



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: **MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)

Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros

Demandado: DIAN y otros

Acción: Controversias contractuales

Tema: Nulidad del acto administrativo de adjudicación y nulidad absoluta del contrato. Consecuencias por presentar la demanda pasados 30 días a partir de la notificación de la adjudicación y antes de la celebración del contrato. Rechazo injustificado de la propuesta presentada por la demandante, tercera con interés directo. Importancia del pliego de condiciones, el cual debe contener reglas claras, precisas y completas. Diferencia entre requisitos habilitantes o de verificación y los de calificación de las ofertas. Oportunidad para subsanar la propuesta en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 23 de octubre de 2013, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A. SÍNTESIS DEL CASO

Mediante la Resolución No. 010217 del 22 de septiembre de 2009, el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales adjudicó la Licitación Pública No. 001 de 2009 a la Unión Temporal VSR-DIAN 2009. La propuesta presentada por la Unión Temporal S Y C, demandante en el presente asunto, fue rechazada en la audiencia de adjudicación por no cumplir con un requisito habilitante previsto en el pliego. La actora subsanó su oferta aportando en otro día de la misma audiencia el documento que daba alcance a dicho requisito, pero la entidad pública no lo tuvo en cuenta.

B. ANTECEDENTES



I. Demanda

1.1. Pretensiones

1. El 25 de febrero de 2011 (fl. 44 vto. c. ppal., 1ª instancia), la Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. -COSERVICREA LTDA.-, Compañía de Seguridad del Quindío Ltda. -COSEQUÍN LTDA.-, Vigilancia Santaferaña y Cía Ltda. y Seguridad El Pentágono Colombiano Ltda. -SEPECOL LTDA.-, integrantes de la Unión Temporal S y C, presentaron demanda en ejercicio de la acción contractual contra la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante la DIAN, y la Unión Temporal VSR-DIAN 2009, integrada por las sociedades Vigías de Colombia SRL Ltda., Servisión de Colombia y Cía. Ltda. y Risk & Solutions Group Ltda., con el objeto de que se accediera a las siguientes pretensiones (fls. 5-7, c. ppal., 1ª instancia):

DECLARACIONES Y CONDENAS

Primera. Declarar la nulidad de la Resolución No. 010217 de fecha 22 de septiembre de 2009, expedida por el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. 001 de 2009 a la Unión Temporal VSR-DIAN 2009, integrada por Vigías de Colombia SRL Ltda. Servisión de Colombia y Cía Ltda. y Risk & Solutions Group Ltda., por no ser la mejor oferta conveniente para la entidad y sus fines, al no habersele adjudicado la licitación en referencia y el contrato de él derivado a la Unión Temporal S Y C, conformada por la Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. (COSERVICREA LTDA.), Compañía de Seguridad del Quindío Ltda. (COSEQUÍN LTDA.), Vigilancia Santaferaña y Cía Ltda. y Seguridad El Pentágono Colombiano Ltda. (SEPECOL LTDA.), no obstante ser la mejor propuesta.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios celebrado entre la Unidad de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unión Temporal VSR DIAN 2009, de fecha septiembre 30 de 2009, por un valor de ONCE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL CIENTO OCHENTA PESOS MCTE (\$11.519.914.180), derivado de la licitación pública No. 001 de 2009.

Tercera. Que a título de restablecimiento del derecho y reparación, se condene a los demandados de manera solidaria a reconocer y pagar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, en proporción a los porcentajes de su participación en la Unión Temporal S Y C, contemplados en el documento de constitución de fecha agosto 24 de 2009, al no habersele adjudicado la licitación pública No. 001 de 2009 y el contrato de él derivado, no obstante ser su propuesta la mejor, expresados en los siguientes numerales y literales:

1).- Reconocer y pagar la suma de \$1.103.998.300 a título de lucro cesante y/o utilidades dejadas de percibir, por haberse impedido celebrar y ejecutar el contrato derivado de la licitación pública No. 001 de 2009 y las adiciones que reciba el contrato, discriminadas de la siguiente manera:

a).- La suma de \$46.892.047 a título de lucro cesante y/o utilidades dejadas de percibir, equivalentes al 10% sobre el valor de la propuesta, en medios tecnológicos, para los ítems I, II, III, IV, V y VI, cuyo valor total es de \$468.920.474.



b).- *La suma de \$921.444.598 a título de lucro cesante y/o utilidades dejadas de percibir, equivalentes al 10% sobre el valor de la propuesta, en vigilancia con armas, para los ítems I, II, III, IV, V y VI, cuyo valor total es de \$9.214.440.598.*

c).- *La suma de \$135.662.193 a título de lucro cesante y/o utilidades dejadas de percibir, equivalentes al 8% sobre el valor de la propuesta, en vigilancia sin armas, para los ítems I, II, III, IV, V y VI, cuyo valor total es de \$1.695.777.415.*

d).- *Que en el caso de que sea adicionado el contrato que resulte de la licitación pública No. 001 de 2009, se haga extensivo la condena de la utilidad dejada de percibir y/o lucro cesante, respecto del valor adicionado.*

2).- *Reconocer y pagar la suma de \$13.012.585 por concepto de daño emergente, derivado de los dineros invertidos en la elaboración y presentación de la propuesta, dentro de la licitación pública No. 001 de 2009.*

3).- *Reconocer y pagar el equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los integrantes de la Unión Temporal S Y C, a título de daño moral.*

4).- *Reconocer y pagar los intereses moratorios legales civiles equivalentes al 12% anual respecto del valor histórico actualizado, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, a partir de la fecha en que se hubiera terminado el contrato derivado de la licitación pública, es decir, desde julio 31 de 2010, sobre las sumas de dinero reconocidas en la presente solicitud.*

Cuarta.- Que como consecuencia de las pretensiones anteriores, también se condene a los demandados a pagar a cada uno de los demandantes la correspondiente actualización monetaria que conlleve a reconocer a los demandantes, en forma plena, los respectivos montos y clase de perjuicios reconocidos en la sentencia, tomando en cuenta los índices de precios al consumidor, tal cual lo establece el artículo 178 del C.C.A.

Quinta.- Ordenar a los demandados el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Sexta.- Que se condene en costas a los demandados, incluyendo el pago de las agencias en derecho que se ocasione.

1.2. Hechos

2. En los hechos (fls. 8-27, c. ppal., 1ª instancia), la parte actora afirmó que el 21 de julio de 2009, mediante la Resolución No. 07530, la DIAN ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 001 de 2009 cuyo objeto fue “*contratar la prestación del servicio de vigilancia con armas y sin armas, con utilización de medios tecnológicos y servicio conexo de consultoría, asesoría e investigación, para todas las dependencias e inmuebles de la entidad a nivel nacional, de conformidad con las especificaciones, características y condiciones señaladas en el pliego de condiciones*”.

2.1. De conformidad con los numerales 1.3, 2.8, 6.1 y 6.2 del pliego de condiciones definitivo, en armonía con los numerales 1 y 10 de la adenda 01 de 2009, el objeto de la licitación se previó para seis regiones: Bogotá, Barranquilla, Medellín, Cali, Pereira y Bucaramanga.



2.2. En el numeral 4.2 del capítulo cuarto del pliego de condiciones se contempló como criterios de evaluación y calificación de las propuestas el apoyo a la industria nacional, aspectos técnicos relevantes para el servicio de vigilancia (personal con curso de actualización), experiencia del consultor de seguridad, del director del contrato y en vigilancia bajo la modalidad de escolta. También se tendría en cuenta el plazo de reposición de los bienes y las certificaciones de afiliación a la Red Nacional de Explosivos e Incendios de la Fiscalía General de la Nación y al Frente de Seguridad Empresarial. Por último, sería objeto de puntaje la oferta económica (precio).

2.3. En el numeral 3.2.6 del pliego de condiciones se exigió, dentro de la documentación relacionada con la clase y calidad de los servicios, *“copia o fotocopia legible de la resolución expedida por el Ministerio de Protección Social a nivel nacional, para laborar horas extras, la cual debe encontrarse vigente a la fecha de cierre de la presente licitación”* y, en caso de consorcio o unión temporal, este documento debía ser aportado por todos sus integrantes.

2.4. El presupuesto oficial estimado se estableció inicialmente en la suma de \$12.494.267.053 y posteriormente mediante adenda 001 del 24 de julio de 2009 se modificó por la cantidad de \$11.519.914.180. El valor del servicio de vigilancia con armas incluía un IVA del 1.6% y administración y supervisión del 10%. Para el servicio de vigilancia sin armas se incluyó un IVA del 1.6% y administración y supervisión del 8%.

2.5. El 24 de julio de 2009, la entidad demandada adelantó la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones en la que las sociedades Vigilancia Santafereña, COSEQUÍN LTDA. y SEPECOL LTDA., integrantes de la Unión Temporal S Y C, y la empresa Vigilancia Seguridad Superior Ltda., realizaron observaciones referidas a que la autorización de horas extras no la otorgaba el Ministerio de la Protección Social a nivel nacional sino territorial o para el domicilio principal donde se fuera a prestar el servicio.

2.6. El 26 de agosto de 2009, la DIAN respondió las observaciones en los siguientes términos:

El Ministerio de la Protección Social es uno solo a nivel nacional, independientemente de su desconcentración de funciones que tenga en las direcciones territoriales, es decir, que para efectos de la presente licitación es válida la certificación que expida el Ministerio tanto en el nivel central como en el nivel territorial.

2.7. El 27 de agosto de 2009 la entidad pública recibió seis propuestas, entre las que se encontraban la Unión Temporal demandante y la que resultó beneficiada con la adjudicación.



2.8. En el informe de verificación y evaluación de las ofertas del 1º de septiembre de 2009 fueron habilitados los seis proponentes y en la asignación de puntaje la Unión Temporal S Y C obtuvo el primer lugar en el orden de elegibilidad con 100 puntos y la Unión Temporal VSR DIAN 2009 obtuvo 91,08 puntos.

2.9. Una vez surtido el traslado del informe de evaluación, los proponentes elevaron varias observaciones, entre ellas, la Unión Temporal S Y C solicitó tener en cuenta para su experiencia los contratos UAE DIAN 026-065 y 070065 de 2006 en ejecución. También anotó que en la propuesta de la Unión Temporal VSR DIAN 2009 no se había aportado la póliza de responsabilidad civil, el listado de armas de INDUMIL, el reglamento de higiene de seguridad industrial y los estados financieros. Además, la resolución de autorización de horas extras aportada por el integrante RISK & SOLUTIONS era del año 2004, por lo que no estaba vigente para la fecha del cierre de la licitación. Por último, dicho proponente no cotizó los medios tecnológicos para el año 2010. Por estos motivos, esa oferta debía ser rechazada.

2.10. El 15 de septiembre de 2009, la entidad demandada inició la audiencia de adjudicación, la cual fue suspendida y luego reanudada el 17 y el 22 del mismo mes y año. Puso de presente que en el acta el comité evaluador dejó constancia de haber solicitado al Ministerio de la Protección Social aclarar la resolución que autorizaba laborar horas extras a la sociedad COSEQUÍN LTDA. y que dicha entidad había confirmado el permiso, pero solamente para la agencia o sucursal que funcionaba en la ciudad de Bogotá y no a nivel nacional, como se exigía en el pliego. Por esta razón, la oferta de la Unión Temporal S Y C fue rechazada.

2.11. En desarrollo de la audiencia de adjudicación, el comité evaluador recomendó adjudicar el contrato a la Unión Temporal VSR DIAN 2009 con fundamento en que fue la única que cumplió con los requisitos del pliego de condiciones. El Director General de la DIAN acogió la recomendación y expidió la Resolución No. 010217 del 22 de septiembre de 2009.

2.12. El 30 de septiembre de 2010, la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad ante la Procuraduría 146 Judicial II Administrativa y el 30 del mismo mes y año se expidió la certificación del trámite.

1.3. Normas violadas, concepto de la violación y cargos de ilegalidad

3. La parte actora alegó que el acto administrativo de adjudicación estaba viciado de nulidad por violación de la Constitución Política y la ley, por falsa motivación y desviación de poder.



3.1. Violación de la Constitución Política y la ley. En sentir de los demandantes, la decisión objeto de controversia desconoció los artículos 1, 2 a 6, 13 a 25, 90 a 123 y 209 de la Constitución Política, además de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, junto con el Decreto 2474 de 2008 y el pliego de condiciones. Alegó que se vulneró el derecho al trabajo y los principios de la función pública, pues la entidad impidió que la actora celebrara y ejecutara el contrato; el debido proceso, porque la demandada debió verificar directamente con el Ministerio de Protección Social el alcance de la autorización contenida en la Resolución No. 309 del 19 de octubre de 2007. Además, se infringió el numeral 3.2.6 del pliego y la respuesta que se dio a las observaciones presentadas en la audiencia de aclaraciones, en cuanto se interpretó mal la regla, pues no se exigía autorización para prestar el servicio de vigilancia en todo el territorio nacional, por lo que era válida *“la certificación expedida por el Ministerio de Protección Social, tanto a nivel central como territorial”*.

3.2. Falsa motivación. El contrato se adjudicó a quien no cumplió con los requisitos del pliego de condiciones y tampoco presentó la mejor oferta. Evidenció que dos de los integrantes de la Unión Temporal VSR DIAN 2009 no cumplieron con las reglas del proceso de selección, pues i) la sociedad Servisión de Colombia & Cía Ltda. no contaba con la autorización para laborar horas extras a la fecha del cierre de la licitación, *“al no estar ejecutoriada la Resolución No. 002369 del 27 de agosto de 2009 de la Dirección Regional de Cundinamarca del Ministerio de Protección Social”* y ii) la empresa RISK & SOLUTIONS tampoco cumplió con el mencionado requisito, *“por tener vencida su fecha de vigencia de tres años. Sumado a lo anterior, no diligenció en debida forma el formato 4 de la propuesta económica sobre los costos de medios tecnológicos, pues solamente cotizó precios para el año 2009”*.

