

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2015-01027-01 (61.142)
Demandante: JAHV MCGREGOR SA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES Y FONDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA

Síntesis del caso: la demanda se circunscribe a la discusión acerca de la legalidad y competencia de la entidad contratante de incorporar en el pliego de condiciones reglas para la acreditación de los requisitos habilitantes e indicadores financieros de los proponentes con la información de la sociedad matriz o controlante, situación que configura la nulidad del pliego de condiciones, y actos de apertura al proceso y adjudicación del contrato por el hecho crear reglas adicionales a las establecidas en la normatividad que rige la materia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección A que denegó las pretensiones de la demanda (fls. 391 a 400 vlto. cdno. ppal.), en los siguientes términos:

“PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, por las razones expuestas.

TERCERO: Se FIJAN* agencias en derecho en ***primera instancia a favor del MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, el FONDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES y SERTIC SAS en la suma de ***ONCE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL ESOS*** (sic) (\$11'350.000.00), para cada una de ellas, las cuales deberá pagar la parte actora, una vez quede ejecutoriada esta providencia.**

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo N° 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Expediente no. 25000-23-36-000-2015-01027-01 (61.142)

Actor: Jahv McGregor SA

Nulidad y restablecimiento del derecho

Apelación de sentencia

QUINTO: Por secretaría **DESE CUMPLIMIENTO** a lo ordenado en el **artículo 323 del C.G.P.** (fls. 400 vlto. *ibidem* – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 30 de abril de 2015 en la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad Jahv McGregor SA, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 7 a 25 cdno. no.

1) con las siguientes súplicas:

“PRIMERA: Declarar la nulidad parcial de la Resolución número 002359 del 28 de octubre de 2014 que ordenó la apertura, integración del comité asesor y evaluador del Concurso de Méritos FTIC-CM-08-14, y ordenó la publicación del Pliego de Condiciones Definitivo.

SEGUNDA: Declarar la nulidad de los numerales 6.1.1 acápite “ACREDITACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE LA MATRIZ PROPONENTE” párrafo 11 y siguientes, y 8.4 del Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos FTIC-CM-08-14, de LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES NACIÓN – FONTIC (ARTÍCULO 34 Ley 1341 de 2009), adscrita al MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, que crearon la figura del aval técnico y financiero para que los proponentes que no cumplieran directamente con las exigencias y/o requisitos de experiencia y de indicadores financieros, se presentaran con las condiciones de su Casa Matriz o Sociedad Controlante.

TERCERA: Declarar la nulidad de la Resolución número 002716 del 09 de diciembre de 2014, adoptado en audiencia pública mediante la cual LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES NACIÓN – FONTIC (ARTÍCULO 34 Ley 1341 de 2009), adscrita al MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, adjudicó el concurso de méritos FTIC-CM-08-14 a la firma SERTIC SAS.

CUARTA: Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES NACIÓN – FONTIC (ARTÍCULO 34 Ley 1341 de 2009), adscrita al MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, a pagar a JAHV MCGREGOR SA, la suma de quinientos sesenta y siete millones novecientos setenta y dos mil trescientos noventa y cinco pesos (\$567.972.395), a título de restablecimiento del derecho, como utilidad incluida en su propuesta económica y esperada, por concepto de daño en

la pérdida de la oportunidad.” (fl. 8 cdno. no. 1).

2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) Con la Resolución no. 002359 de 28 de octubre de 2014, el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fontic) del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic) dio apertura al proceso de selección en la modalidad de concurso de méritos no. FTIC-CM-08-14 con el objeto de *“brindar asesoría técnica a la Subdirección de Vigilancia y Control de las obligaciones a que se encuentren sujetos los proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) del sector TIC NO MÓVIL, en todo el territorio nacional (...)”* (fl. 9 cdno. no. 1).

2) En los numerales 6.1.1 y 8.4 páginas 30 y 31 del pliego de condiciones, se creó la figura del aval técnico y financiero para que los proponentes que no cumplieran directamente con las exigencias y requisitos de experiencia e indicadores financieros y, en su lugar, se presentaran con las condiciones de experiencia e indicadores financieros de su casa matriz o sociedad controlante.

3) El acto administrativo mediante el cual se dio la apertura al proceso de selección de concurso de méritos es nulo por ser contrario al artículo 150 de la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el artículo 9 del Decreto 1510.

