a los objetivos indicados en el Estatuto para la vigilancia y seguridad privada".

Artículo 32 Decreto 2187 de 2001: "ASESORÍA. Consiste en la elaboración de estudios en seguridad privada integral, mediante la formulación de una estrategia contenida en planes y programas relacionados con políticas, organización, métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada. Dentro de la consultoría se realiza previamente un trabajo de identificación e investigación en riesgos e incidentes en seguridad privada".

Artículo 33 Decreto 2187 de 2001: "INVESTIGACIÓN. Comprende el estudio y análisis preventivo de riesgos y/o de las causas y fundamentos de los incidentes presentados en el interior de una empresa o de quien desarrolla una determinada actividad, a fin de proveer por el cumplimiento de las finalidades y objetivos que persigue la seguridad privada (...)".

Evidentemente, no se avizora en ninguno de los servicios anteriormente definidos, la actividad de "efectuar seguimiento y control", no obstante que dicha labor toque asuntos relacionados con la vigilancia y seguridad privada. Resulta conveniente a esta altura traer a colación lo señalado en concepto del 20 de diciembre de 2007 emitido por la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia, en el cual se hizo referencia a la naturaleza de

JA

las actividades y finalidad de los servicios de consultoría, asesoría e investigación, en los siguientes términos:

**Consultoría:** Actividades que desarrolla: identificar e investigar riesgo, formular estrategias sobre métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada.

**Asesoría:** Actividades que desarrolla: identificar e investigar riesgos e incidentes en seguridad, elaborar estudios de seguridad.

**Investigación:** Actividades que desarrolla: estudiar y analizar riesgos y causas de los incidentes presentados en una empresa o de quien desarrolla una determinada actividad. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

La finalidad de los servicios de consultoría, asesoría e investigación no es otra que prevenir perturbaciones a la seguridad y tranquilidad en lo relacionado con la vida y los bienes de las personas. Es en últimas este el objetivo y esencia del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.

Ahora, con el ánimo de determinar la asimetría entre el objeto de los ya examinados servicios de consultoría, asesoría e investigación y el del contrato de interventoría, es imperativo analizar el alcance de este último, apelando para el efecto a la literalidad del inciso 3 del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, que reza: "La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría".

De la anterior transcripción normativa, es inequívoco que las actividades por desarrollar en los contratos de interventoría son: seguimiento técnico sobre el cumplimiento de un contrato. Y la finalidad obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación, que en últimas son los del artículo 2° de la CN.

En concreto, las diferencias entre las actividades y fines de los servicios de consultoría, asesoría e investigación habilitados por la Supervigilancia y las actividades y fines del contrato de interventoría, se pueden sintetizar de la siguiente forma:

	<b>Consultoría, asesoría e investigación</b>	<b>Interventoría</b>
Actividades	Identificar e investigar riesgos, formular estrategias sobre métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada. Identificar e investigar rasgos e incidentes en seguridad, elaborar estudios de seguridad. Estudiar y analizar riesgos y causas de	Seguimiento técnico sobre el cumplimiento de un contrato.

	los incidentes, presentados en una empresa o de quien desarrolla una determinada actividad.	
Fines	Prevenir perturbaciones a la seguridad y tranquilidad en lo relacionado con la vida y los bienes de las personas. Es en últimas este el objetivo y esencia del Estatuto de vigilancia y seguridad privada.	Deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas puedan utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

Es claro que, en el sentido etimológico de los verbos rectores correspondientes, de una parte, las actividades de los servicios de consultoría, asesoría e investigación y, de otra, las del contrato de interventoría, son diferentes, al igual que los cometidos, para los cuales, unos y otros, fueron instituidos.

Con relación a si es obligación de la Supervigilancia expedir licencia de funcionamiento a los servicios de consultoría, asesoría e investigación, con mayor razón, teniendo en cuenta el principio de que lo subsidiario sigue a lo principal, será obligación expedir licencia de funcionamiento a aquellos sujetos que pretendan ejecutar contratos de interventoría. Sobre este particular, y con fundamento en la estructura argumentativa que hasta aquí se ha consolidado, es pertinente señalar que no existe norma jurídica que cargue en esta Superintendencia la obligación de expedir licencia de funcionamiento a sujetos que pretendan ejecutar, o postularse para la adjudicación de un contrato de interventoría.

No puede considerarse entonces, hasta que no haya una norma que así lo establezca, que un sujeto sin licencia expedida por la Supervigilancia para prestar servicios de asesoría, consultoría e investigación deba sustraerse a la ejecución o postulación para la adjudicación de un contrato de interventoría cuyo objeto sea el seguimiento al cumplimiento de un contrato que verse sobre la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada. Lo que deberá consultar la entidad contratante a la hora suscribir contrato de interventoría, por tratarse de un servicio especializado, es la idoneidad de la persona pendiente por contratar, que por exigencia de la ley, deberá tener conocimientos específicos. Y es en este punto cuando la Superintendencia signataria comparte y defiende la idea de que las empresas de consultoría, asesoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, legalmente constituidas y habilitadas para operar a través de licencia de funcionamiento, y siempre que este sea su único objeto, son las más idóneas, desde el punto de vista técnico, para ejecutar o postularse a la adjudicación de contratos de interventoría en temas de vigilancia y seguridad privada, pues se considera que por el impacto que puede tener este contrato en la prestación del servicio, el deber ser conlleva que su ejecución recaiga en empresas de consultoría, asesoría e investigación autorizadas mediante licencia de funcionamiento expedida en términos del Decreto 356 de 1994. Sin embargo, esta posición no comporta imperatividad, por cuanto, como se ha dicho, hasta tanto la ley no lo disponga, no puede excluirse a otras personas, en lo que a la ejecución de estos contratos de interventoría respecta, siempre que tengan, claro está, conocimientos especializados en vigilancia y seguridad privada.