3.3. Adujo que la sociedad COSEQUÍN LTDA. cumplía con las exigencias del pliego, en la medida en que la constancia del 9 de septiembre de 2009, expedida por la Dirección Territorial del Quindío del Ministerio de Protección Social, aclaró y dio alcance a la Resolución No. 309 del 19 de octubre de 2007 en el sentido de señalar que tenía una cobertura a nivel nacional, en los lugares donde la empresa prestara su servicio de vigilancia, situación que desconoció la entidad demandada, fundada en que dicha constancia no podía modificar el contenido de un acto administrativo. Además, sostuvo que dicho requisito no era factor de escogencia, al punto que no otorgaba puntaje y la entidad tampoco lo requirió como era su deber.

3.4. Desviación de poder. La parte actora reprochó la actuación de la entidad pública, pues inicialmente habilitó a los seis proponentes y luego rechazó a cinco de ellos, *“valiéndose de argumentos rebuscados y subjetivos”* y sin perseguir *“el interés general que le era exigible”*. Puso de presente que la Procuraduría Delegada para la Contratación



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

realizó observaciones al proceso licitatorio antes de la adjudicación, pues consideró que el numeral 3.2.6 del pliego de condiciones no era claro, pues no se exigía que las resoluciones debían contener autorizaciones para laborar horas extras a nivel nacional, sino que, *“a lo que se refiere cuando menciona el nivel nacional es que el Ministerio de la Protección Social es la entidad que a dicho nivel expide este tipo de autorizaciones, pero en ningún momento que los proponentes tengan que contar con autorizaciones con cobertura para laborar en todo el territorio nacional”*.

3.5. Por último, los demandantes alegaron que el contrato de prestación de servicios suscrito el 30 de septiembre de 2009 también era nulo, por fundarse en un acto administrativo viciado de nulidad absoluta.

II. Trámite de primera instancia. Contestación parte demandada

4. Admitida la demanda, el Tribunal *a quo* ordenó notificar personalmente al Director General de la DIAN y a los representantes legales de las sociedades Vigías de Colombia SRL Ltda., Servisión de Colombia y Cía. Ltda. y Risk & Solutions Group Ltda., integrantes de la Unión Temporal VSR-DIAN 2009 (fls. 47-49, c. ppal., 1ª instancia).

5. Las sociedades Vigías de Colombia SRL Ltda., Servisión de Colombia y Cía. Ltda. y Risk & Solutions Group Ltda., mediante apoderado judicial, contestaron la demanda en oportunidad y en un solo escrito (fls. 74-81, c. ppal., 1ª instancia).

5.1. Se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y alegaron que la Unión Temporal S Y C no cumplió con los requisitos del pliego de condiciones. Dieron cuenta de que la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de Protección Social, mediante oficio No. 25030233 del 16 de septiembre de 2009 informó a la DIAN que la autorización de horas extras expedida a favor de la Compañía de Seguridad del Quindío Ltda. – COSEQUÍN Ltda.- fue solamente para la agencia de Bogotá, ya que su domicilio principal era la ciudad de Armenia. Alegaron que la DIAN brindó la oportunidad a la Unión Temporal S Y C para subsanar o corregir la autorización, pero no lo hizo.

5.2. En relación con los reparos presentados por la parte actora a la oferta de la Unión Temporal VSR DIAN 2009, las sociedades demandadas sostuvieron que la autorización de Risk & Solutions para laborar horas extras no tenía límite temporal, por lo que su vigencia era indefinida mientras no fuera suspendida o revocada. Y la resolución que autorizó a Servision de Colombia estaba vigente al momento del cierre de la licitación, pues ya había sido expedida y debidamente notificada. Además, alegaron que, si bien incurrieron en un error al momento de diligenciar el formato 4 de la propuesta económica,



el mismo no fue sustancial, porque se contaba con elementos suficientes del año 2009, para establecer el valor de los medios tecnológicos correspondiente al año 2010.

6. La DIAN también contestó la demanda en oportunidad y se opuso a las pretensiones (fls. 90-105, c. ppal., 1ª instancia). Afirmó que la Unión Temporal VSR DIAN 2009 cumplió con todos los requisitos del pliego de condiciones y que las observaciones presentadas por la Unión Temporal S Y C carecían de fundamento. Así, aseguró que la firma Risk Solutions Group Ltda. contaba con la póliza de responsabilidad civil extracontractual para empresas de vigilancia, tal y como se había exigido en la licitación. Así mismo, aportó el listado de armas de INDUMIL con una vigencia máxima de 3 meses de expedido, como era requerido en el numeral 3.2.2 del pliego. Y, la Resolución No. 0977 de 2004 que autorizó a la misma firma para laborar horas extras no estableció el tiempo por el cual se otorgaba, por lo que, según la nota interna del 22 de agosto de 2008 expedida por el Viceministro de Relaciones Laborales, las autorizaciones expedidas con fecha anterior que no indicaban su vigencia, conservaban la misma hasta que no fueran revocadas o suspendidas por otro acto administrativo.

6.1. De igual forma, la entidad alegó que Servision de Colombia y Cía. Ltda., integrante de la Unión Temporal VSR DIAN 2009 también cumplió con las exigencias del pliego, porque la resolución que la autorizó para laborar horas extras estaba ejecutoriada *“al momento de ejecutarse el contrato”*.

6.2. La entidad demandada también sostuvo que la Unión Temporal VSR DIAN 2009 cumplió con el reglamento de higiene y seguridad industrial, el documento de registro de uniformes, los estados financieros y la relación de los medios tecnológicos en el formato 4 de la oferta económica, en el cual, si bien se presentó un error mecanográfico, el mismo no fue sustantivo porque podía establecerse la vigencia de los precios para el año 2010. Por las razones expuestas, la DIAN alegó que, tal y como lo sostuvo en la audiencia de adjudicación, el proponente cumplía con los requisitos del pliego y no había lugar a aceptar las observaciones presentadas.

6.3. La DIAN fue enfática en afirmar que en *“el pliego de condiciones nunca se dispuso que la resolución de autorización de horas extras debía expedirla una u otra oficina del Ministerio de Protección Social, ya fuera por sus oficinas centrales o por una oficina regional, ambas eran válidas, siempre y cuando la autorización fuera para todo el territorio nacional”*. **Señaló que este requisito era habilitante** y quien no cumpliera daba lugar al rechazo de su oferta.

6.4. Puso de presente que la empresa COSEQUÍN LTDA., integrante de la Unión Temporal S Y C no cumplió con el requisito previsto en el numeral 3.2.6 del pliego, pues,



si bien allegó la Resolución No. 309 del 19 de octubre de 2007 únicamente se hace referencia a la ciudad de Armenia y en la Resolución No. 03282 del 24 de octubre de 2008, la autorización sólo era para prestar el servicio de vigilancia en horas extras en su agencia de Bogotá y no a nivel nacional. Anotó que no tuvo en cuenta la constancia expedida por el Ministerio de Protección Social Territorial del Quindío, que aclaraba la autorización y que fue allegada por la proponente en la audiencia de adjudicación, porque *“la resolución que se certifica, la 309 de 2007, dice expresamente que su alcance es la ciudad de Armenia”*, razón por la cual no puede dársele un alcance distinto con cobertura nacional. Además, alegó que una constancia no podía modificar un acto administrativo.

6.5. Por las razones expuestas, la DIAN sostuvo que no se configuraba ninguno de los cargos de ilegalidad invocados por la parte actora respecto del acto administrativo de adjudicación.

7. Mediante auto del 26 de octubre de 2011, el *a quo* abrió el proceso a pruebas (fls. 118 a 120, c. ppal., 1ª instancia).

8. Una vez se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 280, c. ppal., 1ª instancia), las partes, además de hacer un recuento de sus argumentos, reiteraron, con fundamento en las pruebas válidamente decretadas y practicadas, la posición de sus diferentes intervenciones procesales (fl. 282-321, c. ppal., 1ª instancia).

III. La sentencia de primera instancia¹

9. El 23 de octubre de 2013, el Tribunal dictó sentencia (fls. 346 a 357, c. ppal., 2ª instancia), mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

9.1. En la parte resolutive se dispuso:

Primero. Declarar la nulidad de la Resolución No. 010217 del 22 de septiembre de 2009, expedida por el director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 001 de 2009 a la Unión Temporal VSR-DIAN 2009.

Segundo.- Declarar la nulidad absoluta del contrato suscrito el 30 de septiembre de 2009 entre la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unión Temporal VSR-DIAN 2009, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

¹ La decisión contó con un salvamento de voto, por considerar que debieron negarse las pretensiones, en cuanto la sociedad Coseguín Ltda., integrante de la Unión Temporal S Y C no cumplió con el requisito del pliego relativo a obtener la autorización para laborar horas extras en el nivel nacional y no solo territorial, razón por la cual la decisión de rechazar la oferta se encontraba ajustada a las reglas del proceso de selección (fls. 358-359 c. ppal. segunda instancia).



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

Tercero.- Condenar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al pago de las siguientes sumas de dinero, a favor de las sociedades integrantes de la Unión Temporal S y C, así:

Para la sociedad Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. COSERVICREA Ltda., a quien le correspondió una participación del 0,10%, la suma de \$1.180.367.

Para la sociedad Compañía de Seguridad del Quindío Ltda. COSEQUÍN Ltda., a quien le correspondió una participación del 99,70%, la suma de \$1.176.826.637.

Para la sociedad Vigilancia Santaferña y Cía. Ltda., a quien le correspondió una participación del 0,10%, la suma de \$1.180.367.

Para la sociedad Seguridad El Pentágono Colombiano Ltda. SEPECOL Ltda., a quien le correspondió una participación del 0,10%, la suma de \$1.180.367.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1510 de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública", comuníquese la presente decisión a la Cámara de Comercio, adjuntándose copia auténtica de la presente providencia.

Quinto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A. para efectos de ejecución de la presente sentencia.

Séptimo.- Sin condena en costas.

Octavo.- En caso de que la presente decisión no fuere apelada, sùrtase el grado jurisdiccional de consulta ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, conforme lo estipulado en el artículo 184 del C.C.A.

9.2. En primer lugar, el *a quo* consideró que la sociedad COSEQUÍN LTDA., integrante de la Unión Temporal demandante, cumplió con lo dispuesto en el numeral 3.2.6 del pliego de condiciones, referente a la autorización para laborar horas extras a nivel nacional.

9.3. Señaló que, si bien en la Resolución No. 309 del 19 de octubre de 2007 se hizo referencia a la autorización para la ciudad de Armenia y la Resolución No. 003282 del 24 de octubre de 2008 lo fue para la ciudad de Bogotá, dicha situación cambió con la constancia expedida el 9 de septiembre de 2009 por el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Quindío del Ministerio de Protección Social, en la que se señaló expresamente que la sociedad COSEQUÍN LTDA. contaba con permiso para laborar horas extras a nivel nacional.

9.4. El Tribunal dejó en claro que dicha constancia, independientemente de su forma, revestía la naturaleza de acto administrativo, porque provenía de una autoridad administrativa en ejercicio de una función pública, contentiva de una declaración unilateral de la administración y que produjo efectos jurídicos respecto de la sociedad en mención. De ahí que la propuesta presentada por la Unión Temporal S Y C no podía ser rechazada.



9.5. Acto seguido, el *a quo* se adentró a determinar si la parte actora había presentado la mejor oferta. Concluyó que así fue, luego de analizar el informe de evaluación de las ofertas, donde la Unión Temporal S Y C obtuvo un puntaje de 100 sobre 100. Por tanto, encontró procedente acceder a las pretensiones de la demanda y reconocer a favor de las sociedades demandantes la utilidad que hubieran recibido de resultar beneficiarias de la licitación.

9.6. Para el efecto, tuvo en cuenta el valor asegurado de la garantía de seriedad de la oferta, equivalente a \$1.151.991.448. Sin embargo, destacó que la parte actora solicitó en las pretensiones la suma de \$1.103.998.300, por lo que no podía reconocer más de lo pedido. Dicha cantidad fue actualizada desde el mes de febrero de 2011, según el plazo previsto para el contrato, sumado el término dispuesto para su liquidación hasta el mes de septiembre de 2013. Así mismo, señaló que la indemnización se dividiría según el porcentaje de participación de cada una de las sociedades integrantes de la Unión Temporal S Y C.

9.7. Por último, el Tribunal negó el reconocimiento y pago del daño moral por falta de prueba, así como la pretensión encaminada a que se reconociera el valor invertido en la elaboración y presentación de la propuesta, pues ello era necesario para intervenir en el proceso de selección.

9.8. En consecuencia, se declaró la nulidad del acto administrativo de adjudicación y la nulidad absoluta del contrato suscrito el 30 de septiembre de 2009 entre la DIAN y la Unión Temporal VSR DIAN 2009, de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, por declararse nula la decisión en la que se fundamentó.

IV. Recurso de apelación

10. La entidad demandada DIAN (fls. 361-366, c. ppal., 2ª instancia) apeló la decisión de primera instancia y solicitó revocarla para que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda.

10.1. Defendió la legalidad de su actuación y sostuvo que la sociedad COSEQUÍN LTDA. integrante de la Unión Temporal S Y C no cumplió con el requisito contenido en el numeral 3.2.6 del pliego de condiciones, pues la autorización para laborar horas extras no era para el nivel nacional sino territorial. Además, insistió en que, por el contrario, la adjudicataria sí acató las reglas del proceso de selección.



10.2. Reprochó el análisis realizado por el *a quo*, en cuanto calificó como acto administrativo la constancia del 9 de septiembre de 2009, expedida por el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Quindío del Ministerio de Protección Social, en la que se señaló que la sociedad COSEQUÍN LTDA. estaba habilitada para laborar horas extras a nivel nacional. Además, la exigencia del pliego era aportar la resolución que la autorizaba y no se hizo.

10.3. Alegó que el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Quindío del Ministerio de Protección Social no tenía competencia para certificar empresas a nivel nacional, pues sólo podía certificar las que correspondían a su jurisdicción, esto es, el Departamento del Quindío.

10.4. Sostuvo que el Tribunal no valoró dicha circunstancia, por lo que se presentó *“una violación indirecta de la ley por error de hecho, al configurarse un falso juicio de existencia por omisión de prueba, lo cual resulta de especial relevancia y trascendencia para los resultados del proceso, pues valorada en debida forma y en conjunto con el restante acervo probatorio, conduciría a una decisión totalmente diferente a la adoptada, para proceder a negar las pretensiones de la demanda”*.