4) La adjudicación efectuada por Fontic a la firma Sertic SAS fue irregular, por cuanto la acreditación de experiencia la presentó con la de su sociedad controlante, Redcom Ltda.

5) La experiencia de Jhav McGregor cumplía con los requisitos exigidos pero no fue habilitada técnicamente y, como consecuencia de ello su propuesta fue rechazada en forma arbitraria e ilegal.

3. Fundamento de la demanda

En el texto de la demanda la actora presentó como fundamentos de derecho y concepto de violación normativa, en resumen, lo siguiente:

Las Resoluciones números 002359 de 28 de octubre de 2014 y 002716 de 9 de diciembre de 2014, así como el pliego de condiciones del concurso de méritos no. FTIC-CM-08-14, todos fueron proferidos por Fontic con falsa motivación por el hecho de desconocer lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, el artículo 9 numeral 2, el literal e del Decreto 1510 de 2013, pues, permitió a los oferentes la acreditación de experiencia e indicadores financieros con la experiencia de sus empresas matrices o sociedades controlantes sin límite temporal alguno.

3. Posición de la parte demandada

A través de escrito radicado el 18 de noviembre de 2015 contestó la demanda con oposición a las pretensiones, formuló excepciones y solicitó que fueran negadas (fls. 73 a 135 cdno. no. 1), con los siguientes argumentos:

1) Contrario a lo sostenido por el actor en el escrito de la demanda, Fontic con la expedición del pliego de condiciones para el concurso de méritos no. FTIC-CM-08-14 no estableció unas condiciones generales de contratación, sino las reglas para la contratación de ese proceso de contratación, sin que con ello se configurara una extralimitación en las competencias y funciones del Fontic.

2) Adicionalmente, las reglas previstas para el proceso de selección no se presentaron para un proponente en particular sino para todos los interesados en participar en el proceso, en condiciones de igualdad.

3) El actor confunde los documentos que el respectivo interesado en obtener el RUP debe presentar, con los requisitos para acreditación de la experiencia e indicadores financieros que planteó el Fontic en el concurso de méritos al que se refieren los hechos de la demanda.

4) Propuso como excepciones las siguientes:

a) *“Ineptitud de la demanda”*, ya que la demanda carece de juramento estimatorio y no incluyó la pretensión de nulidad del contrato estatal suscrito con el adjudicado.

b) *“No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”*, toda vez que el actor no incluyó como integrante de la parte demandada a la sociedad Sertic SAS adjudicataria del concurso de méritos objeto de debate.

c) *“Falta de legitimación en la causa por activa”*, pues, Jahv McGregor no ha acreditado que su propuesta era la más conveniente para la necesidad de Fontic, aspecto indispensable para concurrir al escenario judicial en contra del acto administrativo de adjudicación.

d) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, dado que se pasó por alto que Fontic cuenta con personería jurídica y por ende debió haberse demandado directamente y no a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

4. Vinculación del litisconsorte necesario

Por auto de 14 de octubre de 2016 se vinculó en calidad de litisconsorte necesario a la sociedad Sertic SAS (fls. 227 a 230 cdno. no. 1).

Sertic SAS mediante escrito radicado el 31 de enero de 2017 intervino en el proceso, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, formuló excepciones y solicitó que fueran negadas (fls. 258 a 282 cdno. no. 1), con los siguientes argumentos:

1) Los requisitos para la habilitación técnica y financiera de los proponentes, así como las condiciones establecidas en el pliego de condiciones fueron emitidas en cumplimiento de la normatividad vigente en materia de contratación estatal.

2) El actor no probó que su propuesta debía ser habilitada para la correspondiente evaluación y, adicionalmente, que era la mejor, requisitos estos básicos para la

prosperidad de los pedimentos de la demanda.

3) La adjudicación que efectuó Fontic estuvo ajustada a derecho, a la aplicación de los principios de la contratación estatal, en el entendimiento de haber adjudicado el concurso de méritos al oferente que obtuvo el mayor puntaje, que acreditó la totalidad de los requisitos habilitantes y obtuvo la mejor calificación entre los demás participantes.

4) Propuso como excepción *“la genérica”*, en virtud de la cual el juez puede declarar las excepciones que encuentre probadas.