Es importante decir que el artículo 34 del Decreto 2187 de 2001 establece los requisitos para obtener la credencial de consultor, asesor e investigador. Por su parte, el parágrafo

*primero, del mismo artículo, indica: “la credencial de consultor habilita para realizar asesoría e investigaciones, y la de asesor para efectuar investigaciones en seguridad privada”. De la norma en mención se colige que solo pueden hacer consultoría, asesoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, aquellas personas que obtengan, previa verificación de calidades, la credencial respectiva.*

*La norma no habilita para que los consultores, asesores e investigadores avalen a otras personas para prestar este servicio, pues es una competencia exclusiva de la Supervigilancia.*

*En conclusión, hay que decir lo siguiente:*

*1. No existe norma jurídica que establezca la obligatoriedad de contar con licencia de funcionamiento expedida por la Supervigilancia para la ejecución de contratos de interventoría cuyo objeto sea el seguimiento técnico sobre un contrato que verse sobre los servicios de vigilancia y seguridad privada. Sin embargo, se comparte y defiende la idea de que son los servicios de consultoría, asesoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, habilitadas para operar a través de licencia de funcionamiento, las más idóneas, desde el punto de vista técnico, para ejecutar o postularse a la adjudicación de contratos de interventoría en estos temas.*

*2. A los consultores, asesores e investigadores que cuenten con credencial expedida por esta superintendencia, no les está legalmente permitido avalar a otras personas para prestar este tipo de servicios, habida cuenta de que además de requerirse la acreditación de requisitos taxativos, de naturaleza personal e intransferible, la competencia en cuanto a habilitación recae única y exclusivamente en esta Superintendencia. Por ende, la credencial expedida a una persona no reemplaza ni sustituye la licencia otorgada a una persona jurídica.*

*Fuente: Concepto de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015”*

Corolario de lo expuesto, es claro que en tratándose del seguimiento y control de los contratos de prestación de servicios y vigilancia, no es exigible la licencia de funcionamiento de que trata el artículo 60 del Decreto 356 de 1994 tal y como lo arguye el demandante.

- ❖ **Se elimina la acreditación de experiencia específica relacionada con el objeto del presente proceso, y**
- ❖ **La modificación de criterios de experiencia requerida:**

Se sustentaron estas presuntas irregularidades, en que mientras en el año 2016 se solicitaba experiencia específica en actividades relacionadas con la supervisión y/o seguimiento y/o control y/o interventoría y/o auditoría técnica, administrativa, financiera y jurídica en forma integrada en contratos de servicios de vigilancia y seguridad privada, en el proceso de marras se determinó que cualquier empresa que haya realizado interventorías sin exigir la especialidad respectiva podía presentar oferta

399

Dentro de los estudios previos se determinó como condiciones de experiencia:

*“El proponente deberá acreditar experiencia de dos (2) años, en máximo cuatro (4) certificaciones de contratos ejecutados, terminados y liquidados, dentro de los siete (7) años anteriores a la fecha de cierre del presente proceso, cuyo objeto sea las actividades relacionadas con la supervisión y/o seguimiento y/o control y/o interventoría y/o auditoría técnica, administrativa, financiera y jurídica en forma integrada en contratos de servicios de vigilancia y seguridad privada, y cuya sumatoria en valores sea igual o superior al cien por ciento (100%) del presupuesto oficial, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Luego de atender una serie de observaciones al anterior acápite, la entidad contratante varió este contenido, y en el pliego de condiciones definitivo dispuso:

*“El proponente debe acreditar experiencia de cuatro (4) años, en máximo cuatro (4) certificaciones de contratos ejecutados, terminados y liquidados, dentro de los ocho (8) años anteriores a la fecha de cierre del presente proceso, cuyo objeto sea las actividades relacionadas con la supervisión y/o seguimiento y/o control y/o interventoría y/o auditoría técnica, administrativa, financiera y jurídica en forma integrada en contratos, y cuya sumatoria en valores sea igual o superior al cien por ciento (100%) del presupuesto oficial, expresado en la Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.”*

La Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente en Circular Externa 10 del 31 de Marzo de 2014, señaló sobre la experiencia exigida:

*“La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.”*

*Los proponentes deben registrar en el RUP los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las Entidades Estatales, identificando los bienes, obras y servicios con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y expresar el valor del contrato respectivo en smmlv. El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación del proponente en sociedades, consorcios o uniones temporales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros.” (subrayado fuera de texto)*

Surge imperioso acotar que la imputación contenida en el presente cargo, sin duda está ligada al principio de **selección objetiva** establecido en el Estatuto de Contratación Pública, que tiene como finalidad buscar la selección de la proposición más conveniente para la administración, sin consideraciones de naturaleza subjetiva, ni que vayan más allá de elementos o aspectos que limiten la igualdad de los oferentes.

En este orden de ideas, en virtud de este principio, siempre se debe propender por que no se trate de evitar la libre concurrencia de oferentes imponiendo requisitos o exigencias de difícil cumplimiento, o que favorezcan a una u otra persona exclusivamente.

Si bien es cierto dentro del proceso de selección se suprimió la experiencia relacionada con la supervisión y/o seguimiento y/o control y/o interventoría y/o auditoría técnica,

administrativa, financiera y jurídica en contratos de servicios y vigilancia de seguridad privada, por una experiencia que no necesariamente tenía que ser en temas de seguridad, para el despacho es claro que esta situación en nada deslegitima el acta de adjudicación y mucho menos constituye un error craso a los principios que rigen la actividad contractual y la función pública.