10.5. Por último, la recurrente contravirtió la condena de perjuicios, en cuanto consideró *“injusto con el Estado y todos sus coasociados tener que soportar una condena al pago de unos perjuicios en tan considerable suma, cuando el actuar de la DIAN frente a la adjudicación del contrato fue la correcta”*.

11. El *a quo* adelantó la audiencia de conciliación de que trata el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, sin que las partes llegaran a un acuerdo (fls. 368-370 c. ppal., 2ª instancia).

V. Trámite en segunda instancia

12. Después de admitido el recurso (fl. 388, c. ppal., 2ª instancia), se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 391, c. ppal., 2ª instancia), oportunidad en la que la parte actora y la DIAN reiteraron los argumentos esgrimidos en el curso del proceso (fls. 392-394 y 405-441, c. ppal., 2ª instancia).

C. CONSIDERACIONES

VI. Jurisdicción y competencia

13. Atendiendo a la naturaleza pública de entidad estatal de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el acto administrativo y el



contrato estatal respecto de los cuales se plantea la presente controversia, la misma es de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 1º de la Ley 1107 de 2006.

14. Corresponde a la Sala resolver el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998²-, norma vigente al momento de presentación de la demanda³, en razón del recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada en contra de la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de octubre de 2013.

VII. La legitimación en la causa

15. La Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y las sociedades Servicios de Vigilancia Privada Ltda. -COSERVICREA LTDA.-, Seguridad del Quindío Ltda. -COSEQUÍN LTDA.-, Vigilancia Santaferense y Cía Ltda. y Seguridad El Pentágono Colombiano Ltda. -SEPECOL LTDA.-, integrantes de la Unión Temporal S y C se encuentran legitimadas en la causa por pasiva y por activa, respectivamente, toda vez que i) la entidad pública adelantó la Licitación Pública No. 001 de 2009, expidió el acto administrativo y suscribió el contrato cuya nulidad se solicita en la demanda y ii) las sociedades tienen un interés legítimo porque participaron en el proceso de selección que dio lugar a la decisión que se controvierte.

16. Por otro lado, las sociedades Vigías de Colombia SRL Ltda., Servisión de Colombia y Cía. Ltda. y Risk & Solutions Group Ltda., integrantes de la Unión Temporal VSR-DIAN 2009, también se encuentran legitimadas por pasiva, porque resultaron beneficiadas con la adjudicación y la celebración del contrato objeto de controversia.

² A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", sin embargo, por expresa disposición de la norma, este no es aplicable al proceso de la referencia. "ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. // Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior".

³ Según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia. De acuerdo con el artículo 132 numeral 5º del C.C.A., "Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: "(...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".



VIII. Acción procedente y oportunidad de la demanda

17. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa y se podrá impugnar mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

18. No obstante, cabe anotar que la norma en mención es anterior a la Ley 446 de 1998, la cual remitía a las normas del Código Contencioso Administrativo anteriores que establecían la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con 4 meses de caducidad. Luego, la Ley 446 modificó el artículo 87 del C.C.A. e introdujo nuevas disposiciones sobre la impugnación de todos los actos precontractuales, incluyendo el de adjudicación.

19. Así, el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, dispuso que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables en acción de nulidad y de nulidad restablecimiento del derecho, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Según la misma norma, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente puede invocarse como fundamento de la nulidad del contrato.

20. A su turno, el artículo 136 del CCA consagró como término de caducidad para invocar la nulidad absoluta del contrato el de dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento, o el término de duración del contrato si fuera superior, sin superar los 5 años.

21. Es de anotar que, con el propósito de precisar el sentido y alcance del inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. –norma aplicable exclusivamente a los procesos judiciales iniciados con posterioridad al 8 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley 446 de julio 7 de 1998 y anteriores al 2 de julio de 2012, entrada en vigencia del CPACA, la jurisprudencia⁴ puntualizó las diversas hipótesis que se contemplan dentro de esta norma, en orden a clarificar la aplicación de los distintos términos de caducidad y sus efectos, así:

▣ *La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos,*

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



cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

- ☐ **Una segunda hipótesis** dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiese encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁵.

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

- ☐ **La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos⁶, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiese ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que**

⁵ [Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma].

⁶ [De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia].



inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente⁷ (negrillas fuera de texto).

22. Ahora bien, descendiendo al caso concreto se tiene que la demanda se ubicó en la tercera hipótesis planteada en esta providencia -como se detalla a continuación- por manera que la correspondiente acción contractual se ejerció con posterioridad al vencimiento de los 30 días siguientes a la comunicación del acto de adjudicación, por lo cual se concluye, con apoyo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que las únicas pretensiones que podrían abrirse paso en este proceso son aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente nulidad absoluta del contrato, sin que resulte procedente en este litigio el estudio de las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente, de acuerdo con la interpretación del artículo 87 del C.C.A.

23. En el presente asunto la parte actora presentó la demanda pasados los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, y, por tanto, no procede analizar las pretensiones económicas, toda vez que al haberse presentado la demanda por fuera de los 30 días que disponía la ley para la impugnación del acto de adjudicación, resultan improcedentes las pretensiones indemnizatorias como lo ha establecido la jurisprudencia. Además, como el contrato se suscribió dentro de esos 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, la acción contractual se ejerció de forma oportuna, según lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación⁸.

⁷ [Esta conclusión se apoya también con un argumento a contrario sensu, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y en sentido contrario una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente].

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25646, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2020, M.P. María Adriana Marín, exp. 46204.



24. En efecto, el término de 30 días fijado en el artículo 87 del C.C.A. se cuenta a partir de la notificación del acto de adjudicación, es decir, corrió entre el 22 de septiembre de 2009 y el 5 de noviembre de ese mismo año. Como (i) la decisión de adjudicación del contrato se adoptó en audiencia pública el 22 de septiembre de 2009 (fls. 362-393, c. de pruebas 2), mediante la Resolución No. 010217 de la misma fecha (fls. 1-4 c. de pruebas 2), que se notificó en estrados a todos los asistentes, incluida la Unión Temporal S Y C, (ii) el contrato de prestación de servicios Código 026-110 se suscribió el 30 de septiembre de 2009 y (iii) la demanda se presentó el 25 de febrero de 2011, no operó la caducidad de la acción contractual.

25. En resumen, la Sala concluye que en el presente proceso la demanda formulada en ejercicio de la acción contractual, cuya presentación se realizó el 25 de febrero de 2011, se instauró dentro del término de dos (2) años previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cual dispuso que, para la pretensión de nulidad del contrato, el término sería de 2 años, contados a partir de la suscripción del contrato y, en consecuencia, no operó la caducidad de la acción contractual que vencía el 1º de octubre de 2011, la cual se abre paso únicamente en relación con las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación y del respectivo contrato estatal, más no así en relación con las pretensiones encaminadas a obtener la condena de indemnización de perjuicios.

26. Ahora bien, es de resaltar que dentro del proceso obra constancia del agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, donde se indicó que la solicitud de conciliación se presentó el 2 de julio de 2010, siendo declarada fallida el 30 de septiembre del mismo año, fecha en la que también se expidió la constancia del trámite (fls. 1547-1589 c. 4 pruebas).

IX. Problemas jurídicos a resolver

27. Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación presentado por la entidad demandada, corresponde a la Sala establecer si (i) el demandante cumplió con el requisito contenido en el numeral 3.2.6 del pliego de condiciones, relativo a la autorización para laborar horas extras en el nivel nacional; (ii) la constancia del 9 de septiembre de 2009, expedida por el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Quindío del Ministerio de Protección Social, en la que se señaló que la sociedad COSEQUÍN LTDA. estaba habilitada para laborar horas extras a nivel nacional, es un acto administrativo y (iii) el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Quindío del Ministerio de Protección Social tenía competencia para certificar empresas a nivel nacional.



28. Para lo anterior se analizarán los hechos probados y luego se pasará a dar solución a los argumentos de la apelación, previo estudio de la importancia del pliego de condiciones, el concepto de requisitos habilitantes y la oportunidad para subsanarlos, para finalmente abordar la situación que se presentó en el caso concreto.

29. Por otro lado, la Sala debe anotar que el análisis del presente asunto se limitará a los argumentos de la apelación, señalados en el problema jurídico a resolver, en razón de la competencia que tiene el superior cuando se trata de apelante único, en este caso la entidad pública DIAN⁹.

X. Hechos probados

30. La Sala debe anotar que las partes solicitaron en oportunidad la práctica de pruebas, se valieron de ellas en este proceso y no se formularon reparos frente a la incorporación de las mismas, por lo que tales medios de convicción se valorarán en esta instancia sin otra consideración.

31. De conformidad con el material probatorio que reposa en el proceso, la Sala encuentra acreditado:

a). La licitación y la adjudicación

32. El 21 de julio de 2009, mediante la Resolución No. 07530, el Director General de la DIAN ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 001 de 2009, con el objeto de *“contratar la prestación de servicio de vigilancia fija con y sin armas con utilización de medios tecnológicos y servicio conexo de consultoría, asesoría e investigación para todas las dependencias e inmuebles de la entidad a nivel nacional”* (fls. 166-168 c. de pruebas 2).

33. En el proceso reposa copia del pliego de condiciones del mencionado proceso de selección (fls. 5-151 c. de pruebas 2). Se destacan los siguientes numerales y requisitos:

34. En el numeral 1.4, el presupuesto oficial se estableció en \$12.494'267.053.oo, discriminados en \$4.774'717.767 para la vigencia 2009 y con vigencias futuras estimadas en \$7.719'549.286.oo para el año 2010. Dicho presupuesto se distribuiría en seis (6) regiones.

⁹ Artículo 357 C.P.C. *“Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.*



35. En el numeral 2.8 se permitió la presentación de propuestas parciales por ítem completo, es decir por región.

36. En el capítulo III, sobre el contenido de la propuesta, se señalaron los requisitos habilitantes. En la documentación legal se exigió la carta de presentación de la propuesta, el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, la acreditación del pago de las obligaciones al sistema de seguridad social integral, el documento de compromiso de afiliación a parafiscales, la garantía de seriedad de la oferta, la póliza de responsabilidad civil extracontractual, el certificado SICE, el documento compromiso de transparencia y facultades para contratar.

37. A lo anterior se agregó el requisito de aportar máximo siete (7) certificaciones sobre contratos ejecutados o en ejecución que incluyeran como objeto la prestación del servicio de vigilancia con armas o sin armas y medios tecnológicos durante los cinco (5) años anteriores a la fecha del cierre del proceso de selección y cuyo valor de la sumatoria de las mismas fuera igual o superior al presupuesto oficial por ítem.

38. En el numeral 3.2 del pliego de condiciones se especificó la documentación técnica que debían aportar los proponentes, como requisito habilitante o de verificación, relacionada con la clase y calidad de los servicios. Así, se solicitó allegar con la propuesta:

i) La resolución de vigencia de la licencia de funcionamiento para operar principalmente en la modalidad de vigilancia fija con y sin armas con utilización de medios tecnológicos y servicio conexo de consultoría, asesoría e investigación, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada;

ii) La licencia para desarrollar actividades de telecomunicaciones, la autorización para el establecimiento de una red privada y el permiso para el uso del espectro radioeléctrico;

iii) La licencia para porte o tenencia de armas expedida por el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares, con una vigencia no mayor a tres (3) meses anteriores a la fecha de cierre. En caso de consorcio o unión temporal el documento debía ser aportado por todos sus integrantes;

iv) La certificación de vinculación a la red de apoyo de la Policía Nacional, el cual debería ser aportado por todos los integrantes del proponente plural;



v) el certificado de no sanciones expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada;

vi) **La resolución sobre autorización de horas extras expedida por el Ministerio de Protección Social.** En caso de consorcio o unión temporal el documento debía ser aportado por todos sus integrantes. El numeral 3.2.6 del pliego es del siguiente contenido:

*3.2.6 Resolución sobre autorización de horas extras. El proponente deberá presentar copia o fotocopia legible de la resolución **expedida por el Ministerio de la Protección Social a Nivel Nacional para laborar horas extras**, la cual debe encontrarse vigente a la fecha de cierre de la presente licitación.*

En caso de consorcio o unión temporal, este documento debe ser aportado por todos sus integrantes (negritas fuera de texto).

vii) El reglamento interno de trabajo y de higiene y seguridad industrial expedidos por el Ministerio de Protección Social, los cuales debían ser aportados por todos los integrantes del proponente plural;

viii) El documento de autorización de uniformes y distintivos expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada;

ix) La certificación del proponente donde se comprometiera a realizar la investigación de antecedentes personales y laborales ISP del personal que prestaría el servicio;

x) La carta de compromiso en la cual se comprometiera a cumplir todos los requisitos del personal;

xi) La carta de compromiso de cancelar reclamaciones por pérdida de bienes;

x) La certificación del BASC (Sistema Integral de Gestión y Administración de la Seguridad y Control.

39. En el numeral 3.5 de los pliegos se relacionaron las causales de rechazo de las propuestas, entre las que se previó la contenida en el numeral 3.5.4 “*Cuando el proponente definitivamente no subsane o no presente los documentos que tienen el carácter de verificables y por tanto, subsanables o éstos no cumplan definitivamente (sic) con lo exigido en el presente pliego de condiciones*”.

40. En el capítulo IV se señalaron los factores de evaluación y calificación de las ofertas. De esta forma, en el numeral 4.2 se dispuso:



Las ofertas que cumplan con los requisitos habilitantes de verificación jurídica, financiera y técnica pasarán a la etapa de evaluación, conforme a los siguientes criterios:

Para efectos de la ponderación y conformación del orden de elegibilidad se consideran propuestas hábiles aquellas que cumplan con la totalidad de los requisitos habilitantes de verificación de orden jurídico, financiero y técnico, exigidos en el presente pliego de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, artículo 12 numeral 3 literal a) de este decreto.

El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntaje y fórmulas señaladas en el presente pliego de condiciones.