5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A en providencia de 30 de noviembre de 2017 (fls. 391 a 400 vlto. cdno. ppal.) denegó las pretensiones de la demanda, con base en el siguiente razonamiento:

1) Del contenido de la demanda se establece que no se controvierte el acto de apertura ni la forma en que fue expedido, sino el hecho en virtud del cual en él se ordenó la publicación del pliego de condiciones definitivo.

2) Los argumentos de la demanda se centran en la aparente extralimitación de las funciones el Fontic por el hecho de permitir que los requisitos de experiencia e índices financieros los podían acreditar los oferentes a través de sus casas matrices o subsidiarias.

3) La contratación adelantada por el Fontic era de alta complejidad técnica, por lo que limitar la participación de oferentes conllevaría a declararla desierta por falta de cumplimiento de los requisitos habilitantes, en ese entendido, permitir que los requisitos habilitantes los pudieran cumplir a través de la casa matriz o subordinada amplió la pluralidad de oferentes.

4) La sociedad demandante sí presentó observaciones al prepliego pero no precisamente en oposición a establecido para la acreditación de los requisitos

habilitantes e indicadores financieros, solo hasta el momento de la adjudicación se interesó en la objeto de la presente controversia judicial.

5) A juicio del actor, su propuesta cumplía con los requisitos exigidos, a pesar de que el comité evaluador no la habilitó técnicamente; sin embargo, el actor demostró que la experiencia acreditada era en administración y desarrollo de la infraestructura informática y no en operación, diseños e instalación o gestión de redes de telecomunicaciones; además la certificación hace referencia al ingreso del señor Jairo Andrés Londoño como docente, pero no indicó nada en relación con el cargo de Jefe de Sección, razones por las cuales se tiene por no acreditada la experiencia técnica requerida.

6) De otra parte, en cuanto al cumplimiento del requisito habilitantes de experiencia, se tiene que el contrato aportado al proceso de selección suscrito con la ETB no tiene dentro de las obligaciones asumidas por Jahv McGregor la planeación, asesoría, diseño, operación o implementación de procesos, es decir, no se acredita experiencia en el marco de telecomunicaciones, máxime si se tiene en cuenta que al expediente no fue aportada la certificación del contrato con la que se pudiera establecer si se suscribió el contrato en los últimos 10 años.

7) Por último, en cuanto a la nulidad de la resolución de adjudicación del proceso de selección, no se encontró acreditada la falsa motivación argumentada por la sociedad actora, así como tampoco que la oferta presentada por Jahv McGregor hubiera sido la mejor, por lo cual no se analizan las pretensiones de perjuicios.

6. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 409 a 428 cdno. ppal.) el cual fue concedido por el *a quo* mediante auto de 13 de febrero de 2018 (fls. 443 a 444 vlto. *ibidem*), impugnación que fue sustentada en los siguientes términos:

1) Contrario a lo manifestado por el tribunal de primera instancia, la objeción sobre las reglas para la acreditación de los requisitos habilitantes establecidas en el pliego de condiciones del proceso de selección en la modalidad de concurso de méritos

no. FIT-CM-08-14, se centra en el desconocimiento del literal e) del numeral 2 del artículo 9 del Decreto 1510 de 2013.

2) De otra parte, no es correcta la denominación que el *a quo* hace al proceso de selección como de alta complejidad técnica, sin que en modo alguno ello guarde relación con los principios de la contratación estatal.

3) Con el dictamen pericial aportado con la demanda se acreditó la experiencia del demandante, aspecto este que no fue valorado en debida forma por parte del tribunal de primera instancia, así como tampoco los testimonios rendidos para acreditar la validez y pertinencia de la experiencia aportada.

6. Actuación surtida en segunda instancia

1) Por auto de 4 de mayo de 2018 se admitió el recurso de apelación (fl. 449 cdno. ppal.).

2) Posteriormente, el 18 de julio de 2018 (fls. 452 y vlto. cdno. ppal.) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días y, vencido este, por el mismo lapso correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

3) En dicho término las partes presentaron sus escritos de alegatos de conclusión (fls. 457 a 472 y 473 a 503 *ibidem*); el Ministerio Público guardó silencio (fl. 504 cdno. ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones y, 4) condena en costas y agencias en derecho.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El centro de la controversia planteada radica en la discusión sobre la legalidad y competencia de la entidad contratante de incorporar en el pliego de condiciones reglas para la acreditación de los requisitos habilitantes e indicadores financieros de los proponentes con la información de la sociedad matriz o controlante, situación que configura la nulidad del pliego de condiciones y de los actos de apertura al proceso y adjudicación del contrato por el hecho crear reglas adicionales a los establecidas en la normatividad que rige la materia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A denegó las pretensiones de la demanda por considerar que las reglas incorporadas al pliego de condiciones no extralimitaron las facultadas y competencias con las que contaba la entidad contratante, así como tampoco se acreditó que la oferta presentada por Jahv McGregor fuese la mejor y que debía ser adjudicataria del proceso.