Ello en cuanto se está permitiendo que en principio pueda ser potencial adjudicatario cualquier persona que haya celebrado contratos relacionados con la interventoría en los tiempos, cantidades y características descritas; pero hay que tener en cuenta que la especialidad relativa a servicios de vigilancia de seguridad privada no fue desconocida plenamente dentro del pliego de condiciones como lo pretende hacer ver el promotor del presente medio de control, pues si bien se amplió el espectro de los contratistas, tal y como se adujo, el equipo de trabajo en sus cargos más relevantes si debía estar conformado por personal con experiencia en este campo, requiriéndose lo siguiente:

✓ Director del Proyecto:

Perfil Académico	Experiencia profesional
<p>Profesional en alguna de las siguientes áreas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Administración de Empresas</li> <li>-Economía</li> <li>-Contaduría</li> <li>-Administración Pública</li> <li>-Administración de Negocios</li> <li>-Ingeniería Industrial</li> </ul> <p>Especialización o postgrado en Administración de Seguridad y/o áreas de seguridad o defensa.</p> <p>O</p> <p>Ser oficial retirado de las fuerzas Militares o de la Policía Nacional, con postgrado en áreas de seguridad o defensa.</p> <p>NOTA 1: En todo caso el personal propuesto como Director del Proyecto deberá presentar credencial vigente como asesor, consultor o investigador de seguridad privada expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.</p> <p>NOTA 2: El posgrado se homologa con dos (02) años de experiencia profesional adicional a la mínima requerida.</p>	<p>Tres (3) años de experiencia profesional en funciones de gerencia y/o administración y/o coordinación y/o dirección de proyectos, relacionados con temas de seguridad y vigilancia.</p> <p>Esta experiencia deberá acreditar una continuidad de seis (6) meses en la misma función o cargo.</p> <p>Para oficiales retirados: tres (3) años de experiencia Laboral o profesional en funciones de gerencia y/o administración y/o coordinación y/o dirección de proyectos.</p> <p>En este caso la experiencia se contará a partir de la fecha de retiro según sea el caso</p>

✓ Coordinador operativo:

400

Perfil Académico	Experiencia profesional
<p>Profesional en alguna de las siguientes áreas:            -Economía            -Administración de Empresas            -Administración Pública            -Administración de Negocios            -Ingeniería Industrial            -contaduría</p> <p>Especialización en Administración de Seguridad y/o áreas de seguridad o defensa.            O            Ser oficial retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, con postgrado en áreas de seguridad o defensa.</p> <p>NOTA 1: En todo caso el personal propuesto como Coordinador Operativo deberá presentar credencial vigente como asesor, consultor o investigador de seguridad privada expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.</p> <p>NOTA 2: El posgrado se homologa con dos (02) años de experiencia profesional adicional a la mínima requerida.</p>	<p>Para profesionales:            Dos (2) años de experiencia profesional en funciones administración y/o coordinación de proyectos, en temas de seguridad y vigilancia. Esta experiencia deberá acreditar una continuidad de seis (6) meses en la misma función o cargo.</p> <p>Para oficiales retirados: Dos (2) años de experiencia Laboral en funciones de administración y/o coordinación de proyectos. En este caso la experiencia se contará a partir de la fecha de retiro según sea el caso.</p>

✓ Coordinador técnico

Perfil Académico	Experiencia profesional
<p>Profesional en alguna de las siguientes áreas:            -Ingeniería Electrónica            -Ingeniería Eléctrica            -Ingeniería de Sistemas            -Ingeniería Mecánica            -Ingeniería Mecatrónica            -Ingeniería de Diseño y Automatización Electrónica.</p>	<p>Dos (2) años de experiencia profesional en funciones administración y/o coordinación de proyectos en temas de seguridad y vigilancia</p> <p>Esta experiencia deberá acreditar una continuidad de seis (6) meses en la misma función o cargo.</p>

Lo anterior sin duda alguna demuestra que la experiencia específica relacionada con el objeto del contrato no fue desconocida en el pliego de condiciones, pues como se ha descrito, este documento no demuestra situación alguna que acredite que hubo vulneración del principio de selección objetiva, dado que al existir pluralidad de oferentes, se salvaguarda la libre concurrencia de eventuales proponentes; aunado a que la especialidad del contrato mismo, esto es la relacionada con el servicio de vigilancia y seguridad privada, se encuentra contemplada como exigencia para cargos de quienes pretendan ser parte del equipo de trabajo del contratista.

❖ Creación del concepto de "traslape" en la experiencia:

10

Manifiesta que el concepto de traslape no tiene ningún tipo de justificación legal ni técnica desconociéndose la finalidad del mismo, incluso sólo se introdujo en ese proceso contractual, dado que no se evidencia que la entidad contratante dentro de procesos cuyo objeto contractual es similar, haya usado la figura del traslape dentro de la experiencia exigida.

Lo primero que se habrá de señalar es que el pliego de condiciones no es un documento o regla cualquiera dentro de la actividad contractual, se trata nada más y nada menos, que del instrumento que contiene unos derroteros que son ley para cualquier proceso de contratación y para la ejecución del contrato mismo, sobre ello, nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado:

*“A este respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de licitación como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.”<sup>10</sup>*

*Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de “ley de la licitación” y “ley del contrato”<sup>11</sup>, en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación.*

*Los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes, así como los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.*

*Los primeros permiten y determinan la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes<sup>12</sup>; los segundos posibilitan la selección de*

<sup>10</sup> Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

<sup>11</sup> “Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado “la ley del contrato” por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación” (Dromi, José Roberto, La licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196)