La entidad evaluará las propuestas, teniendo en cuenta los siguientes factores, sobre un puntaje total de CIEN (100) puntos, así:

FACTOR DE CALIFICACIÓN	PUNTAJE
4.2.1 Apoyo a la industria nacional	5
4.2.2 Aspectos técnicos relevantes, servicio de vigilancia, personal con curso de actualización	5
4.2.3 Experiencia consultor de seguridad	10
4.2.4 Experiencia servicio de vigilancia en la modalidad de escolta	15
4.2.5 Experiencia director del contrato	15
4.2.6 Plazo de reposición de bienes	10
4.2.7 Certificación de afiliación a la Red Nacional de Explosivos e Incendios de la Fiscalía General de la Nación	10
4.2.8 Certificación de afiliación al Frente de Seguridad Empresarial	10
4.2.9 Oferta Económica - Precio	20
TOTAL	100

41. El pliego de condiciones fue modificado mediante la adenda No. 1. Así, se modificó el numeral 1.4 del presupuesto oficial para establecerlo en la suma de \$11.519'914.180; el numeral 3.2.13 sobre la certificación BASC; el numeral 3.4.5 en relación con la capacidad financiera; el numeral 3.5 sobre las causales de rechazo para adicionar la relativa a "cuando el valor de la propuesta sea menor al 92% o superior al 100% del presupuesto oficial"; el numeral 4.6 en cuanto a los criterios de desempate; el numeral 5.3 sobre el plazo del contrato, el cual sería desde el 19 de septiembre de 2009 hasta el 31 de julio de 2010 y el numeral 6.12 sobre el cuadro de precios (fls. 152-161 c. 2 de pruebas).

42. El 24 de julio de 2009, la DIAN adelantó la audiencia de aclaración del pliego de condiciones, a la que comparecieron veinticuatro (24) interesados, entre los que se destaca la asistencia de las sociedades SEPECOL Ltda., Vigilancia Santaferreña y Cía. Ltda., COSEQUÍN LTDA. y Vigilancia Seguridad Superior. Dentro de las observaciones presentadas en desarrollo de la audiencia se encuentran las siguientes:

COSEQUÍN LTDA.

(...)



Otro documento que se llama numeral (sic) 3.2.6 Resolución sobre autorización de horas extras, entonces ahí está la palabrita a nivel nacional, esos (sic) no lo da el Ministerio de Protección Social. Con todo respeto, ese documento, resolución, lo dan con su agencia (sic) de su domicilio principal, sede donde se va a prestar el servicio de horas extras, sin ningún problema, entonces, solicito también cambiar eso en el pliego de condiciones, porque esto va a llevar a un problema, porque unos van a tener la licencia o resolución a nivel nacional y otros no la van a tener nacional, entonces que quede en el domicilio principal, pues abarca las agencias y sucursales.

VIGILANCIA SANTAFERREÑA

Me uno a las observaciones que han hecho los compañeros (..) en relación con lo del Ministerio de Protección Social de la resolución de horas extras, yo aquí tengo la nota interna del Ministerio de la Protección Social que dice que se le va a entregar y se tiene que hacer la solicitud a cada Dirección Territorial, entonces yo la adjunto para que ustedes tengan conocimiento de eso.

VIGILANCIA SEGURIDAD SUPERIOR

(...)

Me uno al colega de COSEQUÍN (...), comparto lo del tema del colega sobre las horas extras, anteriormente la daban a nivel nacional, hoy en día abolió el permiso a nivel nacional, únicamente lo expiden en donde uno tenga el registro, ya que debe ser complementario con la inscripción de un reglamento interno de trabajo, con una autorización y permiso espacial (sic) que uno debe cumplir ante el Ministerio de la Protección Social (fls. 169-178 c. pruebas 2).

43. El 24 de julio de 2009, la sociedad COSEQUÍN LTDA., dentro del término concedido por la entidad, presentó la siguiente observación al pliego de condiciones:

OBSERVACIÓN 2

Numeral 3.2.6 Resolución sobre autorización de horas extras

El pliego de condiciones exige la presentación de fotocopia de la resolución expedida por el Ministerio de la Protección Social a NIVEL NACIONAL, como es de conocimiento el Ministerio de la Protección Social actualmente NO emite o expide estas resoluciones con este tipo de condición sino únicamente se le otorga donde se encuentre la sede principal de la empresa y con esta misma se le da alcance a las agencias y sucursales.

Solicito cambiar este numeral para evitar posibles discrepancias cuando se realice la evaluación de propuestas. Y si es del caso elevar la consulta al Ministerio de la Protección Social (fls. 179-180 c. pruebas 2).

44. El 26 de agosto de 2009, la DIAN dio respuesta a las observaciones que anteceden en los siguientes términos:

El Ministerio de la Protección Social es uno solo a Nivel Nacional, independientemente de su desconcentración de funciones que tenga (sic) en las Direcciones Territoriales, es decir, que para efectos de la presente licitación es válida la certificación que expida el Ministerio tanto en el nivel central como en el nivel territorial (fl. 199 c. pruebas 2).

45. El 27 de agosto de 2009 se realizó el cierre de la licitación y en el acta de la misma fecha consta que seis (6) proponentes presentaron oferta, como se detalla a continuación:



PROPONENTE	ÍTEMS OFERTADOS
1. Unión Temporal VSR DIAN 2009 – VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LTDA., SERVISIÓN DE COLOMBIA Y CÍA LTDA., RISK & SOLUTIONS GROUP LTDA.	Todos los ítems
2. Unión Temporal Seguridad Superior Ltda. – Su Oportuno Servicio Ltda.	Todos los ítems
3. Unión Temporal S Y C – SANTAFERREÑA, SEPECOL, COSERVICREA y COSEQUÍN	Todos los ítems
4. Unión Temporal Guardianes Ltda. – Vimarco Ltda.	Ítem I, II y IV Bogotá, Barranquilla y Cali
5. Unión Temporal CABASEC Ltda., Expertos Ltda., SOCOVIG Ltda.	Ítem I y III Bogotá y Medellín
6. Seguridad y Vigilancia Colombia SEVICOL Ltda.	Ítem I y IV Bogotá y Bucaramanga

46. En el expediente reposa la propuesta de la Unión Temporal S Y C, en la que se encuentra, entre otros documentos, la Resolución No. 309 del 19 de octubre de 2007, expedida por el Coordinador del Grupo Trabajo, Empleo y Seguridad Social Dirección Territorial del Quindío del Ministerio de la Protección Social, por medio de la cual se concedió autorización para laborar horas extras a la sociedad COSEQUÍN LTDA. (fls. 822-823 c. 3 de pruebas). El siguiente es el contenido de dicho acto:

CONSIDERANDO

a.- Que el señor *HERNEY ARIAS RODRÍGUEZ*, en su condición de representante legal de la empresa *COSEQUÍN Ltda.* solicitó ante este despacho mediante oficio de fecha 31 de agosto de 2007 permiso para laborar horas extras por las necesidades de la empresa a la cual representa.

b.- Que el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social realizó directamente la visita para el trámite de la respectiva solicitud.

c.- Que el día 16 de octubre de 2007 se efectuó la respectiva visita de inspección y se elaboró el acta de fecha 18 de octubre, con las personas representantes de la empresa.

d.- Que se estudió y analizó todo lo actuado, de conformidad con los artículos 22 de la Ley 50 de 1990, artículo 162 numeral 2º del CST, modificado por el artículo 1º del Decreto 13 de 1967, reglamentado por el Decreto 995 de 1968 y siguiendo las instrucciones impartidas en la nota interna de fecha 19 de diciembre de 2005, emanada del Viceministro de relaciones laborales, encontrando la viabilidad plena para la aprobación de la respectiva.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho:

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. AUTORIZAR a la empresa *COSEQUÍN LTDA.*, cuyo representante es el señor *Henry Arias Rodríguez* para laborar tiempo extra por fuera de la jornada máxima legal, en su establecimiento ubicado en la calle 15 Norte No. 12-15 en la ciudad de Armenia, Quindío, el cual no podrá exceder de dos (2) horas diarias o doce (12) semanales y cuando la jornada de trabajo se amplíe de común acuerdo entre empleadores y trabajadores a diez (10) horas diarias, no se podrá en el mismo día laborar horas extras. Teniendo en cuenta que la presente autorización se expide por dos (2) años a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

47. En la oferta también reposa copia de la Resolución No. 003282 del 24 de octubre de 2008, mediante la cual el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

de la Dirección Territorial de Cundinamarca autorizó a la sociedad COSEQUÍN LTDA. a laborar horas extras en la ciudad de Bogotá, tal y como fue solicitado por su representante legal (fls. 824-825 c. 3 pruebas). El siguiente es el contenido de la parte resolutive de dicho acto:

ARTÍCULO PRIMERO. AUTORIZAR a la empresa denominada COMPAÑÍA DE SEGURIDAD DEL QUINDÍO LTDA., con domicilio principal en la ciudad de Armenia y agencia de la ciudad de Bogotá, para que exceda su jornada máxima legal sólo en dos (2) horas diarias y doce (12) semanales (diurnas o nocturnas) por un término de tres años, a partir de la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, pero únicamente cuando las circunstancias así lo ameriten.

ARTÍCULO SEGUNDO. Publíquese la presente providencia en todos los lugares o sitios de trabajo de la empresa.

48. En la propuesta también se encuentran las resoluciones que autorizaron laborar horas extras a los demás integrantes de la Unión Temporal S Y C. Así, mediante la Resolución No. 003112 del 29 de septiembre de 2008 el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Cundinamarca autorizó a la sociedad COSERVICREA LTDA. a laborar horas extras (fls. 820-821 c. 3 pruebas). El siguiente es el contenido de la parte resolutive de dicho acto:

ARTÍCULO PRIMERO. AUTORIZAR a la empresa denominada COMPAÑÍA DE SERVICIOS DE VIGILANCIA PRIVADA COSERVICREA LTDA., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, para que exceda su jornada máxima legal sólo en dos (2) horas diarias y doce (12) semanales (diurnas o nocturnas) por un término de tres años, a partir de la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, pero únicamente cuando las circunstancias así lo ameriten.

ARTÍCULO SEGUNDO. Publíquese la presente providencia en todos los lugares o sitios de trabajo de la empresa.

49. Mediante la Resolución No. 003087 del 25 de septiembre de 2008 el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Cundinamarca autorizó a la sociedad VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CÍA LTDA. a laborar horas extras (fls. 826-827 c. 3 pruebas). El siguiente es el contenido de la parte resolutive de dicho acto:

ARTÍCULO PRIMERO. AUTORIZAR a la empresa denominada VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CÍA LTDA., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, para que exceda su jornada máxima legal sólo en dos (2) horas diarias y doce (12) semanales (diurnas o nocturnas) por un término de tres años, a partir de la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, pero únicamente cuando las circunstancias así lo ameriten.

ARTÍCULO SEGUNDO. Publíquese la presente providencia en todos los lugares o sitios de trabajo de la empresa.

50. Y, con la Resolución No. 003926 del 26 de noviembre de 2007, el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Cundinamarca autorizó a la sociedad SEGURIDAD EL PENTÁGONO COLOMBIANO



LTDA. SEPECOL LTDA. a laborar horas extras (fls. 828-829 c. 3 pruebas). El siguiente es el contenido de la parte resolutive de dicho acto:

ARTÍCULO PRIMERO. AUTORIZAR a la empresa denominada SEGURIDAD EL PENTÁGONO COLOMBIANO LTDA. SEPECOL LTDA., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, para que exceda su jornada máxima legal sólo en dos (2) horas diarias y doce (12) semanales (diurnas o nocturnas) por un término de tres años, a partir de la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, pero únicamente cuando las circunstancias así lo ameriten.

ARTÍCULO SEGUNDO. Publíquese la presente providencia en todos los lugares o sitios de trabajo de la empresa.

51. El 1º de septiembre de 2009, el comité evaluador dio a conocer el informe de requisitos habilitantes relacionados con la documentación legal, experiencia, garantía de seriedad, contratos ejecutados o en ejecución y el reporte en el boletín de responsables fiscales. En el documento consta que todas las propuestas cumplían con estas exigencias (fls. 208-209 c. pruebas 2).

52. De igual forma, el mismo día se publicó el informe de verificación de la documentación aportada en relación con la clase y calidad de los servicios, dentro de la cual se encuentra la resolución sobre autorización de horas extras, así como de la documentación sobre organización técnica y administrativa (fls. 222- c. pruebas 2). Así, a folio 226 se observa que la propuesta de la Unión Temporal S Y C cumplió con el requisito previsto en el numeral 3.2.6 del pliego. Se destacan las casillas del cuadro en el que se realizó dicha verificación:

No .	Documentos técnicos de la propuesta	Unión Temporal VSR DIAN 2009	Unión Temporal Seguridad Superior Ltda.	Unión Temporal S Y C	Unión Temporal Guardianes Ltda.	Unión Temporal COBASEC Ltda.	Seguridad y Vigilancia Sevicol Ltda.
		Todos los ítems	Todos los ítems	Todos los ítems	Ítem I, II, IV	Ítem I y III	Ítem I y IV
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
6.	Resolución sobre autorización de horas extras	SI (fls. 271-277)	SI (fls. 406 a 412)	SI (fls. 351 a 360)	SI (fls. 310 a 319)	NO (fl. 302 a 308) Subsanao 31 agosto 09	SI (fls. 140-141)

53. Sobre los factores de calificación, el informe se rindió por regiones y en cada una de ellas la Unión Temporal S Y C cumplió con los requisitos exigidos y obtuvo el máximo puntaje. Los documentos que componen el mencionado informe son del siguiente contenido -se destaca especialmente la información de la parte actora y de la adjudicataria (fl. 228-233 c. pruebas 2):



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
 Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
 Demandado: DIAN y otros
 Acción: Controversias contractuales

ÍTEM I BOGOTÁ

Factores de calificación	Puntaje	Unión Temporal VSR DIAN 2009	Unión Temporal S Y C
		Todos los ítems	Todos los ítems
4.2.1 Apoyo a la industria nacional	5	5	5
4.2.2 Aspectos técnicos relevantes (servicio vigilancia, personal con curso de actualización)	5	5	5
4.2.3 Experiencia consultor seguridad	10	10	10
4.2.4 Experiencia servicio vigilancia modalidad escolta	15	15	15
4.2.5 Experiencia director del contrato	15	15	15
4.2.6 Plazo reposición bienes	10	10	10
4.2.7 Certificación afiliación red nacional explosivos e incendios FGN	10	10	10
4.2.8 Certificación afiliación frente de seguridad empresarial	10	10	10
4.2.9 Oferta económica - Precio	20	11,08	20
TOTAL	100	91,08	100