En el presente asunto, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia sobre la base de insistir en la nulidad del pliego de condiciones, el acto de apertura y la adjudicación del proceso de selección, por el hecho de la incorporación ilegal de reglas para la acreditación de los requisitos habilitantes e indicadores financieros de las sociedades matriz o controlantes, las cuales resultan contrarias a la norma que rige la materia, así como en la objeción del análisis efectuado al dictamen pericial y testimonios rendidos en primera instancia, con los cuales, a su juicio, se acredita la experiencia del demandante en el proceso.

La sentencia apelada será confirmada por las razones que se exponen a continuación.

2. Análisis de la impugnación

2.1 Hechos probados

Examinadas las pruebas allegadas al proceso se tiene acreditado lo siguiente:

1) En el mes de octubre de 2014, el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones emitió el pliego de condiciones para el concurso de méritos abierto número FTIC-CM-08-14 (fls. 246 a 312 vlto. cdno. no. 6) con el objeto de “[b]rindar asesoría técnica a la Subdirección de Vigilancia y Control de Comunicaciones, en el ejercicio de la vigilancia y el control de las obligaciones a que se encuentren sujetos los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) del sector TIC NO MÓVIL, en todo el territorio nacional, de conformidad con el modelo de vigilancia y control establecido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (fl. 246 *ibidem*).

2) En el acápite 6 de los requisitos habilitantes, específicamente en el numeral 6.1.1, párrafo titulado acreditación de requisitos habilitantes de la matriz proponente, el pliego de condiciones señala lo siguiente:

“ACREDITACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE LA MATRIZ PROPONENTE

El proponente y/o los Miembros de un Proponente Plural podrán acreditar los Requisitos Habilitantes a que se refiere el numeral 5.1 a través de su sociedad matriz, cuando las condiciones exigidas en el citado numeral sean ostentadas por la Matriz del Proponente o de un miembro del Proponente Plural, según sea el caso.

Para estos efectos se considerará matriz aquella que controla directamente a otra y se entenderá que existe tal control cuando la compañía reputada como matriz sea directamente titular de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas del capital social del Proponente o del Miembro del Proponente Plural respectivo (la Matriz”).

*Si el Proponente o los miembros del Proponente **acreditan los Requisitos Habilitantes de su matriz**, la situación de control se verificará:*

- i. Con el certificado de existencia y representación legal del Proponente si fuere colombiano y RUP o;*
- ii. Si el Proponente es extranjero: (...)*

El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONDO TIC) se reserva el derecho a validar, a su entera discreción, la existencia de la relación entre uno cualquiera de los Proponentes y/o Miembros del Proponente y la compañía que acredita la experiencia (Matriz) para lo cual, además, el respectivo Proponente deberá estar dispuesto a presentar las certificaciones y documentos de existencia y representación legal, debidamente legalizados, que se requieran para acreditar la respectiva relación, como parte del proceso de verificación de Propuestas, así como cualquier aclaración adicional que sea solicitada por el FONDO TIC.

Siempre que alguno de los Requisitos Habilitantes a los que se refiere el numeral 5.1 anterior sea acreditado por la Matriz del Proponente o de un Miembro del Proponente, la respectiva Matriz deberá otorgar el Aval Técnico y/o Aval Financiero, el cual debe ser allegado a la respectiva Propuesta.