<sup>12</sup> Los requisitos de participación de los oferentes podían ser objeto de calificación antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007; en la actualidad, de conformidad con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 5º de la Ley 1150, los mencionados requisitos son objeto de verificación de cumplimiento, como habilitantes para la participación en el procedimiento administrativo de selección y, salvo en los procesos de selección de sólo experiencia específica, no otorgan puntaje, tal como lo consagra el numeral 1 del mencionado artículo 5º, cuyo texto es el siguiente:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y

la mejor propuesta, esto es están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, lo cual excluye, de suyo, que factores ambiguos o elementos subjetivos puedan tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal..."<sup>13</sup>

De lo anterior resulta relevante entre otros aspectos, que el pliego de condiciones traza una serie de requisitos que establecen unos criterios de evaluación que deben aplicarse con todo el rigorismo del caso, no permitiéndose hacer interpretaciones de ninguna naturaleza dado su carácter especial y específico; no se puede desconocer que este documento es ley para las partes, para el mismo proceso de selección y para el contrato en sí, y siendo ello así, no es dable desechar las estipulaciones allí contenidas, pues incurrir en esta situación, sería echar a la borda de manera flagrante los principios que rigen la actividad contractual y de paso los que guían la función administrativa.

En el numeral 4.3.1. del pliego de condiciones definitivo, y relacionado con las condiciones de experiencia del proponente, la entidad contratista dispuso en su inciso segundo lo siguiente:

*"Para efectos de contabilizar los tiempos requeridos, sólo se contarán una vez aquellos períodos "traslapados", es decir, aquellos que se sobrepongan o que se hayan desarrollado en un mismo lapso de tiempo por el proponente. De llegarse a presentar se tomará a efectos de acreditar la experiencia, la certificación de mayor valor."*

Igualmente en el numeral 4.3.2.2. relativo a los parámetros para acreditar la formación y experiencia específica del equipo, se contempló:

*"r) Para efectos de contabilizar los tiempos requeridos, sólo se contarán una vez aquellos períodos "traslapados", es decir, aquellos que se sobrepongan o que se hayan desarrollado en un mismo lapso de tiempo por la misma persona."*

El primer aspecto que se ha de dejar por sentado, es que la anotación realizada en el pliego de condiciones relacionada con el concepto de traslape en la experiencia tanto del proponente como del equipo de trabajo, es restrictiva y no permisiva, por lo tanto lo que pretendía la entidad pública, era, que en caso de que se acrediten como factor experiencia, períodos desarrollados en un mismo tiempo, sólo se tendrá en cuenta la certificación más favorable al proponente y no ambas certificaciones.

Así se infiere tanto de la redacción del texto que contempla esta exigencia, como de la respuesta dada por la Alcaldía de Bogotá a la observación planteada por Juan José Torres el 9 de mayo de 2017 en los siguientes términos:

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 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación."

<sup>13</sup> Sentencia del 11 de noviembre de 2009, sección tercera, rad. 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366).

“ ...

*Sobre el particular, muy respetuosamente solicitamos a la entidad, se modifique el párrafo anterior quedando de la siguiente forma.*

*Para efectos de contabilizar los tiempos requeridos, sólo se contarán una vez aquellos períodos “traslapados”, es decir, aquellos que se sobrepongan o que se hayan desarrollado en un mismo lapso de tiempo por el proponente.*

*Lo anterior con el fin de que puedan participar firmas que quizás cuentan con una amplia trayectoria y experiencia en el mercado en proyectos similares a los exigidos en el proceso de la referencia, pero que sus valores son muy disímiles unos de otros, por lo que solo se indique que, para efectos de contabilizar los tiempos requeridos, sólo se contarán una vez aquellos períodos traslapados.”<sup>14</sup>*

Frente a esta solicitud, la respuesta técnica fue la siguiente:

*“La Secretaría de Educación se permite informar que no acepta la observación presentada por el proponente, toda vez que no se aceptan períodos de experiencia traslapados, pero en caso de presentarse certificaciones en un mismo período se tomará aquella de mayor valor, con el fin de permitir que el proponente pueda cumplir con los tiempos y montos de experiencia requerida.”*

Realizada la anterior precisión, es claro que esta determinación no contraviene principios de ninguna índole, todo lo contrario, se cumple con los derroteros planteados por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente quien tiene la función primordial de diseñar e implementar documentos estandarizados y especializados que sirven de herramienta a las entidades estatales.

Es así como esta entidad en el documento contentivo del pliego de condiciones tipo para procesos de contratación de servicios de consultoría dispuso en el acápite de experiencia que *No será tenida en cuenta de forma simultánea la experiencia que se traslape temporalmente, la cual sólo se agregará una vez dentro de la suma de experiencia de cada integrante. En todo caso, el proponente podrá escoger qué experiencia desea que la Entidad Estatal valore.*

Bajo estos parámetros, la decisión de no adoptar dentro del pliego de condiciones definitivo, certificaciones de experiencia de contratos traslapados<sup>15</sup> en nada desconoce el principio de economía como lo asevera el gestor del presente medio de control, pues no cabe duda que dicho aspecto ha sido avalado por Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente como órgano encargado de desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

<sup>14</sup> Ver documento de respuesta a las observaciones publicado el 11 de mayo de 2017 a las 6:53 p.m. en la página del SECOP - <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=17-15-6530734>

<sup>15</sup> Se aclara que sólo se acepta el más benéfico para el proponente

❖ **Irregularidades audiencia de adjudicación:**

**- Extemporaneidad para presentación de observaciones y modificación procedimiento concurso de méritos y Derecho a la igualdad y objetividad de la entidad contratante**

Replica que el oficio de la empresa Tool System Solutions Ltda. fue recibido fuera del plazo otorgado por la entidad para presentar observaciones contra ofertas de los demás proponentes, aunado a que la inserción de dichas observaciones en el SECOP se realizó como si se tratase del acta de adjudicación.