FACTORES DE CALIFICACIÓN
 LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 de 2009
ÍTEM II BARRANQUILLA

Factores de calificación	Puntaje	Unión Temporal VSR DIAN 2009	Unión Temporal S Y C
		Todos los ítems	Todos los ítems
4.2.1 Apoyo a la industria nacional	5	5	5
4.2.2 Aspectos técnicos relevantes (servicio vigilancia, personal con curso de actualización)	5	5	5
4.2.3 Experiencia consultor seguridad	10	10	10
4.2.4 Experiencia servicio vigilancia modalidad escolta	15	15	15
4.2.5 Experiencia director del contrato	15	15	15
4.2.6 Plazo reposición bienes	10	10	10
4.2.7 Certificación afiliación red nacional explosivos e incendios FGN	10	10	10
4.2.8 Certificación afiliación frente de seguridad empresarial	10	10	10
4.2.9 Oferta económica - Precio	20	7,64	20
TOTAL	100	91,08	100

FACTORES DE CALIFICACIÓN
 LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 de 2009
ÍTEM III MEDELLÍN

Factores de calificación	Puntaje	Unión Temporal VSR DIAN 2009	Unión Temporal S Y C
		Todos los ítems	Todos los ítems
4.2.1 Apoyo a la industria nacional	5	5	5
4.2.2 Aspectos técnicos relevantes (servicio vigilancia, personal con curso de actualización)	5	5	5
4.2.3 Experiencia consultor seguridad	10	10	10
4.2.4 Experiencia servicio vigilancia modalidad escolta	15	15	15
4.2.5 Experiencia director del contrato	15	15	15
4.2.6 Plazo reposición bienes	10	10	10



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
 Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
 Demandado: DIAN y otros
 Acción: Controversias contractuales

4.2.7 Certificación afiliación red nacional explosivos e incendios FGN	10	10	10
4.2.8 Certificación afiliación frente de seguridad empresarial	10	10	10
4.2.9 Oferta económica - Precio	20	4,04	20
TOTAL	100	91,08	100

FACTORES DE CALIFICACIÓN
LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 de 2009
ÍTEM IV CALI

Factores de calificación	Puntaje	Unión Temporal VSR DIAN 2009	Unión Temporal S Y C
		Todos los ítems	Todos los ítems
4.2.1 Apoyo a la industria nacional	5	5	5
4.2.2 Aspectos técnicos relevantes (servicio vigilancia, personal con curso de actualización)	5	5	5
4.2.3 Experiencia consultor seguridad	10	10	10
4.2.4 Experiencia servicio vigilancia modalidad escolta	15	15	15
4.2.5 Experiencia director del contrato	15	15	15
4.2.6 Plazo reposición bienes	10	10	10
4.2.7 Certificación afiliación red nacional explosivos e incendios FGN	10	10	10
4.2.8 Certificación afiliación frente de seguridad empresarial	10	10	10
4.2.9 Oferta económica - Precio	20	8,42	20
TOTAL	100	91,08	100

FACTORES DE CALIFICACIÓN
LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 de 2009
ÍTEM V PEREIRA

Factores de calificación	Puntaje	Unión Temporal VSR DIAN 2009	Unión Temporal S Y C
		Todos los ítems	Todos los ítems
4.2.1 Apoyo a la industria nacional	5	5	5
4.2.2 Aspectos técnicos relevantes (servicio vigilancia, personal con curso de actualización)	5	5	5
4.2.3 Experiencia consultor seguridad	10	10	10
4.2.4 Experiencia servicio vigilancia modalidad escolta	15	15	15
4.2.5 Experiencia director del contrato	15	15	15
4.2.6 Plazo reposición bienes	10	10	10
4.2.7 Certificación afiliación red nacional explosivos e incendios FGN	10	10	10
4.2.8 Certificación afiliación frente de seguridad empresarial	10	10	10
4.2.9 Oferta económica - Precio	20	6,72	20
TOTAL	100	91,08	100

FACTORES DE CALIFICACIÓN
LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 de 2009
ÍTEM VI BUCARAMANGA

Factores de calificación	Puntaje	Unión Temporal VSR DIAN 2009	Unión Temporal S Y C
		Todos los ítems	Todos los ítems
4.2.1 Apoyo a la industria nacional	5	5	5
4.2.2 Aspectos técnicos relevantes (servicio vigilancia,	5	5	5



personal con curso de actualización)			
4.2.3 Experiencia consultor seguridad	10	10	10
4.2.4 Experiencia servicio vigilancia modalidad escolta	15	15	15
4.2.5 Experiencia director del contrato	15	15	15
4.2.6 Plazo reposición bienes	10	10	10
4.2.7 Certificación afiliación red nacional explosivos e incendios FGN	10	10	10
4.2.8 Certificación afiliación frente de seguridad empresarial	10	10	10
4.2.9 Oferta económica - Precio	20	11,04	20
TOTAL	100	91,04	100

54. El 1º de septiembre de 2009, el comité de evaluación también rindió el informe de verificación de documentos sobre capacidad financiera y evaluación económica, en el cual se concluyó:

Las ofertas presentadas por la Unión Temporal S Y C, UT Seguridad Superior Ltda., Unión Temporal VSR DIAN 2009, UT COBASEC Ltda. y Vigilancia Colombia Ltda. SEVICOL Ltda. se encuentran habilitadas para la evaluación y asignación de puntaje sobre 20 puntos.

La propuesta presentada por Unión Temporal Guardianes Ltda. se encuentra incurso en causal de rechazo prevista en el subnumeral 3.5.11 del pliego de condiciones., razón por la cual no es hábil para ser evaluada económicamente para las regiones I, II y IV dentro de las cuales presentó oferta (...). NO CUMPLE con el mínimo exigido del 80% de la sumatoria de los óptimos para los indicadores (...).

Revisadas las ofertas económicas para los medios tecnológicos de los proponentes habilitados, dichos precios no son menores al 92% ni superiores al 100% del presupuesto oficial estimado. Igualmente, no superan el valor de la anualidad correspondiente año 2009-2010 (fls. 233-234 y 242 c. de pruebas 2).

55. El 8 de septiembre del mismo año, la Unión Temporal S Y C presentó observaciones al informe de evaluación de las propuestas. Se destaca, para efectos del análisis del presente asunto, las elevadas contra la oferta presentada por la Unión Temporal VSR DIAN 2009, consistentes en que (i) la póliza de responsabilidad civil extracontractual tenía “sublímites” para los amparos asegurados, lo que desconocía la regulación de la Superintendencia de Vigilancia para este tipo de garantías; (ii) el listado de armas de INDUMIL aportado por la sociedad RISK & SOLUTION no cumplía con los requisitos del pliego, pues fue expedido con más de tres meses de anterioridad; (iii) no se allegó el acta de conformación e inscripción del Comité Paritario de cada empresa que aprobara el reglamento de higiene; (iv) la sociedad VIGÍAS DE COLOMBIA no realizó el registro y actualización de los uniformes; (v) los estados financieros de la sociedad RISK & SOLUTION evidenciaban pérdidas acumuladas que afectaban su capital social y líquido, por lo que podría estar en causal de disolución; (vi) en el formato 4 de la propuesta económica no se presentó el costo de los medios tecnológicos para el año 2010, sólo 2009 y (vii) la resolución de horas extras no establecía el tiempo por el cual se otorgaba la autorización, por lo que no podía exceder de tres años y la aportada sobrepasaba dicho término (fls. 224 a 238 c. pruebas 2).



56. El mismo día, la Unión Temporal VSR DIAN 2009, por su parte, también presentó observaciones a la propuesta de la Unión Temporal S Y C, por cuanto (i) la firma COSEQUÍN LTDA., según el listado de armas de INDUMIL, tenía un déficit de 57 armas, teniendo en cuenta que el porcentaje de participación en la unión temporal era del 99,70%; (ii) sólo aportaba la autorización de 114 armas y en el pliego se solicitaba el permiso para 172 armas; (iii) la firma COSEQUÍN LTDA. no estaba autorizada para prestar los servicios de vigilancia en horas extras a nivel nacional, pues sólo contaba con autorización para las ciudades de Armenia y Bogotá; (iv) la Unión Temporal S Y C no cumplía con la capacidad financiera para responder por las multas que se pudieran imponer; (v) se presentaban inconsistencias en la documentación del equipo de trabajo ofertado y (vi) la aprobación del reglamento de higiene y seguridad industrial fue expedida con posterioridad al reglamento mismo (fls. 253-291 c. pruebas 2).

57. El 17 de septiembre de 2009, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública realizó una visita de control de gestión a la Subdirección de Gestión de Recursos Físicos de la DIAN, con el fin de verificar las actuaciones realizadas en la Licitación Pública No. 001 de 2009, en atención a las quejas presentadas por varios interesados, debido al presunto direccionamiento del proceso de selección. Se transcribe la intervención del ente de control sobre el requisito de autorización para laborar horas extras:

(...) 2). Que los pliegos de condiciones en el numeral 3.2.6 precisa “el proponente deberá presentar copia o fotocopia legible de la resolución expedida por el Ministerio de la Protección Social a nivel nacional para laborar horas extras, la cual debe encontrarse vigente a la fecha del cierre de la presente licitación. En caso de Consorcio o Unión Temporal, este documento debe ser aportado por todos sus integrantes”.

Que hubo unos proponentes que presentaron resoluciones en las que no se especifica si tiene cobertura a nivel nacional. En otros casos no se especifica si la autorización que se otorga hacen (sic) referencia a nivel nacional, ni a su vigencia.

Al respecto, la Procuraduría sugiere que se revise este asunto antes de adjudicar el proceso licitatorio, por cuanto no se considera que el numeral citado esté exigiendo que las resoluciones deban contener autorizaciones para laborar horas extras a nivel nacional. Por el contrario, a lo que se refiere cuando menciona “el nivel nacional” es que el Ministerio de la Protección Social es la entidad que a dicho nivel expide ese tipo de autorizaciones, pero en ningún momento que los proponentes tengan que contar con autorizaciones con cobertura para laborar en todo el territorio nacional (negritas fuera de texto, fls. 412-415 c. pruebas 2).

58. La audiencia de adjudicación del contrato se adelantó durante los días 15, 17 y 22 de septiembre de 2009.

59. En la audiencia del 17 de septiembre del año en mención (fls. 305-366 c. pruebas 2), la DIAN dio respuesta a las observaciones presentadas por la Unión Temporal VSR DIAN 2009 frente a la propuesta de la Unión Temporal S Y C, sin que fueran aceptadas, salvo



la relacionada con la autorización para laborar horas extras. Al respecto, la entidad respondió:

El comité evaluador, teniendo en cuenta la observación presentada, solicitó al Ministerio de la Protección Social indicar el alcance del contenido de la Resolución No. 03282 del 24 de octubre de 2008, presentada por COSEQUÍN Ltda. a folio 355. El Ministerio de la Protección Social, mediante oficio No. 25030233 del 16 de septiembre de 2009 el Doctor Manuel Arturo Rodríguez Lara, Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y SS, Dirección Territorial de Cundinamarca responde en los siguientes términos:

“Respecto a la comunicación relacionada con el acto administrativo expedido por esta Coordinación, Resolución No. 03282 del 24 de octubre de 2008, que autoriza a la empresa de vigilancia Compañía de Seguridad del Quindío Ltda. COSEQUÍN Ltda., para laborar horas extras, es preciso aclarar:

- 1.- Efectivamente la resolución en mención fue expedida por esta dependencia.*
- 2.- Dada la competencia asignada a esta Coordinación, la autorización para laborar horas extras que expedimos a las empresas cuyo domicilio principal es diferente a la sede de Bogotá D.C., el Ministerio de Protección Social, es sólo para las agencias o sucursales que operen dentro de esta jurisdicción.*
- 3.- La autorización expedida por esta Coordinación para extender la jornada laboral a la mencionada empresa es solamente a la Agencia de Bogotá, ya que el domicilio principal de la Compañía de Seguridad del Quindío Ltda. COSEQUÍN Ltda. es la ciudad de Armenia”.*

Por lo anterior, la empresa COSEQUÍN Ltda. al no tener autorización para laborar horas extras a nivel nacional, como lo exige el pliego de condiciones en el numeral 3.2.6, la propuesta se encuentra incurra en la causal de rechazo contenida en el numeral 3.5.4 “cuando el proponente definitivamente no subsane o no presente los documentos que tiene el carácter de verificables y por tanto, subsanables o estos no cumplan definitivamente con lo exigido en el pliego de condiciones” (fl. 314 c. pruebas 2).

60. En la misma audiencia, la DIAN respondió las observaciones presentadas por la Unión Temporal S Y C frente a la oferta de la UT VSR DIAN 2009. En cuanto a la vigencia de la autorización para laborar horas extras, la entidad no aceptó la observación con fundamento en lo siguiente:

Atendiendo la observación, la entidad solicitó ante el Ministerio de la Protección Social se manifestara sobre la vigencia de las resoluciones de autorización de horas extras.

Mediante oficio radicado No. 25030355 del 16 de septiembre de 2009, suscrito por el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y SS del Ministerio, respondió en los siguientes términos:

“Respecto a su solicitud relacionada con la pregunta hasta cuando tiene vigencia las resoluciones de horas extras, si dice que se utilicen cuando las circunstancias lo ameriten. Para esta Coordinación la mención “cuando las circunstancias lo ameriten” en la parte resolutive de los actos administrativos que autorizan laborar horas extras, no atañe a la vigencia de la autorización sino a la facultad del empleador de programar el trabajo suplementario, lo cual debe ceñirse a esa mención. En cuanto a la necesidad de renovar las autorizaciones le anexo a la presente copia de la nota interna del 22 de agosto de 2008 proferida por el Viceministro de Relaciones Laborales”.

De acuerdo con lo señalado en la nota interna en mención, a partir del 22 de agosto de 2008 las resoluciones que se expiden autorizando las horas extras se darán hasta por el término de tres años, vigencia que se debe expresar dentro del mismo texto de la resolución. Las resoluciones de autorización expedidas con fecha anterior que no



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

indican la fecha de vigencia, conservan la misma hasta que no sean revocadas o suspendidas por otro acto administrativo.