Será Aval Técnico y/o Aval Financiero el documento que deberá allegarse a la Propuesta, expedido por la respectiva Matriz del Proponente o Miembro del Proponente, cuyas condiciones se hayan acreditado como uno de los Requisitos Habilitantes, mediante el cual la Matriz declare que:

- i. Se obliga a darle al Proponente o al respectivo miembro del Proponente en Consorcio o Unión Temporal, durante la vigencia del Contrato de Consultoría, el acceso al conocimiento, “know-how” técnico, experticia y recursos humanos de dicha compañía, así como el soporte que ésta requiera.*
- ii. Se obliga a suplir y resarcir cualquier incumplimiento del respectivo Proponente o miembro del Proponente en Consorcio o Unión Temporal en el Contrato de Consultoría, en los términos previstos en el Contrato de Consultoría.*
- iii. Se obliga asumir las multas derivadas de los incumplimientos del Proponente o Miembro del Plural.*

En el documento expedido por la respectiva Matriz del Proponente o Miembro del Proponente, se debe especificar el (los) requisitos(s) habilitante(s) que serán acreditados por la Matriz.

La falta de Aval Técnico y/o Aval Financiero en el evento en que se requiera de acuerdo con estos Estudios Previos o cualquier salvedad, condicionamiento o modificación a los términos que de ellos se predicen en estos Estudios Previos acarrearán que se considere que el respectivo Requisito Habilitante acreditado a través de una Matriz del Proponente o Miembro del Proponente Plural, no ha sido cumplido” (fls. 260 vlto. y 261 cdno. no. 6 - mayúsculas y negrillas sostenidas del original – negrillas adicionales).

3) El 28 de octubre de 2014, con la Resolución no. 002359 el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fontic) ordenó la apertura e integración del “comité asesor y evaluador del proceso del concurso de méritos no. FTIC-CM-08-2014” (fls. 313 a 315 vlto. *ibidem*), acto administrativo en cuyo artículo tercero dispuso la publicación del pliego de condiciones, así:

“(…)

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar la publicación de la presente Resolución y del pliego de condiciones definitivo en el – SECOP- Portal de Contratación: www.contratos.gov.co (…)” (fl.318 cdno. no. 6 – negrillas del original).

4) El proceso de evaluación de las propuestas presentadas determinó que la sociedad actora, en calidad de oferente, estaba inhabilitada por la experiencia

habilitante, por cuanto no cumplió con el equipo mínimo de Analista de Redes de Comunicaciones “[e]l profesional presentado en el rol de ANALISTA DE REDES DE TELECOMUNICACIONES no cumple con la experiencia mínima requerida de conformidad con lo establecido en el Anexo 9B del pliego definitivo de condiciones” (fl. 451 *ibidem*) y, en la verificación de los requisitos jurídicos tampoco resultó habilitado por cuanto “la póliza no cumple con todos los requisitos señalados en el numeral 12.2.2 ‘Contrato de Seguros’ del Pliego de Condiciones Definitivo” (fl. 487 cndo. no. 6).

5) El 9 de diciembre de 2014 con la Resolución no. 002716 Fontic adjudicó el concurso de méritos no. FTIC-CM-08-2014 a la sociedad Sertic SAS (fls. 859 a 861 cdno. no. 8).

2.2 El caso concreto

A continuación procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en el sentido de señalar, de una parte, que los numerales 6.1.1 párrafo 11 y 8.4 del pliego de condiciones, las Resoluciones números 002359 de 28 de octubre y 002716 de 9 de diciembre, ambas proferidas en el año 2014 por el Fontic, deben ser declarados nulos, por cuanto en ellos se creó una figura de aval técnico y financiero para que los proponentes pudieran acreditar los requisitos habilitantes e indicadores financieros con la sociedad matriz o controlante en contravía de lo dispuesto en el artículo 9, numeral 2, literal e) del Decreto 1510 de 2013 y, de otra, que con el dictamen pericial aportado con la demanda y los testimonios practicados se acreditó la experiencia aportada al proceso de selección.

1) De acuerdo con el escrito contentivo de la demanda, la sociedad actora centró el concepto de violación contra los numerales 6.1.1 párrafo 11 y 8.4 del pliego de condiciones y las Resoluciones números 002359 de 28 de octubre y 002716 de 9 de diciembre, ambas proferidas en el año 2014 por el Fontic, en el desconocimiento del literal e), numeral 2 del artículo 9 del Decreto 1510 de 2013, por motivo de que dicha “norma fue interpretada y aplicada equivocadamente por la Entidad Demandada, ya que desbordó el contenido de acreditación de la experiencia por parte de los socios de una naciente sociedad que no supere los tres (3) años de

existencia social, y la aceptó e incluyó en los Pliegos de condiciones – numerales 8.4 y 6.1.1 acápite ‘ACREDITACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE LA MATRIZ PROPONENTE’ párrafo 11 y siguientes” (fl. 15 cdno. no. 1 – mayúsculas sostenidas del original).