Para ello, hay que tener presente que existe una serie de principios inherentes a la actividad contractual con el estado, los cuales deben ser aceptados, reconocidos y aplicados en todos y cada uno de los procesos contractuales, dado que el fin último es la escogencia objetiva de la propuesta que ofrezca las mejores condiciones. Luego, la finalidad de estos procedimientos selectivos, apunta a la escogencia de la opción más idónea para contratar con el Estado.

Sobre el particular, el profesor Ernesto Matallana Camacho señala en su obra Manual de Contratación de la Administración Pública:

*"El doctrinante EXPÓSITO VÉLEZ define los procedimientos de selección de contratistas como "un conjunto de actos, pronunciamientos y decisiones que permiten a la administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello, al sujeto más apto para contratar", es decir, escoger con el mayor grado de objetividad al particular que ofrezca las mejores condiciones, sin que intereses cualquier tipo de valoración que involucre afectos o intereses personales y, en general motivaciones, de carácter personal o subjetivo. Se trata entonces de que la individualización de la persona más idónea para ser el contratista del Estado se constituye en "la finalidad esencial de los procedimientos selectivos"”<sup>16</sup>.*

*"De acuerdo con RODRIGO ESCOBAR, es una garantía dentro de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos establecidos puedan ofrecer los bienes, servicios y obras que la Administración Pública requiera para el cumplimiento de sus fines (art. 3 Ley 80 de 1993). Se busca por lo tanto que se presente el mayor número de oferentes e impedir que haya colusión entre los mismos. Este principio es el desarrollo de igualdad, en donde todos los ciudadanos tienen el derecho al libre acceso a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado, por lo tanto, se impone una prohibición al Estado de establecer reglas restrictivas que no estén plenamente justificadas por el interés general. A mayor número de oferentes, mayores posibilidades del Estado de obtener la oferta más conveniente para la administración”<sup>17</sup>*

Si partimos de la base que una de las finalidades de los procesos de selección, es permitir que las personas que puedan ofrecer los bienes, obras y servicios requeridos por la entidad para el cumplimiento de sus fines y que quien sea adjudicatario del contrato pueda cumplir a satisfacción el objeto del mismo, considera el despacho que permitir que dentro de la etapa precontractual se realicen observaciones al informe de evaluación final en nada desnaturaliza la esencia propia del procedimiento, todo lo contrario, blinda de

<sup>16</sup> Universidad Externado de Colombia, 2009, segunda edición, pág. 479

<sup>17</sup> Pág. 274 y 275 ibídem.

*RS*

garantías la actuación permitiendo que el ente contratante pueda advertir situaciones que seguramente dentro de las etapas anteriores no se han evidenciado.

Incluso, hay que resaltar que esta facultad no fue exclusiva del contratista, pues el acá demandante también hizo uso de este recurso, y presentó las observaciones que consideró pertinentes contra la propuesta de Tool System, por lo que esta oportunidad brindada enriquece las garantías de los oferentes como de la propia entidad pública. Adicionalmente, el hecho de que se haya recibido el escrito de observaciones que planteó Tool System el 1 de junio de 2017 a las 12:16 a.m., tampoco genera irregularidad alguna, en tanto se había abierto la posibilidad de presentar observaciones al informe final, incluso este escrito fue enviado horas antes de que se continuara la audiencia de apertura de la propuesta económica, por lo que era viable un pronunciamiento sobre las mismas en aras como se ha decantado, de velar por un procedimiento justo y en beneficio de todos los interesados.

Frente a que las observaciones presentadas por Tool System Solutions se relacionaron en el SECOP como acta de audiencia de adjudicación, es una situación que se debe entender como un error que en nada le resta legalidad al proceso contractual, incluso en la descripción de dicho documento se hace mención a que el mismo efectivamente corresponde a las observaciones planteadas por la susodicha empresa.

**- Causales de rechazo de la oferta del proponente Tool System Solutions, las cuales fueron desconocidas por parte de la entidad pública contratante.**

Este aspecto será desarrollado en los ítems siguientes, en tanto los argumentos que soportan esta irregularidad, son los mismos que sirven de fundamento a otras inconsistencias que el demandante pone de presente.

**- Traslape entre certificaciones**

Cimenta esta inconformidad, en que se desconoció el contenido del pliego de condiciones en lo que a la experiencia traslapada corresponde, dado que los tiempos de las certificaciones No. 1 relacionada con el contrato 1351 de 2009 y la No. 2 relativa al contrato 1671 de 2000 fueron reconocidos en su integridad pese a que se ejecutaron en un mismo momento.

Las certificaciones son las siguientes:

Entidad contratante	Fecha de inicio	Fecha de terminación
Secretaría de Salud de Santander	20/10/2009	31/12/2010
Secretaría de Salud de Santander	16/12/2010	26/11/2011

Frente a esta observación se ha de acotar que en el informe de evaluación final, la entidad estatal hizo claridad a que los meses traslapados en el primer contrato relacionado

correspondía a 0.50, lo anterior es así, en cuanto el período del 16 de diciembre al 31 de diciembre de 2010 (15 días) fue el tiempo en que ambos contratos se ejecutaron simultáneamente, razón por la cual actuó bien la entidad, por no reconocer como experiencia del primer contrato estos 15 días dado a que se encontraban traslapados.