Por lo anterior no se acepta la observación.

61. Las demás observaciones sobre la oferta de la Unión Temporal VSR DIAN 2009 no fueron aceptadas.

62. Se observa que la DIAN puso de presente en sus respuestas que en varias ocasiones envió requerimientos para que se subsanaran los requisitos habilitantes o de verificación. A manera de ejemplo se destaca la respuesta relacionada con la póliza de responsabilidad civil extracontractual:

*En atención a la observación presentada, la entidad, mediante oficio del 14 de septiembre de 2009, **requirió a la Unión Temporal VSR DIAN 2009** con el fin de que remitiera comunicación de la aseguradora Seguros del Estado en la que certifique que el amparo concreto para el “uso indebido de armas de fuego”, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 356 de 1994, operan sub-límites.
(..) (fl. 345 c. pruebas 2).*

63. Lo mismo ocurrió frente a las otras propuestas presentadas por COBASEC y SEVICOL Ltda., en las que la DIAN requirió a los proponentes para que subsanaran, como pasa a verse:

*Teniendo en cuenta la observación y por tratarse de un requisito habilitante y por ende subsanable, la entidad, mediante oficio del 11 de septiembre de 2009, requirió a la empresa SEVICOL Ltda allegar el auto de aprobación del reglamento aportado en su oferta (...) (fl. 321 c. pruebas 2).
(...)*

*Mediante oficio del 12 de septiembre de 2009 **se requirió a la Unión Temporal COBASEC Ltda.** para que allegara el reglamento interno de trabajo de las empresas Expertos Seguridad Ltda. y Cobasec Ltda., en donde se encuentre incluido el capítulo acoso laboral, junto con el auto que aprueba dicho reglamento, expedido por el Ministerio de Trabajo (...) (fl. 324 c. pruebas 2).*

64. En relación con la autorización para laborar horas extras por parte de la empresa SEVICOL Ltda., la DIAN no aceptó la observación planteada por la Unión Temporal VSR DIAN 2009, porque *“a diferencia de la resolución presentada por COSEQUÍN no tiene limitación para extender la jornada laboral para la prestación del servicio de vigilancia a nivel nacional”* (fl. 320 c. 2 pruebas).

65. El 22 de septiembre de 2009, la entidad pública continuó con la audiencia de adjudicación (fls. 367-394 c. pruebas 2). En ella, la Unión Temporal S Y C insistió en el cumplimiento del requisito para laborar horas extras y puso de presente la respuesta de la entidad frente a las observaciones presentadas al pliego, en la que fue enfática en señalar que el Ministerio de la Protección Social era uno solo a nivel nacional y que, para los efectos de la licitación, era válida la certificación de dicho ministerio a nivel nacional o a nivel territorial. Además, sostuvo que dicho requisito era subsanable en los términos del pliego, por lo que, en desarrollo de la audiencia aportó cuatro (4) certificaciones



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

expedidas por ese ministerio, sobre el alcance de las horas extras a nivel nacional, respecto de cada uno de los integrantes de la unión temporal.

66. Las constancias a las que se hizo mención en la audiencia de adjudicación son del siguiente contenido:

El suscrito Coordinador del Grupo Trabajo, Empleo y Seguridad Social del Ministerio de la Protección Social Territorial Quindío se permite

HACER CONSTAR QUE

Mediante Resolución No. 309 de octubre 19 de 2007 se autorizó a la Empresa Compañía de Seguridad del Quindío COSEQUÍN Ltda., domiciliada actualmente en la carrera 18 No. 1 N -31 piso 2 de la ciudad de Armenia, para laborar horas extras, de conformidad con la normatividad legal vigente, por el término de dos (2) años.

*Que de conformidad con lo anterior, dicha autorización si la empresa lo necesitare siendo este su domicilio principal, deberá entenderse que se extiende a todos y cada uno de los lugares y sitios de trabajo donde la empresa realice sus labores **en el ámbito nacional**.*

Dada en Armenia, a solicitud del interesado, a los nueve (9) días del mes de septiembre de 2009 (fl. 398 c. pruebas 2).

67. Otras tres constancias sobre la mencionada autorización se allegaron respecto de la sociedad Vigilancia Santaferreña y Compañía Ltda., SEPECOL LTDA. y COSERVICREA LTDA., las cuales son del siguiente contenido (fls. 399-401 c. pruebas 2):

CONSTANCIA

Mediante la presente el suscrito Coordinador del Grupo de Empleo, Trabajo y Seguridad Social se permite hacer constar que:

1.- Mediante Resolución No. 3087 de fecha 25 de septiembre de 2008, se autorizó laborar horas extras a la empresa denominada: VIGILANCIA SANTAFERREÑA Y COMPAÑÍA LTDA., el artículo primero de la resolución reza: "Autorizar a la empresa VIGILANCIA SANTAFERREÑA Y COMPAÑÍA LTDA., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, para que exceda su jornada máxima legal sólo en dos horas diarias y doce semanales (diurnas y nocturnas), por un término de tres años, a partir de la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, pero únicamente cuando las circunstancias lo ameriten".

*2.- De acuerdo a la solicitud y la autorización expedida por este Ministerio, se debe entender que la misma se extiende a todos y cada uno de los lugares y sitios de trabajo donde la empresa realice sus labores **en el ámbito nacional**.*

Dada a los 7 días del mes de septiembre de 2009.

CONSTANCIA

Mediante la presente el suscrito Coordinador del Grupo de Empleo, Trabajo y Seguridad Social se permite hacer constar que:

1.- Mediante Resolución No. 003926 de fecha 26 de noviembre de 2007, se autorizó laborar horas extras a la empresa denominada: SEGURIDAD EL PENTÁGONO COLOMBIANO LIMITADA SEPECOL LTDA., el artículo primero de la resolución reza: "Autorizar a la empresa SEGURIDAD EL PENTÁGONO COLOMBIANO LIMITADA SEPECOL LTDA., con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, para que exceda su jornada máxima legal sólo en dos horas diarias y doce semanales (diurnas y nocturnas), por un término de tres años, a partir de la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, pero únicamente cuando las circunstancias lo ameriten".



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

2.- De acuerdo a la solicitud y la autorización expedida por este Ministerio, se debe entender que la misma se extiende a todos y cada uno de los lugares y sitios de trabajo donde la empresa realice sus labores **en el ámbito nacional**.
Dada a los 7 días del mes de septiembre de 2009.

CONSTANCIA

Mediante la presente el suscrito Coordinador del Grupo de Empleo, Trabajo y Seguridad Social se permite hacer constar que:

1.- Mediante Resolución No. 003112 de fecha 29 de septiembre de 2008, se autorizó laborar horas extras a la empresa denominada: **COMPAÑÍA DE SERVICIO DE VIGILANCIA PRIVADA COSERVICREA LTDA.**, el artículo primero de la resolución reza: "Autorizar a la empresa **COMPAÑÍA DE SERVICIO DE VIGILANCIA PRIVADA COSERVICREA LTDA.**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, para que exceda su jornada máxima legal sólo en dos horas diarias y doce semanales (diurnas y nocturnas), por un término de tres años, a partir de la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, pero únicamente cuando las circunstancias lo ameriten".

2.- De acuerdo a la solicitud y la autorización expedida por este Ministerio, se debe entender que la misma se extiende a todos y cada uno de los lugares y sitios de trabajo donde la empresa realice sus labores **en el ámbito nacional**.

Dada a los 7 días del mes de septiembre de 2009.

68. No obstante la explicación dada por la Unión Temporal S Y C y la subsanación de la oferta respecto del cumplimiento del requisito para laborar horas extras, la entidad nuevamente reiteró su negativa en los siguientes términos:

Con relación a la aclaración hecha en oficio de respuestas a las observaciones del pliego de condiciones publicada el 26 de agosto de 2009, se hace referencia es a la competencia para la expedición de la resolución de autorización de horas extras. Para la entidad es transparente si este acto administrativo era expedido por el Ministerio a Nivel Nacional o Territorial, independientemente de la desconcentración de funciones que tenga este ente; pero en todo caso, la resolución debía contener la autorización de horas extras con cubrimiento a nivel nacional.

Ahora bien, con relación a la indebida solicitud de aclaraciones, el comité evaluador requirió al Ministerio de la Protección Social y no a la Dirección Territorial del Quindío, la aclaración sobre la cobertura de la autorización de horas extras contenida en la Resolución 3282 del 24 de octubre de 2008 presentada por COSEQUÍN Ltda., toda vez que para la entidad era claro que la cobertura de la Resolución 309 del 19 de octubre de 2007 era sólo para la ciudad de Armenia, mientras que en la resolución expedida por la Dirección Territorial de Cundinamarca se contemplaba que el cubrimiento era solo para la ciudad de Bogotá, ahora bien, dentro de las propuestas se presentaron resoluciones expedidas por esa misma Dirección con cubrimiento nacional, por lo tanto, se consideró necesario aclarar si la firma COSEQUÍN Ltda. tenía el mismo cubrimiento a nivel nacional o indiscutiblemente era sólo para la ciudad de Bogotá.

La entidad no tiene en cuenta la constancia expedida por el Coordinador Grupo de Trabajo Empleo y Seguridad Social del Ministerio de Protección Social Territorial Quindío de fecha 9 de septiembre de 2009 por las siguientes razones:

1.- Expresamente la Resolución 309 de 19 de octubre de 2007 indica que su alcance es en la ciudad de Armenia.

2.- **Dicha resolución no puede ser modificada o ser aclarado su alcance a través de una constancia, sino mediante un acto administrativo de la misma naturaleza, razón por la cual la entidad se atiene a lo expresamente autorizado por la mencionada resolución.**

(..)



*Con relación a su comentario sobre la igualdad en la evaluación, el Comité Evaluador le aclara que **las propuestas presentadas por SEVICOL Ltda. y la Unión Temporal COBASEC también fueron rechazadas por cuanto no cumplían con la resolución de horas extras a nivel nacional.***

(..)

Por lo expuesto, la entidad no acepta las observaciones (fl. 369 c. pruebas 2).

69. La Sala debe precisar que no es cierto que la propuesta de la sociedad SEVICOL LTDA. hubiera sido rechazada porque no cumplió con el requisito de horas extras, pues en el acta de la audiencia de adjudicación que se adelantó el 17 de septiembre de 2009 consta lo contrario, a tal punto que no fue aceptada la observación que se elevó en tal sentido. La oferta fue rechazada porque no se probó la experiencia del supervisor externo del servicio, no obstante el requerimiento realizado por la DIAN, por lo que se dio aplicación a la causal prevista en el numeral 3.5.4 del pliego, consistente en no haber subsanado (fls. 320, 322, 323 y 365 c. pruebas 2).

70. De igual forma, tampoco es cierto que la oferta de la Unión Temporal COBASEC Ltda. Expertos Ltda. SOCOVIG Ltda. hubiera sido rechazada porque no cumplió con el requisito de horas extras, pues según el acta de la audiencia de adjudicación que se adelantó el 17 de septiembre de 2009, dicho proponente plural no cumplió fue porque la persona propuesta para desempeñar la labor de director del contrato no cumplió con los 10 años de experiencia exigida en el pliego. Por esta razón, en el acta consta que “se acepta la observación y se procede a dar aplicación al subnumeral 3.5.9 del numeral 3.5 “Causales de Rechazo”” (fl. 330 c. 2 pruebas).

71. Al finalizar la ronda de observaciones y las respuestas dadas a cada una de ellas por parte de la entidad pública, el comité de evaluación recomendó al director de la DIAN adjudicar la licitación pública No. 001 de 2009 a la Unión Temporal VSR DIAN 2009 “por ser la única propuesta que quedó habilitada¹⁰ y cumplir con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones”, además por “ser la propuesta más favorable para la entidad y los fines que ella busca”.

72. Acto seguido, el director de la entidad acogió la recomendación y en la audiencia adjudicó el contrato a la Unión Temporal VSR DIAN 2009 por valor de \$11.519'914.180.oo. El mismo día, el director de Gestión de Recursos y Administración

¹⁰ De conformidad con las actas de la audiencia de adjudicación, la oferta de la Unión Temporal COBASEC Ltda. fue rechazada porque su director del contrato no cumplió con el requisito de experiencia; la propuesta de SEVICOL Ltda. fue rechazada porque su supervisor tampoco cumplió con la experiencia; la propuesta de la Unión Temporal S Y C por no cumplir con la autorización para laborar horas extras a nivel nacional; la oferta de la Unión Temporal Seguridad Superior Ltda. fue rechazada porque el director del contrato no tenía la credencial de consultor vigente para la fecha del cierre del proceso de selección (fl. 352 c. pruebas 2) y la propuesta presentada por la Unión Temporal Guardianes Ltda.-VIMARCO Ltda. fue rechazada porque no cumplió con los requisitos financieros exigidos en el pliego (fl. 355 c. pruebas 2).



Económica de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió la Resolución No. 010217 (fls. 1-4 c. de pruebas 2).

b). El contrato y su ejecución

73. El 30 de septiembre de 2009, la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unión Temporal VSR DIAN 2009 suscribieron el contrato de prestación de servicios código 026-110 de 2009 con el siguiente objeto:

Cláusula primera. OBJETO DEL CONTRATO. El objeto de presente contrato es “la prestación de servicio de vigilancia fija con y sin armas con utilización de medios tecnológicos y servicio conexo de consultoría, asesoría e investigación para todas las dependencias e inmuebles de la entidad a nivel nacional, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista, la cual forma parte integral del presente contrato (fls. 422-445 c. pruebas 2).

XI. Solución a los argumentos de la apelación. Importancia del pliego de condiciones

74. El procedimiento de selección de contratistas es un medio para la obtención de las mejores ofertas para satisfacer las necesidades de la entidad y para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. Dicho proceso consta de una serie de etapas y reglas que deben ser claramente definidas por la administración y sujetarse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y al deber de selección objetiva que rigen la contratación estatal.

75. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece las modalidades de procesos de selección para la escogencia del contratista, a saber: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y contratación de mínima cuantía.

76. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció las reglas que rigen la modalidad de selección de licitación pública, las cuales fijan el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable para los intereses de la entidad y para los fines de la contratación estatal.