El texto de la norma en comento es del siguiente tenor:

“Artículo 9. Información para inscripción, renovación o actualización.

El interesado debe presentar a cualquier Cámara de Comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La Cámara de Comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

(...)

2. Si es una persona jurídica:

e) Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasi-ficador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes; (...).” (negritas sostenidas del original).

2) Al respecto, advierte la Sala que la norma indicada como vulnerada con la expedición de los actos administrativos acusados de ilegalidad en el presente asunto no impone, en modo alguno a la entidad contratante, el deber de ceñir el requisito de experiencia habilitante en el término de constitución de la empresa ya que, esta norma invocada por el actor se refiere a los requisitos que deben presentar los interesados en la inscripción, renovación o actualización del Registro Único de Proponentes (RUP).

3) El *a quo* negó las pretensiones de nulidad invocadas con la demanda, en la medida en que la *“necesidad requerida por la Entidad se caracteriza por una complejidad y especificidad que puede llegar a limitar de manera significativa, que los proponentes puedan cumplir con las condiciones y la experiencia que requiere la Administración”* (fl. 396 cdno. ppal.), calificación que se extrae del documento de estudios previos, en el que la dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic) sustentó la necesidad para la contratación de la consultoría que *“desarrollará tareas de alta complejidad técnica derivadas de las actividades de campo que en el marco de las obligaciones contractuales debe ejecutar, la labor de control y vigilancia atribuida a este Ministerio (...)”* (fl. 2 cdno. no. 5).

4) En la misma línea en que desató la controversia el tribunal de primera instancia, la Sala encuentra que el hecho de permitir la verificación de experiencia habilitante e indicadores financieros con la sociedad matriz o controlante no implica una limitación a la participación de oferentes, pues, precisamente se otorgan alternativas para que mayor cantidad de empresas puedan acceder al proceso.

5) Contrario a lo sostenido por la sociedad actora, incluso el legislador en norma posterior a la de suscripción del negocio jurídico que nos atañe, en relación con el deber de toda persona natural o jurídica interesada en participar en un proceso de selección de realizar la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP), para lograr la verificación de las condiciones exigidas por la entidad contratante admite que *“solo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa”*¹.

6) En ese sentido, si bien la norma invocada como violada con la expedición de los actos administrativos demandados hace alusión a la temporalidad máxima de constitución que requieren las personas jurídicas para validar la experiencia de sus socios en el RUP, lo cierto es que ello no implica que en todos los procesos de contratación las entidades estatales deban ceñirse a esa temporalidad y exigencias, pues, tal directriz para la habilitación de experiencia *“debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”*²³.

¹ Inciso tercero del numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

² (numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007).

³ Al respecto, Colombia Compra Eficiente en el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación M-DVRHPC-05 señaló en la página 5 que: *“[l]as Entidades Estatales deben establecer los requisitos habilitantes de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato. Es muy importante comprender el alcance de la expresión adecuada y proporcional que busca que haya una relación entre el contrato y la experiencia del proponente y su capacidad jurídica, financiera y organizacional. Es decir, los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo, forma de pago y el Riesgo asociado al Proceso de Contratación”*. Tomado de [“https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf”](https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf).

7) En ese contexto, para la Sala es claro que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic), a través del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fontic), con la expedición del pliego de condiciones, numerales 6.1.1 párrafo 11 y 8.4 y de las Resoluciones números 002359 de 28 de octubre y 002716 de 9 de diciembre, ambas proferidas en el año 2014, no infringió el literal e) del numeral 2 del artículo 9 del Decreto 1510 de 2013, debido a que dicha normatividad hace referencia a los requisitos temporales que deben cumplir los interesados en la inscripción o renovación del Registro Único de Proponentes (RUP), aspecto que no impone un deber a las entidades contratantes para la verificación de la habilitación de experiencia en los procesos de contratación.

Por lo anterior, este cargo de apelación no tiene vocación de prosperidad.

8) En cuanto al segundo problema jurídico planteado con el recurso de apelación, en torno a determinar si con el dictamen pericial aportado con la demanda y testimonios practicados se acreditó la experiencia aportada al referido proceso de selección, procede la Sala hacer las siguientes consideraciones:

a) Esta Corporación en un caso similar al presente, en relación con las exigencias requeridas para la prosperidad de las pretensiones de nulidad de un acto de adjudicación señaló lo siguiente:

“(...) El Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con el acto de adjudicación del contrato depende del cumplimiento de una doble carga probatoria.