Sea esta la oportunidad para traer a colación nuevamente el contenido de la norma que el demandante considera se ha trasgredido:

*“Para efectos de contabilizar los tiempos requeridos, sólo se contarán una vez aquellos períodos “traslapados”, es decir, aquellos que se sobrepongan o que se hayan desarrollado en un mismo lapso de tiempo por el proponente. De llegarse a presentar se tomará a efectos de acreditar la experiencia, la certificación de mayor valor.”*

Lo anterior para dilucidar que por el hecho de que se traslapen tiempos en la ejecución de dos contratos, dicha situación no lleva implícita la negación o mejor, el no reconocimiento del contrato, pues la esencia del pliego de condiciones, era que no se tuviese en cuenta únicamente el período traslapado, pero el tiempo que no cumple esta característica si ha de ser valorado por la entidad, tal y como en últimas lo realizó la Secretaría de Educación Distrital.

#### **- Inconsistencias certificados de experiencia Tool**

##### Contrato No. 1671

Manifiesta que este contrato conforme al SECOP tuvo un valor de ejecución de \$1.000.000.000 y no de \$1.500.000.000 como dice la certificación No. 2; y adicionalmente el objeto del contrato y su alcance no tienen identidad con el objeto a contratar.

Conforme la documentación que contiene la propuesta de Tool System, se evidencia que la certificación a la cual se hace mención reza lo siguiente:

*“Que la empresa TOOL SYSTEM SOLUTIONS LTDA. identificada con Nit. 804.013.213-5 ejecutó el contrato No. 01671 de 2010 cuyo objeto fue la AUDITORIA INTEGRAL A LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LA SECRETARIA DE SALUD – GOBERNACIÓN DE SANTANDER REALIZANDO SEGUIMIENTO Y CONTROL TECNICO, ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO. El valor total del contrato ejecutado y liquidado fue de MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.500.000.000) cumpliendo a satisfacción y calidad con todas y cada una de las obligaciones enmarcadas en el mismo”*

Si bien el contrato inicialmente fue por valor de \$1.000.000.000 suscrito el 15 de diciembre de 2010, no lo es menos que la sociedad Tool System al descender el traslado de las observaciones realizadas por Cosinte allegó copia del acta adicional en valor No. 1 suscrita el 21 de junio de 2011 donde las partes acuerdan adicionar el contrato en la suma de \$500.000.000 con lo cual se encuentra justificada la certificación en lo que a este elementos corresponde.

109

Con ocasión del objeto del contrato se tiene que si bien dentro del mismo no se hace mención específica a labores de interventoría conforme se describió anteriormente, no se puede desconocer que la naturaleza del mismo conllevaba el cumplimiento de actividades propias de control y seguimiento contractual, nótese como dentro del alcance del contrato donde se encuentran enumeradas las funciones a ejecutar por el contratista, las mismas constituyen un verdadero control y seguimiento técnico administrativo y financiero a los contratos y convenios de la Secretaría de Salud de Santander, por lo que el mismo cumple con las exigencias de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

#### Contrato No. 261

Refuerza la irregularidad en este contrato, bajo el entendido que la adición al mismo sobrepasó los topes establecidos por la ley, dado que el valor del contrato fue de \$150.974.993 y la adición fue por \$168.150.096 excediendo el 50% que estipula la ley cuando de adiciones se trata.

Para ello se tiene que la Dirección de Contratación de la Alcaldía Mayor de Bogotá certificó la suscripción del contrato No. 261 del 4 de septiembre de 2014 ejecutado por Tool System y cuyo objeto era "Realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera y contable de casas refugio de la SD Mujer" cuyos valores eran los citados anteriormente.

Se confecciona la anterior aclaración, para enmarcar que estamos en presencia de un contrato de interventoría por lo que acudiremos al contenido del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 que estipula:

**"ARTÍCULO 85. CONTINUIDAD DE LA INTERVENTORÍA.** Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993."

Por su parte el citado artículo 40 del Estatuto Público de Contratación regla:

**"ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.*

*En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.*

*PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*

*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales."*

Así las cosas, en tratándose de adicionales o prórrogas de contratos de interventoría, la estipulación del parágrafo del artículo 40 relacionada con la adición de estos contratos únicamente en un 50% del valor inicial, no le es aplicable al caso bajo estudio, pues el Estatuto Anticorrupción consagra textualmente la no aplicabilidad de esta restricción, por lo tanto no se evidencia yerro alguno.

#### **- Experiencia adicional del proponente**

##### Contrato No. 539

Se replica que al momento de ser adjudicado este contrato en el año 2010, el señor Roberto Ardila Cañas era jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Santander, y dentro del proceso de contratación que da origen al actual proceso, actuó como apoderado dentro de la audiencia de adjudicación.

Frente a este argumento se ha de acotar que el censor no invoca en qué consiste la irregularidad en tanto no cuestiona ni invoca la razón o el concepto de violación que da vía a este presunto yerro; y este despacho tampoco advierte por qué puede generar inconsistencia esta situación, que conlleve a la ilegalidad en el acto de adjudicación.

También se pone de presente la diferencia entre el objeto de este contrato y la certificación aportada por el proponente, para ello acudiremos al contenido de la certificación obrante a folio 141 de la propuesta de Tool System:

*"Proceso de interventoría técnica, administrativa, jurídica, financiera y liquidación de contratos y convenios interadministrativos y actas modificatorias firmadas por el Departamento para la cofinanciación de los contratos de administración del régimen subsidiado en salud"*

Analizada la respectiva certificación que contiene igualmente las funciones a realizar por el contratista, se evidencia que las mismas buscan un control y seguimiento técnico y financiero a unos determinados contratos, por lo que para el despacho no remite a duda que independiente de la denominación que se le dé al contrato, del objeto del mismo, el alcance que pueda tener es el que nos va a acreditar la esencia y naturaleza de las funciones que se han de realizar.

Por lo tanto, revisadas cada una de los deberes que Tool System ejecutó, se puede inferir que estas obligaciones adquiridas con el contrato 539 correspondían a labores para controlar y verificar el cumplimiento de contratos específicos.