77. Entre las reglas que debe atender la administración para garantizar la igualdad de los proponentes y el deber de selección objetiva, se encuentra la de elaborar los pliegos de condiciones, los cuales detallan los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de



tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias **para garantizar reglas objetivas, claras y completas.**

78. Debe destacarse la importancia que tiene el pliego de condiciones en el procedimiento de selección del contratista, en cuanto en él se encuentran contenidas las reglas bajo las cuales los proponentes deberán elaborar sus ofrecimientos y los requisitos con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas.

79. A este respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala¹¹ de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye **la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con ocasión del mismo**, y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y etapas del proceso 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 aquella en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.

80. De ahí que, esta Corporación ha señalado que el documento rector de los procesos de selección y, en especial de la licitación pública, es el pliego de condiciones, que contiene la hoja de ruta del mismo, así como las condiciones del futuro contrato a adjudicar, y que está investido de una serie de características, como su intangibilidad y la carga de claridad y precisión que pesa sobre la entidad licitante que lo elabora.

81. En este orden, la intangibilidad consiste en la imposibilidad de modificar el pliego de condiciones una vez han sido entregadas y abiertas las propuestas, so pretexto de que quedó mal redactado o mal elaborado. El pliego, excepcionalmente, se puede modificar antes del cierre de la licitación, únicamente mediante adendas, que tiendan a aclarar puntos oscuros o expresiones ambiguas. Y es por esa carga y por la obligatoriedad del pliego tanto para los proponentes como para la entidad, que ésta debe soportar las consecuencias de la mala elaboración del pliego de condiciones.

82. Así lo reiteró en providencia del 26 de abril de 2006, en la cual sostuvo que la elaboración de los pliegos, **impone que la entidad licitante observe rigurosamente la denominada carga de claridad y precisión de su contenido y su obligatoriedad**, en tanto que *"(...) el mismo recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. Es por eso que la obligación por parte de la administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.



*criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, **comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción**, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas **esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas**, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso(...)*¹² (Resalta la Sala).

83. En este orden de ideas, el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993 definió el contenido mínimo de los pliegos de condiciones, entre los cuales se encuentran los siguientes: a) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección -condiciones de capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y organizacional-; b) las **reglas** objetivas, justas, **claras** y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole y aseguren una escogencia objetiva -factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación detallada de los mismos-; c) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

84. Dicha normativa, además de definir los aspectos que deben regularse, también señala las conductas en las que no se debe incurrir en el proceso de selección del contratista, a saber: a) fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento; b) establecer exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; c) consignar reglas que induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada; d) fijar reglas que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad contratante.

85. En definitiva, el pliego de condiciones es el instrumento que determina las reglas, factores y criterios que posibilitan la selección objetiva del contratista, y tanto la administración como los proponentes quedan sometidos a sus preceptos, cuyo desconocimiento compromete necesariamente la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



86. De ahí que, la elaboración del pliego de condiciones por parte de las entidades estatales debe realizarse consultando los fines perseguidos con la contratación estatal - artículo 3 de la Ley 80 de 1993- y con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y al deber de selección objetiva -artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007-.

87. El artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, mediante la cual se introdujeron algunas modificaciones a la Ley 80 de 1993¹³, se refiere a la “*selección objetiva*” y define como oferta más favorable aquella que resulte ser más ventajosa para la entidad, después de haber sido aplicados los criterios de escogencia y su ponderación, determinados de manera precisa y detallada en el pliego de condiciones, sin que tal favorabilidad la constituyan elementos extraños a los factores contemplados en ellos.

88. En este orden de ideas, es claro que, uno de los asuntos que necesariamente debe estar delimitado de forma clara y precisa en el pliego de condiciones, es el referente a los criterios de evaluación, entre los que se encuentran los requisitos habilitantes y los factores de calificación de las propuestas, para poder determinar quién será el adjudicatario del contrato.

89. El adecuado desarrollo de este aspecto posibilita la selección de la oferta más favorable para la entidad, en tanto, por un lado, la administración debe ceñirse a los criterios de evaluación en condiciones de transparencia, igualdad y objetividad, dado que la favorabilidad no podrá determinarse por factores diferentes a los contenidos en el pliego de condiciones y, por otro, los proponentes tienen el derecho de participar en igualdad de condiciones y a que su oferta sea evaluada, calificada y ponderada por la entidad de conformidad con las reglas previstas en el mismo pliego.

90. Así que, la selección objetiva, se fundamenta en aplicar rigurosamente los requisitos de selección de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de las ofertas de forma precisa, detallada y concreta, que permitan a la entidad seleccionar una óptima propuesta o la más ventajosa para la entidad.

91. Ahora bien, de acuerdo con la naturaleza de la contratación, la entidad estatal debe determinar con precisión en el pliego de condiciones las características de los bienes, obras y servicios, así como las condiciones de calidad de los mismos, las cuales son necesarias para la correcta ejecución del objeto del contrato. Esto pone en evidencia la necesidad de asegurar, desde la etapa de planeación del negocio jurídico, que los bienes

¹³ El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, derogó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que se refería al deber de selección objetiva, por lo que la regulación del mismo quedó contenida en el artículo 5º de la Ley 1150.



que va a recibir la entidad como beneficiaria del contrato sean de la calidad suficiente para garantizar el cumplimiento de los fines que se trazó con la contratación¹⁴.

XII. Requisitos habilitantes y oportunidad para subsanarlos

92. Los requisitos habilitantes son aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente y que no son necesarias para la comparación de las ofertas, pues son de simple verificación y, por tanto, pueden ser subsanadas en la oportunidad prevista por la ley. Por ser requisitos habilitantes la entidad debe permitir que estos se puedan subsanar, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional¹⁵.

93. Lo anterior permite concluir que el rechazo de una propuesta no procede por el incumplimiento de formalidades que no son objeto de comparación entre las propuestas. De esta forma fue previsto en el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, normatividad aplicable al presente asunto:

Artículo 5. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo [...]

PARÁGRAFO 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización (negritas fuera de texto).

94. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la jurisprudencia ha advertido que “la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo,

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2020, M.P. María Adriana Marín, exp. 46204.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009.



*e incumplirán la obligación que les asigna la ley*¹⁶. Bajo esta misma línea resulta clara la diferencia entre los requisitos subsanables y no subsanables, siendo estos últimos, precisamente, los que otorgan puntaje. Por tanto, se concluye que *“en la licitación pública es posible solicitar y allegar documentos faltantes, incluso dentro del traslado de las observaciones a la evaluación, pero solamente con el objeto de aclarar los errores cometidos por la entidad estatal o por los proponentes, siempre y cuando -por ese medio- no se varíen los requisitos de asignación de puntaje, sobre los cuales debe proceder la adjudicación”*¹⁷.

95. En sentencia de 29 de octubre de 2018¹⁸, la jurisprudencia fue clara en afirmar que con la Ley 1150 de 2007 se profundizaron las reglas del principio de la selección objetiva en la contratación pública que ya se habían consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Es así como el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007¹⁹ reafirmó la prohibición de instrumentar rechazos de las propuestas con base en asuntos meramente formales, lo que guarda correspondencia con el sentido del numeral 2 del artículo 25 en mención²⁰.

96. Además, se entiende que la Ley 1150 de 2007 concedió la oportunidad de aclarar los documentos presentados para cumplir con los requisitos habilitantes, que no otorgaban puntaje, hasta el momento de adjudicación, lo cual comprendió incluso la audiencia correspondiente.

97. La jurisprudencia de esta Corporación, de conformidad con lo previsto en la ley, ha señalado que los pliegos de condiciones deben contener: a) los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, b) las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 25804. Posición reiterada en la Subsección B de la Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2020, M.P. Alberto Montaña Plata, exp. 50793.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 19 de abril de 2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 54632.

¹⁸ M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 57597.

¹⁹ “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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

“(…).

“Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

²⁰ Ley 80 de 1993. “Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...) 2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias”.



licitación, c) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, d) no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, e) las reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad y f) el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía (numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993). Por ello, el pliego de condiciones ha sido llamado la ley del procedimiento de selección y la ley del futuro contrato, en tanto sus disposiciones son obligatorias tanto para la entidad licitante, como para los proponentes que participan en el procedimiento de selección. Es por eso que la intangibilidad de dichas reglas ha conducido así mismo a que se predique la carga de claridad y precisión que pesa sobre la entidad licitante, conforme a la cual a ésta le corresponde asumir las consecuencias que se deriven de una mala planificación, reflejada en errores o deficiencias que queden plasmados en el pliego²¹.

98. Sobre el particular, la Subsección A también ha señalado²²:

Los requisitos habilitantes corresponden a exigencias básicas que debe acreditar el proponente para cumplir con el contrato proyectado, se refieren a factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los oferentes, los cuales no otorgan puntaje puesto que solo son objeto de verificación por parte de la Administración; es decir, sirven como criterios útiles que comprueban la idoneidad del contratista y conducen a definir sobre la admisión o rechazo de una propuesta, en atención a unas condiciones mínimas que se exigen para ejecutar el objeto a contratar.

Por ende, al tratarse de elementos que, aunque de manera afirmativa, restringen la libre concurrencia al proceso de selección, se entienden razonables en función del interés general que involucra el proceso de selección y la realización de su objeto, los que, a su turno, se proyectan como criterios necesarios para constatar la idoneidad del oferente; de modo que lo allí exigido, debe ser adecuado y proporcional a la naturaleza y objeto del contrato y a su valor.

A su turno, los factores de calificación se examinan directamente en función de la propuesta, entendida como la manifestación de voluntad de quien participa en el proceso de selección que contiene los elementos del negocio jurídico respecto de los cuales la entidad licitante va a efectuar la comparación de las propuestas que le fueron presentadas, con el fin de obtener la más favorable, en atención a la ponderación detallada de elementos técnicos y económicos de escogencia establecidos en el pliego de condiciones. De modo que estos factores son materia de evaluación, pues otorgan una calificación, según las previsiones del pliego de condiciones, y se examinan solo respecto de aquellos proponentes que resultaron habilitados, esto es, que superaron la verificación de las condiciones necesarias para celebrar el contrato.

Sobre los defectos subsanables e insubsanables de las propuestas en la contratación pública, la Ley 80 de 1993, en su artículo 25, determinó que la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituía razón suficiente para rechazar los ofrecimientos; por ende, la dificultad quedaba en cabeza

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de agosto de 2020, M.P. María Adriana Marín, exp. 44212.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de agosto de 2021, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, exp. 56960.



de la administración al momento de precisar qué requisitos fundamentaban la comparación de las propuestas, pues si lo hacían su ausencia imponía el rechazo de la oferta, mientras que si no eran necesarios carecían de la virtualidad para producir el rechazo, lo que forzaba a la habilitación de la propuesta y su correspondiente calificación.

Luego, la Ley 1150 de 2007, por medio de su artículo 5, subrogó al artículo 29 de la Ley 80 de 1993, para conservar el criterio general que informa el deber de selección objetiva, desprovisto de cualquier consideración subjetiva, llevando a distinguir de forma expresa entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación o evaluación; señaló que los primeros están conformados por la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, de modo que sólo son objeto de verificación y, además, no otorgan puntaje; mientras que los segundos –factores de ponderación– se refieren a la propuesta y corresponden a aquellos componentes que sí otorgan puntaje.

Respecto a los elementos subsanables, el párrafo 1 del referido artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 consagró, previo a la modificación de la Ley 1882 de 2018, que todos los requisitos que no incidan en la asignación de puntaje pueden ser solicitados en cualquier momento por la entidades hasta la adjudicación -salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización-; es decir, precisó la regla de subsanabilidad en materia de requisitos habilitantes.

En esa medida, “la diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado²³, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables²⁴.”

99. En efecto, hay que diferenciar que lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito propiamente dicho. De modo que lo “*subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993*”²⁵.

100. Esta fue la intención del legislador prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, al prever que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple), a la vez que estableció cuándo eran procedentes las solicitudes de corrección o saneamiento, de manera que las mismas deben dirigirse a comprobar si el proponente observó o no los requerimientos necesarios para participar en el proceso de selección, sin que se pueda permitir la complementación de un aspecto que no fue observado desde la presentación de la propuesta, “*toda vez que ello desdibuja, con evidencia, el propósito*

²³ [32]: “Haciendo referencia a los requisitos y documentos necesarios para la comparación de las propuestas”.

²⁴ [33] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 29855, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera”.

²⁵ *Ibidem*.



de la verificación que no es otro, en términos de su definición, que la revisión o constatación de las condiciones exigidas²⁶.

En esta línea, esta Sala ha señalado:

*Puede suceder también que, a pesar de que el oferente sea plenamente capaz no haya acreditado fehacientemente su capacidad jurídica; en ese caso, la entidad debe solicitar al oferente que allegue el documento idóneo que acredite su condición.
(...)*

Lo mismo sucede con la experiencia. Si, por ejemplo, el pliego de condiciones exige una experiencia mínima específica de 5 años y el oferente no tiene más de 4 años de experiencia, no hay forma de que pueda subsanar tal falencia y, en consecuencia, su propuesta no puede pasar a la siguiente fase del proceso de selección, es decir, a la de evaluación, porque no satisface las condiciones mínimas de participación.

Ahora, si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte, porque, como se dijo anteriormente, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación²⁷.

XIII. Caso concreto

101. En la apelación, la entidad pública demandada insistió en la legalidad de su actuación y sostuvo que la sociedad COSEQUÍN LTDA., integrante de la Unión Temporal S Y C no cumplió con el requisito contenido en el numeral 3.2.6 del pliego de condiciones, pues la autorización para laborar horas extras no era para el nivel nacional sino territorial. Además, reiteró que la adjudicataria sí acató las reglas del proceso de selección. También reprochó el análisis realizado por el *a quo*, en cuanto calificó como acto administrativo la constancia del 9 de septiembre de 2009, expedida por el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial del Quindío del Ministerio de Protección Social, en la que se señaló que la sociedad COSEQUÍN LTDA. estaba habilitada para laborar horas extras a nivel nacional. Además, la exigencia del pliego era aportar la resolución que autorizaba y no se hizo. Y, por último, alegó falta de competencia del Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial del Quindío del Ministerio de Protección Social para certificar empresas a nivel nacional, pues sólo podía certificar las que correspondían a su jurisdicción, esto es el Departamento del Quindío.