De una parte, se exige (i) demostrar que el acto efectivamente lesionó el ordenamiento jurídico, es decir, la ocurrencia de la causal de nulidad que afectó el acto de adjudicación y, de otra, (ii) probar que la propuesta del demandante ha debido ser objeto de la adjudicación del contrato, es decir, que es imperativo acreditar que de acuerdo con la ley y las reglas de la convocatoria -ajustadas a la ley-, el demandante presentó la propuesta mejor calificada y por tanto tiene el derecho a ser reparado por el razón del “despojo ilegal de la adjudicación del contrato, en la medida en que la celebración del mismo le habría reportado una utilidad”⁴.

También es abundante la jurisprudencia que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, advierte que la referida carga probatoria corresponde al demandante en relación

⁴ Nota de la cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de febrero de 2016, radicación 25000-23-26-000-2003-00959 01, actor: Consorcio Alsacia 2003, demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

con los supuestos de hecho que alega, lo cual significa que a través de los medios de prueba que estén a su alcance debe llevar al juez a la convicción de que el acto de adjudicación es violatorio de la ley o del pliego de condiciones y que su propuesta era la mejor, demostrando la debida aplicación de las reglas de selección del respectivo procedimiento de contratación.

Aunque en algunas providencias se exigió la presentación integral de todas las propuestas que participaron en el procedimiento de contratación, en orden a evidenciar la evaluación y calificación, “lo cierto es que no existe una tarifa probatoria y que puede ser suficiente aportar los informes de evaluación y calificación emitidos en el procedimiento de contratación si con base en ellos se logra demostrar la calificación de todos los proponentes y soportar que el primer lugar correspondía a la propuesta del demandante”⁵ (negrillas adicionales)⁶.

b) Al proceso fueron aportadas las ofertas presentadas tanto por la sociedad actora, como por la sociedad adjudicataria del proceso de selección en la modalidad de concurso de méritos abierto FTIC-CM-08-14 (pruebas documentales aportadas en medio digital a través de disco compacto como anexo a la demanda).

c) Advierte la Sala que la sociedad actora sostuvo en la demanda que la decisión de inhabilitar su propuesta no se ajustó a derecho, particularmente en dos (2) puntos concretos, a saber:

- i) Acreditación del personal mínimo requerido, en cuanto al analista de las redes de telecomunicaciones, ya que la certificación de la Universidad Nacional sede Palmira no cumplía con lo establecido en temporalidad y experiencia específica.
- ii) Acreditación de experiencia específica soportada con el contrato de colaboración empresarial suscrito con la ETB, dado que dentro de las obligaciones asumidas no se incluyó la planeación, asesoría, diseño, operación, implementación de gestión de procesos o control a la gestión de procesos.

d) En oposición a la decisión adoptada por el *a quo*, la sociedad actora sostiene que no se analizó en debida forma el acervo probatorio que compone el expediente,

⁵ *Ibidem*.

⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 3 de abril de 2020 con radicación no. 61.847, MP Martha Nubia Velásquez Rico.

específicamente en relación con el dictamen pericial aportado y a los testimonios practicados.

En este preciso punto de análisis, advierte la Sala que, contrario a lo sostenido por la sociedad actora, el tribunal de primera instancia sí analizó el dictamen pericial, al punto que en atención a lo concluido por el perito experto se sustrajo del análisis la acreditación de la experiencia con el contrato suscrito con la ETB por motivo de la falta de pronunciamiento sobre el mismo en el dictamen.

Y, en relación con las conclusiones arrojadas sobre la verificación de la certificación de la Universidad Nacional para tener por cumplido el personal mínimo requerido en el cargo de analista de redes de telecomunicaciones, el *a quo* sostuvo que la certificación *“no cumple con los requisitos que permitan darle validez a la experiencia allí contenida; lo que observa la Sala es que la certificación en ningún momento indica el plazo o las fechas durante las cuales el señor Jairo Andrés Londoño ha estado como titular del cargo de Jefe de Sección, únicamente se limita a indicar que aquel ingreso como docente desde el 01 de octubre de 2003”* (fl. 398 cdno. ppal.).

Llama la atención de la Sala que la sociedad actora en modo alguno acreditó que el orden de elegibilidad del proceso de selección fuera diferente, prueba idónea para establecer precisamente que su propuesta debía ser la adjudicataria.

ii) En el siguiente punto de debate propuesto en el recurso de apelación, la sociedad actora extraña el análisis requerido sobre los testimonios practicados; sin embargo, se advierte que el tribunal de primera instancia si hizo un análisis detallado sobre cada testimonio, pero, se centró en el examen que procedía sobre los documentos contentivos de la certificación y el contrato, en los términos en que así lo requirió el pliego de condiciones del proceso de selección, decisión que la Sala acompaña íntegramente.

Así las cosas, como no hay elemento diferente o adicional que no se haya dejado de absolver por el tribunal de primera instancia, la Sala no encuentra fundamento alguno para dar curso a la prosperidad del recurso de apelación.

Por consiguiente, la Sala encuentra que la decisión de negar las súplicas de la demanda adoptada por el *a quo* es acertada y por ello debe ser confirmada.

3. Conclusiones

1) Para la Sala es claro que la demanda se circunscribió en la discusión acerca de la legalidad y competencia de la entidad contratante de incorporar en el pliego de condiciones reglas para la acreditación de los requisitos habilitantes e indicadores financieros de los proponentes con la información de la sociedad matriz o controlante, situación que configura la nulidad de los actos administrativos de apertura al proceso y adjudicación del contrato por el hecho crear reglas adicionales a las establecidas en la normatividad que rige la materia.

2) De lo acreditado en el expediente se tiene que la inclusión de las reglas para la acreditación de los requisitos habilitantes de experiencia e indicadores financieros, a través de la experiencia de la sociedad matriz o controlante, no vulnera, ni desconoce ni mal interpreta el literal e) del numeral 2 del artículo 9 del Decreto 1510 de 2013, razón por la cual los actos administrativos demandados mantienen su presunción de legalidad.

3) En cuanto se refiere a la acreditación de la experiencia de la sociedad actora y cumplimiento del equipo mínimo requerido con el analista de redes de telecomunicaciones, la Sala advierte que analizadas las pruebas que conforman el expediente, se tiene claro que la decisión adoptada por la entidad demandada se ajustó a derecho, y en particular, no quebranto las normas que en tal sentido se invocaron como infringidas.

4) En consonancia con lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia apelada en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda.

4. Condena en costas y agencias en derecho

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 salvo, que se ventile un interés público⁷ la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, a su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso consagra que se condenará en costas “a la parte vencida”.

Para el presente caso la parte vencida es el actor, sociedad Jahv McGregor SA, por lo que en cuanto se refiere a los gastos del proceso estos serán liquidados por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de manera concentrada, según el artículo 366 del Código General del Proceso⁸.

Sobre las agencias en derecho, se tiene que para la fecha de la presentación de la demanda se hallaba vigente el artículo 6 numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de este modo, la Sala considera razonable tasar las agencias en derecho en VEINTE MILLONES VEINTIÚN MIL VEINTISÉIS PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$20.021.026,9)⁹, suma que deberá ser pagada por la sociedad Jahv McGregor SA.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁷ Al respecto consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de octubre de 2021, expediente no. 11001-03-26-000-2019-00011-00 (63.217), MP Fredy Ibarra Martínez.

⁸ El artículo 366 del Código General del Proceso prevé: “Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...)”.

⁹ Para la tasación de ese monto, se procedió a la actualización de las pretensiones de la demanda a la fecha de la presente providencia, cálculo que arrojó la cantidad de \$800.841.077, de ese valor se extrajo el 0,25% conforme a las reglas del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y que arrojó la suma de \$20.021.026,9.

Expediente no. 25000-23-36-000-2015-01027-01 (61.142)

Actor: Jahv McGregor SA

Nulidad y restablecimiento del derecho

Apelación de sentencia

F A L L A:

1º) Confírmase la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A del 30 de noviembre de 2017.

2º) Condénase en costas a la parte demandante las cuales deberán liquidarse por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de manera concentrada en caso de haberse causado.

3º) Fíjanse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a VEINTE MILLONES VEINTIÚN MIL VEINTISÉIS PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$20.021.026,9), suma que deberá ser pagada por la sociedad Jahv McGregor SA.

4º) Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las correspondientes constancias secretariales.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección
(firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sala de decisión en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.