Otro aspecto que el demandante trae a colación referente al contrato 539, es el concerniente a las irregularidades presentadas en la certificación allegada donde se señaló como valor del contrato la suma de \$221.739.000, mientras que el acta de recibo final es por \$121.000.000.

Para ello es del caso poner de presente el principio de la buena fe que debe primar en las actuaciones que entre los particulares y las autoridades públicas se desarrollen, el cual se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política que señala:

*“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

Sobre este principio la Corte constitucional en la sentencia C-544 de 1994 dijo:

*“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionado por ésta. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.*

Por su parte, en sentencia del 3 de diciembre de 2007, el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, la Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO, explicó respecto del principio de Buena fe:

**“e) El principio de buena fe**

*La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual “[las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”<sup>65</sup>*

*La Buena fe –o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociables.<sup>66</sup>*

*Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labora interpretativa del derecho.<sup>67</sup>*

*En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, <sup>68</sup> esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad<sup>69</sup>, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido."*

Bajo el anterior recuento jurisprudencial, podemos sintetizar para el caso que nos ocupa, que nuestra Carta Política de 1991 instituyó la buena fe, como principio superior, a cuyo orden están sometidas todas las actuaciones que realicen los particulares y los servidores públicos, presumiendo este principio en todas las gestiones que los primeros realicen ante los segundos<sup>18</sup>.

Es por ello que se subsume dentro de estas actuaciones, las atinentes o relacionadas a la actividad contractual con el Estado, donde surge imperativo el dar aplicación a este principio, bajo la confianza en el proceder de cada uno de las partes de la relación contractual.

Por lo tanto, no es posible endilgar irregularidades en la confección de la certificación, toda vez que dando aplicación al principio de la buena fe, es dable presumir que la actuación y los documentos aportados por el respectivo oferente se encontraban ajustados a la ley; y como si ello no fuera poco, a efectos de determinar si verdaderamente se incurrió en alguna falsedad, aspecto que se por si es del resorte del presente proceso, las pruebas para establecer ello no fueron allegadas al plenario.

No basta una simple afirmación, sino que cada tesis debe estar acompañada o soportada de las pruebas que acrediten cada fundamento, por tanto al ser exiguo el material probatorio, es claro que este cargo no tiene visos de prosperidad.

#### Contrato No. 2010

Con relación a este contrato, las falencias que alega el actor son de similares características a las analizadas en el punto inmediatamente anterior, por lo que se procede a desatarlas con fundamentos de iguales características.

Manifiesta que conforme la certificación allegada el valor ejecutado no era de \$1.500.000.000 como se indica, sino de \$1.000.000.000 como se lograr demostrar de la página de la Gobernación de Santander.

Efectivamente el contrato en su inicio fue por la suma de \$1.000.000.000, es de acotar que la sociedad Tool System al descorrer el traslado de las observaciones realizadas por Cosinte allegó copia del acta adicional en tiempo y en valor No. 1 suscrita el 3 de octubre de 2012 donde las partes acuerdan entre otras cosas, adicionar el contrato en la suma de \$500.000.000 con lo cual se encuentra justificada la certificación en lo que a este elementos corresponde.

<sup>18</sup> Ver fallo del 18 de mayo de 2006, del Procurador General de la Nación, dentro del radicado No. 154-93625-2003

Ahora, frente a la falta de identidad del contrato certificado con el que se iba a ejecutar y que era necesario a efectos de acreditar experiencia, encuentra el despacho que si bien en el objeto no menciona textualmente labores de interventoría, no se puede desconocer que la naturaleza del mismo conllevaba el cumplimiento de actividades propias de control y seguimiento contractual, nótese como dentro del alcance del contrato donde se enumeran las funciones a ejecutar por el contratista, las mismas constituyen labores de control y seguimiento técnico administrativo y financiero a contratos.

También reiteró que al momento de ser adjudicado este contrato, el señor Roberto Ardila Cañas era jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Santander, y dentro del proceso de contratación que da origen al actual proceso, actuó como apoderado dentro de la audiencia de adjudicación.

Para resolver esta inquietud se ha de resaltar lo discurrido *ut supra* frente al mismo argumento, relatando que el censor no invoca en qué consiste la irregularidad en tanto no cuestiona ni invoca la razón o el concepto de violación que da vía a este presunto yerro; y este despacho tampoco advierte por qué puede generar inconsistencia esta situación.

#### Contrato No. 018

Este contrato es atacado por el censor, dadas las presuntas inconsistencias que presenta la certificación expedida y el contrato mismo, relativas al objeto contractual. Para ello se hará alusión a cada contenido; la certificación expone:

*“La firma TOOL SYSTEM SOLUTION LTDA. con Nit... ha realizado a satisfacción, con total compromiso, responsabilidad y cumplimiento cabal las funciones contraídas al contrato cuyo objeto fue la interventoría técnica, administrativa y financiera de los contratos de régimen subsidiado en salud en el municipio de RIONEGRO – SANTANDER...”*

Ahora, si bien el objeto del contrato fue identificado como *“Prestación de servicios de profesionales para el apoyo al proceso de seguimiento, control y elaboración de informes del régimen subsidiado”*, en nada desnaturaliza la esencia del contrato, pues tal y como se ha analizado en los contratos anteriores, el alcance del objeto tiene como eje central el seguimiento técnico, administrativo y financiero de los referidos contratos, por lo tanto este planteamiento no prospera.

#### ❖ Principios contractuales trasgredidos:

El promotor de la demanda argumenta la violación a los principios de transparencia y selección objetiva, bajo el ropaje de las anteriores irregularidades.

Considera el despacho que al acreditarse que los cargos empleados por el demandante para deprecar la nulidad del acta de adjudicación no pueden prosperar, es lógico que los principios que rigen la actividad contractual se mantuvieron incólumes durante toda la actuación precontractual.

406

Sobre el principio de transparencia, el Consejo de Estado ha señalado:

*"Encuentra consagración positiva en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal actualmente vigente; instituido por el legislador como uno de los más importantes pilares de la etapa precontractual, para la escogencia del contratista por parte de las entidades públicas. (...)*

*La transparencia no busca otra cosa que dotar de pulcritud y claridad a las actuaciones de la Administración, descartando así todas aquellas conductas que resultan opacas, ensombrecidas, clandestinas u ocultas y por tanto, ajenas al interés público y a los fines de la contratación de los entes estatales.*

*En materia de contratación pública, la principal aplicación del principio de transparencia tiene cabida en el área propia de la selección de los contratistas, en la cual se ubican los procedimientos administrativos que, en todos los casos, deben edificarse sobre las bases de: i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la Administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto; v) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración. (...)*

*Este principio determina la necesidad de que la actividad contractual se cumpla de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la selección objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa por parte tanto de los funcionarios como de los particulares interesados en la contratación.<sup>19</sup>*

*La obligatoria observancia del principio de transparencia - bueno es precisarlo-, en modo alguno podría considerarse exclusiva del procedimiento administrativo de la licitación o el concurso públicos, toda vez que el mismo también está llamado a irradiar sus efectos sobre cualquier actuación que se cumpla en orden a realizar la selección del contratista por parte de una entidad estatal, incluyendo, claro está, los casos autorizados para contratar de manera directa, de tal suerte que la violación de sus reglas, aún en estos eventos, viciará la validez del respectivo procedimiento de contratación y aun del contrato mismo"<sup>20</sup>.*

Por lo tanto, si partimos de la base que el principio de transparencia enmarca a grandes rasgos un actuar diligente, prístino y cristalino dentro de las diferentes etapas previas a la escogencia del contratista, los hechos relatados en la presente demanda en nada vulneraron el mismo, pues las actuaciones del órgano estatal como se ha desarrollado a lo largo de la presente providencia, fueron claras y precisas, siempre en beneficio de la preservación de este principio.

Paralelamente a lo anterior, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula el tema de la selección objetiva, allí se indica:

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo", 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 395.

<sup>20</sup> Sentencia del 29 de agosto de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

406

**“ARTÍCULO 5. De la selección objetiva.** 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.”

Cabe recordar que son elementos fundamentales del proceso de selección: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones. La libre concurrencia permite el acceso al proceso de selección de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a participar en procesos de selección de futuros contratistas.

Además, es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente.

La igualdad de los proponentes, presupuesto este fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración; por ende, al respetarse la igualdad de los oferentes en el evento de marras, y escogerse el proponente más idóneo para el cumplimiento del contrato para el despacho surge con meridiana claridad que se garantizó la selección objetiva.

Vistas así las cosas, no prosperan los cargos propuestos por la parte actora contra la Resolución No. 1475 del 12 de junio de 2017 y demás derivadas de esta, de manera que no queda más que concluir que la parte demandante incumplió la carga probatoria establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados, por lo que se procederá a negar las pretensiones de la demanda y declarar probada la excepción de *“legalidad del acto administrativo”* propuesta por la parte demandada.

## 6. OTRAS CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que el apoderado de Cosinte Ltda. no allegó constancia de la comunicación enviada a su representado donde informa la renuncia a su mandato tal y como lo exige el inciso 4º del artículo 76 del Código General del Proceso, y aunado a que no se allegó certificado de existencia y representación de la citada entidad, a efectos de acreditar la calidad de representante legal de quien otorga el poder visto a folio 389, el despacho tendrá por no presentada la renuncia del abogado Luis Alejandro Quintero Sáenz y tampoco reconocerá personería a la abogada Jennifer Adriana Meza Patacón.

## 7. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

407 ✓

El Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se condenará a la parte demandante al pago de costas cuya liquidación se realizará por la Secretaría de este Despacho.

Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Así, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el artículo 5 del mencionado Acuerdo, fijándose para los procesos declarativos en primera instancia con cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

Ahora bien, en concordancia con el artículo segundo del Acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión realizada por el apoderado, la cuantía del proceso y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se evidencia que los apoderados de los demandados contestaron la demanda, asistieron a las audiencias programadas y presentaron sus alegatos de conclusión. Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el 5% del valor de las pretensiones que fueron negadas, el cual será incluido en la liquidación de costas que realice la Secretaría del Despacho.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, SECCIÓN TERCERA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

### RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la parte demandante al pago de las costas, lo cual incluye los gastos procesales y las agencias en derecho las cuales se tasan en la suma de **\$8.810.301** correspondiéndole a cada uno de los demandados la suma de **\$4.405.150,5** de conformidad con la parte considerativa de la providencia.

**TERCERO:** Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**CUARTO:** Una vez ejecutoriado este fallo, previo al archivo del expediente, por Secretaría líquidense los gastos del proceso, en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Pasados dos años, sin que el interesado los haya reclamado la Secretaría declarará la prescripción de los mismos, a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.

**QUINTO:** Liquidados los gastos, **ARCHIVAR** el expediente.

**SEXO:** Tener por no presentada la renuncia del abogado Luis Alejandro Quintero Sáenz como apoderado de COSINTE Ltda. en razón a lo expuesto en las motivaciones que preceden.

**SÉPTIMO:** Abstenerse de reconocer como apoderada de COSINTE Ltda. a Jennifer Adriana Meza Patacón conforme las consideraciones de esta providencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**MARIA DEL TRÁNSITO HIGUERA GUÍO**  
Jueza