102. De conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, particularmente los informes de evaluación de la propuesta presentada por la Unión Temporal S Y C y la subsanación de la misma en la oportunidad legal para hacerlo, la Sala considera que la parte actora demostró que cumplió con la exigencia prevista en el pliego de condiciones,

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de agosto de 2021, M.P. José Roberto Sáchica Méndez, exp. 56960.

²⁷ *Ibidem*.



contrario a las razones esgrimidas por la entidad para rechazar la oferta y, además, obtuvo el mayor puntaje en todos y cada uno de los factores de evaluación y calificación, por encima de la Unión Temporal VSR DIAN 2009, quien resultó siendo adjudicataria.

103. Como se observa en los hechos probados, en el numeral 3.2 del pliego de condiciones se especificó la documentación técnica que debían aportar los proponentes, como requisito habilitante o de verificación, relacionada con la clase y calidad de los servicios. Así, en el numeral 3.2.6 se solicitó allegar con la propuesta:

*3.2.6 Resolución sobre autorización de horas extras. El proponente deberá presentar copia o fotocopia legible de la resolución **expedida por el Ministerio de la Protección Social a Nivel Nacional para laborar horas extras**, la cual debe encontrarse vigente a la fecha de cierre de la presente licitación.*

En caso de consorcio o unión temporal, este documento debe ser aportado por todos sus integrantes (negritas fuera de texto).

104. El anterior requisito generó diversas interpretaciones para los interesados en la Licitación Pública No. 001 de 2009. Esto se evidenció en la audiencia de aclaración del pliego de condiciones, en la que se presentaron varias observaciones relacionadas con el alcance de la mencionada autorización, fundadas en que dicho requisito iba a generar problemas, en la medida en que unos proponentes iban a obtener una autorización a nivel nacional y otros no, porque el Ministerio de la Protección Social autorizaba laborar horas extras en el domicilio principal, lo que conllevaba a que se extendiera a las agencias y sucursales de la misma empresa. Esta observación fue planteada por la sociedad COSEQUÍN LTDA.

105. Por su parte, la sociedad Vigilancia Santaferense puso de presente que, según nota interna del mencionado ministerio (circular No. 060 de 2008 del Ministerio de la Protección Social), la solicitud de autorización se debía elevar ante la Dirección Territorial, por lo que eso también podría generar confusiones. La firma Vigilancia Seguridad Superior también sostuvo que el permiso a nivel nacional había sido eliminado, pues únicamente se expedía en donde se tuviera el registro de funcionamiento de la empresa o donde se fuera a prestar el servicio.

106. Y, con posterioridad a la audiencia de aclaración de pliegos, pero dentro de la oportunidad para presentar observaciones, la sociedad COSEQUÍN LTDA. insistió en que el Ministerio de la Protección Social actualmente no expedía autorizaciones para laborar horas extras a nivel nacional, sino que únicamente se concedía donde se encontrara la sede principal de la empresa y con esta misma se daba alcance a las agencias y sucursales.



107. No obstante las múltiples inquietudes que se presentaron en torno al alcance de dicha autorización y las solicitudes para que se modificara este requisito, la DIAN dio respuesta a las observaciones señalando que el Ministerio de la Protección Social era uno solo a Nivel Nacional, independientemente de la desconcentración de funciones que tuviera en las Direcciones Territoriales, razón por la cual era válida, para efectos de la licitación, la certificación que expediera el Ministerio tanto en el nivel central como territorial, sin que se hubiera dejado claro que, en todo caso, la autorización para laborar horas extras debía ser para el nivel nacional.

108. La duda que generó el pliego también fue evidenciada en una visita de control de gestión adelantada por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, antes de la adjudicación del contrato. Así, el órgano de control dio cuenta de que había *“unos proponentes que presentaron resoluciones en las que no se especifica si tiene cobertura a nivel nacional. En otros casos no se especifica si la autorización que se otorga hacen (sic) referencia a nivel nacional, ni su vigencia”*. Por tal razón, solicitó a la DIAN revisar este aspecto, antes de adjudicar el contrato. De esta forma, consideró que el numeral 3.2.6 del pliego no exigía que *“las resoluciones deban contener autorizaciones para laborar horas extras a nivel nacional. Por el contrario, a lo que se refiere cuando menciona “el nivel nacional” es que el Ministerio de la Protección Social es la entidad que a dicho nivel expide ese tipo de autorizaciones, pero en ningún momento que los proponentes tengan que contar con autorizaciones con cobertura para laborar en todo el territorio nacional”* (fls. 412-415 c. pruebas 2).

109. Como se observa, el requisito previsto en el numeral 3.2.6 del pliego tampoco era claro para la Procuraduría.

110. Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito por parte de la Unión Temporal S Y C, en el proceso está demostrado que cada una de las cuatro sociedades que la integraban lo cumplieron, pues contaban con la autorización para laborar horas extras, expedida por una dependencia del Ministerio de la Protección Social. Particularmente, en lo que hace a la sociedad COSEQUÍN LTDA., la Sala observa que con la propuesta se allegaron las Resoluciones Nos. 309 del 19 de octubre de 2007 y 003282 del 24 de octubre de 2008, las cuales permitieron a la DIAN, en un primer momento, avalar el cumplimiento del requisito y, por tanto, dar viabilidad a la evaluación de la oferta, como en efecto aconteció con el informe de los requisitos habilitantes o de verificación.

111. Las demás sociedades integrantes de la unión temporal también cumplieron con el requisito, pues allegaron resoluciones expedidas en similares términos.



112. No obstante lo anterior, al dar respuesta a la observación presentada por la Unión Temporal VSR DIAN 2009, fue que la entidad pública reconsideró su decisión de habilitar la propuesta de la Unión Temporal S Y C como lo había hecho, con fundamento en que la sociedad COSEQUÍN LTDA. no cumplía con el requisito al que se hace mención. Esto dio lugar a que la proponente y ahora demandante procediera a subsanar la oferta aportando una constancia expedida el 9 de septiembre de 2009, es decir, antes de la adjudicación, por el Coordinador del Grupo Trabajo, Empleo y Seguridad Social del Ministerio de la Protección Social Territorial Quindío que aclaraba el alcance de la autorización previamente otorgada y vigente al momento del cierre del proceso de selección, para establecer que la autorización que había sido otorgada a favor de la empresa COSEQUÍN LTDA., la cual tenía su domicilio en la ciudad Armenia, debía entenderse que se extendía a todos y cada uno de los lugares y sitios de trabajo donde la empresa realizara sus labores **en el ámbito nacional** (fl. 398 c. pruebas 2). De esta forma quedó aclarada la duda de la DIAN y, por tanto, subsanado el requisito habilitante.

113. De conformidad con lo anterior, la Sala no se explica por qué la entidad no aceptó dicha constancia, fundada en que la resolución de autorización *“no puede ser modificada o ser aclarado su alcance a través de una constancia, sino mediante un acto administrativo de la misma naturaleza”*.

114. Sobre el particular, la Sala debe anotar que, del contenido de la constancia, claramente se puede establecer el cumplimiento del requisito, sea que se llame acto administrativo, constancia, certificación, oficio, resolución, circular o comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad no está definida por el ordenamiento.

115. A lo anterior cabe agregar que fue el mismo funcionario que expidió la resolución de autorización, es decir el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, quien certificó su ámbito de aplicación y alcance, obrando en representación del Ministerio de la Protección Social, Dirección Territorial del Quindío, circunstancia que no debió ser ignorada por la entidad, pues se trató de un documento público expedido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

116. Cabe advertir que la entidad pública en ningún momento requirió a la Unión Temporal S Y C para que subsanara, pues, por el contrario, rechazó la oferta en la audiencia de adjudicación por falta de un requisito habilitante, cuando ya había establecido que la oferta estaba habilitada.



117. En el proceso quedó demostrado que la entidad pública sí requirió a otros proponentes para que subsanaran diversos requisitos habilitantes, pero no lo hizo con la ahora demandante.

118. Ahora bien, como se pudo observar en los informes de evaluación de las propuestas, la Unión Temporal S Y C fue habilitada para ser evaluada, justamente por cumplir con todos los requisitos habilitantes y de verificación. Y luego, en la etapa de calificación, obtuvo el mayor puntaje en cada uno de los factores previstos como calificables en el pliego de condiciones, tales como el apoyo a la industria nacional, aspectos técnicos relevantes (servicio de vigilancia, personal con curso de actualización), experiencia como consultor de seguridad, experiencia en servicio de vigilancia modalidad escolta, experiencia del director del contrato, el plazo para la reposición de bienes, la certificación a la Red Nacional de Explosivos e Incendios de la Fiscalía General de la Nación, la Certificación de afiliación al Frente de Seguridad Empresarial y el precio en la oferta económica. Ninguno de estos factores contempló la autorización para laborar horas extras, por lo que no era un requisito de calificación o que otorgara puntaje.

119. Dicha calificación se obtuvo en cada una de las seis (6) regiones para las cuales aplicó la Unión Temporal S Y C, esto es para Bogotá, Barranquilla, Medellín, Cali, Pereira y Bucaramanga. Por su parte, la propuesta de la Unión Temporal VSR DIAN 2009 obtuvo 91,98 puntos para las regiones de Bogotá, Barranquilla, Medellín, Cali y Pereira y 91,04 para Bucaramanga.

120. De ahí que, en cuanto a la acreditación de los requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, la entidad puede y debe solicitarla, permitiendo al proponente subsanar y defenderse luego de la evaluación, en la medida en que son subsanables, dado que nada tienen que ver con la asignación de puntaje.

121. Tampoco se entiende la actuación de la DIAN al no tener en cuenta las resoluciones allegadas por la empresa COSEQUÍN LTDA., porque no autorizaron laborar horas extras a nivel nacional y sí validar los actos administrativos aportados por los demás integrantes de la Unión Temporal S Y C, cuando tampoco en ellos se especificó que la autorización era para el nivel nacional.

122. Ahora bien, el recurrente también alegó que el Coordinador del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Quindío del Ministerio de Protección Social no tenía competencia para certificar empresas a nivel nacional, pues sólo podía certificar las que correspondían a su jurisdicción, esto es el Departamento del Quindío, por lo que, a su parecer, el *a quo* incurrió en *“una violación indirecta de la ley por error de hecho, al configurarse un falso juicio de existencia por omisión de prueba, lo cual resulta de especial relevancia y trascendencia para las resultas del proceso, pues*



valorada en debida forma y en conjunto con el restante acervo probatorio, conduciría a una decisión totalmente diferente a la adoptada, para proceder a negar las pretensiones de la demanda”.

123. Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al recurrente, en la medida en que la ley dispone que es el Ministerio de la Protección Social, antes Ministerio del Trabajo, el competente para expedir las autorizaciones para laborar horas extras en el territorio nacional, sin que se distinga entre las dependencias que lo componen o representan.

124. En efecto, el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las horas extras de trabajo deben ser autorizadas por el Ministerio del Trabajo, sin exceder de un máximo de 2 horas extras al día y de 12 horas a la semana. Justamente uno de los requisitos para acceder al permiso es presentar la solicitud suscrita por el representante legal de la empresa, dirigida a la **Dirección Territorial del domicilio principal de la empresa**. La vigencia de la autorización se mantendrá mientras subsistan las causas que le dieron origen, sin que pueda exceder de 3 años (artículo 1º del Decreto 995 de 1968 y circular No. 060 de 2008 del Ministerio de la Protección Social) (fls. 243 a 252 del cuaderno 2 de pruebas).

125. A lo anterior cabe agregar que fue la misma DIAN, al responder las observaciones que se presentaron a los pliegos, quien señaló que el Ministerio de la Protección Social era uno solo a nivel nacional, independientemente de su desconcentración de funciones en las direcciones territoriales y que, como ya se evidenció, para efectos de la licitación era válida la certificación que expediera dicho ministerio tanto en el nivel central como en el territorial. Además, la entidad pública fue enfática en afirmar en la contestación de la demanda, que en el pliego de condiciones nunca se dispuso que la resolución de autorización de horas extras debía expedirla una u otra oficina del Ministerio de Protección Social, ya fuera por sus oficinas centrales o por una oficina regional, ambas eran válidas.

126. De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra acreditada la ilegalidad del acto, pues con la certificación obtenida por el funcionario del Ministerio de la Protección Social se demostró el cumplimiento del requisito exigido y de los demás previstos en el pliego de condiciones, sumado al hecho de haber presentado la mejor oferta, por lo que era evidente que la Unión Temporal S Y C debió ser favorecida con la adjudicación.

127. De ahí que proceda declarar la nulidad del acto administrativo acusado. Esto, en la medida en que el rechazo de la oferta fue injustificado y se probó que la presentada por el demandante era la mejor y, por lo tanto, la más conveniente para la entidad, toda vez que en la calificación obtuvo el mayor puntaje; esto demuestra, además, que fue injusta



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

e ilegalmente privado del derecho a la adjudicación y celebración del contrato y, por ende, que las mismas no recayeron en la mejor propuesta, como se afirmó en el acto demandado, circunstancia que demuestra el vicio de falsa motivación alegado en la demanda y que se declaró fundado por el *a quo*.

128. En consecuencia, la Sala habrá de modificar la sentencia de primera instancia en cuanto se mantendrá la declaratoria de nulidad del acto administrativo y la nulidad absoluta del contrato, pero se revocará el reconocimiento de perjuicios, como se estableció en el capítulo de oportunidad de la demanda.

XIV. Condena en costas

129. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, norma especial y de aplicación preferente para este tipo de asuntos.

D. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia del 23 de octubre de 2013, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 010217 del 22 de septiembre de 2009, expedida por el director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 001 de 2009 a la Unión Temporal VSR-DIAN 2009.

TERCERO. DECLARAR la nulidad absoluta del contrato suscrito el 30 de septiembre de 2009 entre la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unión Temporal VSR-DIAN 2009.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Sin condena en costas.



Radicación número: 250002326000201100150-01 (50127)
Actor: Compañía de Servicios de Vigilancia Privada Ltda. y otros
Demandado: DIAN y otros
Acción: Controversias contractuales

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF