



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**Consejero Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Bogotá D. C., quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017)**

**Radicación: 250002326000200800022 01 (40611)**

**Actor: BDO Salud Age y BDO Audit Age S.A.**

**Demandado: La Nación - Ministerio de la Protección Social y otro.**

**Referencia: Acción de controversias contractuales. Apelación de sentencia.**

**Temas:** *Derogación de las leyes. Clases de derogación. – Debido proceso. Reiteración jurisprudencial. – Expedición de tarjetas profesionales de enfermería. Entidad competente para su expedición. Requisitos. – Principio de transparencia en la contratación estatal. – Concurso de méritos. Aplicación de los términos de referencia de manera rigurosa. - Requisitos no subsanables.*

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la que se negó las pretensiones de la demanda.

**I. SÍNTESIS DEL CASO**

La Nación – Ministerio de la Protección Social, mediante Resolución No. 3124 de 2007 ordenó la apertura del concurso de méritos No. MPS-06 de 2007, con el objeto

de realizar la auditoría integral especializada al FOSYGA. Mediante Resolución No. 4276 de 2007 se adjudicó el contrato 409 del mismo año a la firma JAHV Mc Gregor S.A. Las sociedades BDO Salud Age y BDO Audit Age S.A. solicitaron la nulidad de la Resolución No. 4216 de 2007 y la nulidad absoluta del contrato No. 409 de 2007.

## II. ANTECEDENTES

### 2.1. Lo pretendido

El 23 de enero de 2008, **las sociedades BDO Salud Age y BDO Audit Age S.A.**, por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda contra el **Ministerio de la Protección Social**, con el objeto que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

***“Primera:** Que se declare la nulidad de la Resolución 4276 del 20 de noviembre de 2007, expedida por el Ministerio de la Protección Social, en cuanto por ella se declaró a la firma JAHV McGregor S.A. como la ganadora del concurso de méritos No. MPS-06 de 2007, y se le adjudicó el contrato No. 0409 de Prestación de Servicios de Auditoría e Interventoría, suscrito el 21 de diciembre de 2007.*

***Segunda:** Que, en consecuencia, y de conformidad con el numeral 4° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se declare la nulidad absoluta del contrato No. 0409 de Prestación de Servicios de Auditoría e Interventoría, suscrito el 21 de diciembre de 2007 entre la firma JAHV McGregor S.A. y el Ministerio de la Protección Social.*

***Tercera:** Que, también en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se declare que las profesionales de enfermería Blanca Luz Hoyos Henao y María Teresa Aguilar Carreño, no han debido ser excluidas de la calificación dentro del concurso de mérito No. MPS-06 de 2007.*

***Cuarta:** Que, así mismo en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la calificación de la Unión Temporal BDO dentro del concurso de méritos MPS-06 de 2007 no ha debido reducirse en 95 puntos, esto es, de 1.345 a 1.250 puntos.*

***Quinta:** Que, también en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el Ministerio de la Protección Social ha debido declarar que la Unión Temporal BDO, al haber obtenido la puntuación más alta, fue el legítimo ganador del concurso de méritos No. MPS-06 de 2007.*

**Sexta:** Que, también en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el Ministerio de la Protección Social ha debido adjudicarle el contrato No. 0409 de Prestación de Servicios de Auditoría e Interventoría a la Unión Temporal BDO.

**Séptima:** Que, también en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación Colombiana – Ministerio de la Protección Social, a cancelar a favor de mis representadas la suma de mil ciento cuarenta y ocho millones setecientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y siete pesos con sesenta y nueve centavos m/cte (\$1.148'781.347,69), o aquella que resultare probada en el curso del proceso, por concepto de los perjuicios materiales que sufrió la Unión Temporal BDO al no habérsela declarado ganadora del concurso de méritos No. MPS-06 de 2007, los cuales se hacen consistir en el valor de la utilidad proyectada que la Unión Temporal hubiera percibido por razón de habersele adjudicado el contrato No. 0409 de 2007 de Prestación de Servicios de Auditoría e Interventoría.

**Octava:** Que, también en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación colombiana - Ministerio de la Protección Social a pagar a favor de mis representadas, las sumas de dinero de que trata la pretensión anterior debidamente indexada al momento de proferirse la sentencia que ponga fin al presente proceso, junto con los intereses comerciales moratorios a la más alta tasa autorizada por la ley, que se causen con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia y hasta el momento del pago, respecto de las sumas a que resulte condenada la Nación Colombiana – Ministerio de la Protección Social.

**Novena:** Que se condene a la Nación Colombiana – Ministerio de la Protección Social, a cancelar las costas de este proceso”.

La parte demandante sostuvo, como **fundamentos de hecho** de las pretensiones, que mediante Resolución No. 3124 de 2007, el Ministerio de la Protección Social ordenó la apertura del concurso de méritos No. MPS-06 de 2007, cuyo objeto fue “realizar la auditoría integral especializada al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, del Sistema General de Seguridad Social – SGSSS – conformado por las subcuentas de compensación, promoción, solidaridad y seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito – ECAT- y a su administrador fiduciaria, en el marco de lo establecido en la ley 100 de 1993, los decretos 1283 de 1996, 50 de 2003, 2280 y 3260 de 2004, el decreto ley 1281 de 2002 y demás normas legales vigentes sobre la materia y ejercer la interventoría del contrato de administración de

*recursos del FOSYGA, de acuerdo con lo establecido en la ley 80 de 1993, resolución 2115 de 2003 del Ministerio de la Protección Social y demás normas que regulan la materia”.*

A partir del 21 de septiembre de 2007, la entidad contratante publicó los términos de referencia definidos del concurso MPS-06 de 2007 en la página web de la entidad y el Portal Único de Contratación.

El 26 de septiembre de 2007, tuvo lugar la audiencia de aclaración de términos de referencia.

El 4 de octubre de 2007, mediante adendo No. 1, la entidad contratante amplió el término de cierre del concurso hasta el 12 de octubre de 2007. Mediante adendo No. 2 se señalaron los requisitos mínimos que debían presentar los oferentes en relación con su equipo de trabajo, so pena que el candidato ofrecido fuera excluido de la calificación. Entre dichos requisitos se encontraba el de *“la fotocopia de la tarjeta profesional o documento que acredite la solicitud de la expedición de la misma ante la autoridad respectiva”*. La parte demandante, de conformidad con los requerimientos del adendo No. 2 allegó con su propuesta todos los documentos exigidos, incluidas las tarjetas profesionales de los miembros de su equipo de trabajo.

El 12 de octubre del mismo año, se cerró el concurso de méritos MPS-06 de 2007, en el que se presentaron los siguientes proponentes: Unión Temporal BDO, JAHV Mc Gregor S.A., Unión Temporal Interaudit – Colconsulting, el Consorcio Baker Tilly Colombia Nexia M&A Internacional Proyecto Fosyga y la Unión Temporal CPS Bankvisión.

Del 13 al 23 de octubre de 2007, la entidad contratante evaluó las propuestas presentadas por los proponentes y corrió traslado de las calificaciones para efectos de que presentaran las observaciones a que hubiere lugar. La firma JAHV Mc Gregor S.A. presentó una objeción a la propuesta de la parte demandante, la cual consistió en que de conformidad con la Ley 266 de 1996, las tarjetas profesionales de las enfermeras Blanca Luz Hoyos Henao y María Teresa Aguilar Carreño, quienes fueron propuestas como expertas en auditoría médica y subcuenta ECAT,

respectivamente, no se encontraban registradas en la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia – ANEC-, ni contaban con la tarjeta que expide la asociación mencionada.

Con posterioridad, cada uno de los proponentes fue informado de los puntajes obtenidos en la etapa de evaluación previa, así: la Unión Temporal BDO con 1.345 puntos, JAHV Mc Gregor S.A. con 1.273.33 puntos, Unión Temporal Interaudit – Colconsulting con 1.163.33 puntos, la Unión Temporal CPS Bankvisión 985 puntos, puntaje inferior al mínimo requerido para concursar que era de 1.100 puntos, y el Consorcio Baker Tilly Colombia Nexia M&A Internacional Proyecto Fosyga, descalificado por no cumplir con los requisitos técnicos, jurídicos y económicos.

El 30 de octubre de 2007, la parte demandante, solicitó a la funcionaria de Gestión Contractual de la entidad contratante, que de acuerdo con el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se expidieran a su costa las copias correspondientes a las observaciones presentadas por los demás oferentes a las evaluaciones, obteniendo una respuesta negativa por parte de la entidad, por lo que no fue posible conocer las observaciones realizadas por JAHV MC Gregor a su propuesta.

El día 19 de noviembre del mismo año, la entidad contratante llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación del concurso de méritos MPS-06 de 2007 y dio lectura definitiva de las propuestas presentadas. En la audiencia, se le informó a la Unión Temporal BDO que se había excluido de la calificación a las profesionales de enfermería Blanca Luz Hoyos Henao y María Teresa Aguilar Carreño, por cuanto no se encontraban registradas en la ANEC, tal como lo ordena la Ley 266 de 1996, ni contaban con la tarjeta que expide dicha asociación.

El 20 de noviembre de 2007, se reanudó la audiencia y se dio lectura al acto administrativo de adjudicación contenido en la Resolución 4276 de 2007, cuyo adjudicatario fue la firma JAHV MC Gregor S.A. y la calificación de la parte demandante fue disminuida sustancialmente de 1.345 a 1.250, es decir, 95 puntos menos, por lo que pasó a ocupar el 2 lugar.

La entidad contratante no tuvo en cuenta que la Ley 266 de 1996 se encontraba derogada con la expedición de la Ley 1164 de 2007, por lo que la entidad contratante fundó su decisión con base en una norma derogada.

La Unión Temporal BDO presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución 4216 de 2007, la cual fue negada por la entidad y el 28 de diciembre de 2007, fue publicada en la página web el contrato 409 de 2007.

## **2.2. Trámite procesal relevante**

La demanda así formulada fue inadmitida el 16 de abril de 2008<sup>1</sup> y subsanada en tiempo mediante escrito del 25 de abril de 2008.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B mediante auto del 22 de octubre de 2008, admitió la demanda, providencia que fue notificada a las partes, al representante legal de la firma JAHV Mc Gregor S. A. y al Ministerio Público.

La Nación – Ministerio de la Protección Social, **contestó la demanda** el 15 de enero de 2009, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y consideró que la Ley 266 de 1996, que reguló específicamente la profesión de enfermería en Colombia, no era contraria a la Ley 1164 de 2007, y por lo tanto, no operó la derogatoria tácita y mucho menos la derogatoria expresa como adujo el demandante, *“teniendo que al analizarse el impacto del tránsito normativo con prevalencia de la nueva norma, respetando que existen figuras y procedimientos creados en la Ley 266 de 1996 que se mantienen en el tiempo, que no son modificados o que simplemente se ajustarán a las nuevas disposiciones sin encontrarse derogados directa o inmediatamente”*. A su juicio, la apreciación de la parte demandante equivalía a considerar que durante el período para reglamentar la Ley 1164 de 2007, en Colombia no *“existirá ningún tipo de registro o documentos de prueba ante la sociedad y el Estado sobre el ejercicio profesional en cualquier área de la salud, lo cual además de ser contrario a las leyes que regulan la materia, es un peligro inminente para la población y el control que el Estado debe ejercer directamente o por medio de las instituciones acreditadas para ello”*.

---

<sup>1</sup> Folio 29 del cuaderno de primera instancia.

Sobre la presunta violación al debido proceso, sostuvo que el Ministerio de la Protección Social no negó la expedición de las copias de las observaciones de los demás proponente, sino que presentó razones procesales claras sobre el hecho que dichas copias no se entregarían en esa etapa de la actuación, *“actuación ésta que encontró como fundamento lo estatuido tanto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 como en los términos de referencia que es el documento guía que vincula a la administración y los proponentes”*.

Por último, señaló que *“la propuesta más favorable en manera alguna corresponde a la que los proponentes en su interés particular por obtener la adjudicación del contrato estimen como tal, si no, a la aplicación de las reglas del proceso establecidas en los pliegos de condiciones y términos de referencia para cada caso, en ese entendido y teniendo absolutamente claro que para el momento de la estructuración de los pliegos de condiciones, la adjudicación del concurso de méritos MPS-06 de 2007 e incluso a la fecha de la contestación de esta demanda, la Asociación Nacional de Enfermería – ANEC, es la única entidad competente para expedir las tarjetas para los profesionales en enfermería de acuerdo con las normas preexistentes y que así sigue ocurriendo hasta que se implementen y reglamenten las funciones delegadas del artículo 10 de la Ley 1164 de 2007, se dio cumplimiento estricto a la normatividad establecida, siendo contrario al ordenamiento jurídico establecer que el cumplimiento de las reglas procesales y el tránsito normativo adecuado puede ser por sí (sic) mismo contrario al interés público”*.

La sociedad JAHV Mc Gregor S. A., **contestó la demanda** el 15 de enero de 2009, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de incongruencia de la demanda y caducidad de la acción. Adujo que, de la audiencia de adjudicación y el texto de la Resolución demandada, se pudo llegar a la conclusión que la firma JAHV Mc Gregor S. A. obtuvo el mayor puntaje, resultado de presentar una propuesta debidamente soportada con las exigencias contenidas en el pliego de condiciones, por tal motivo, la decisión del Ministerio de Protección Social de adjudicar el contrato a dicho proponente, fue el resultado de escoger la oferta más favorable a la entidad. Por otra parte, consideró que las profesionales Blanca Luz Hoyos Henao y María Teresa Aguilar Carreño no presentaron la fotocopia de la tarjeta profesional o la solicitud de su trámite, los cuales eran indispensables para la calificación y comparación de las propuestas. La

carencia de dichas tarjetas profesionales fue puesta de presente por parte del proponente favorecido, además que las hojas de vida, de las profesionales citadas no se allanaban al cumplimiento del requisito de su acreditación, aspecto que jamás fue desvirtuado por el proponente, hoy demandante, y por ende, no era factible por vía judicial, *“pretender que se declare la existencia de un documento en la propuesta de la época cuando éste no hacía parte de ella”*.

Añadió que, *“en cuanto a la debida acreditación profesional, la propuesta de la Unión Temporal BDO, presentaba varias carencias, que indefectiblemente lo conducían a ser descalificado en el proceso concursal y no sólo por las dos hojas de vida aludidas en la demanda. De contera, no era factible, como tampoco lo es en la actualidad, que se declare que presentaba la mejor propuesta para la entidad”*.

Tras haberse corrido el término de traslado para **alegar de conclusión en primera instancia**, el Ministerio de la Protección Social consideró que el actor señaló que la Ley 1164 de 2007 causó la derogatoria de la Ley 266 de 1996, y en consecuencia, que la Asociación Nacional de Enfermería – ANEC, no tenía funciones públicas delegadas en el momento de la evaluación del proceso para realizar el registro de los profesionales de esa área, ni para expedir la tarjeta profesional para enfermeras. *“Al respecto se debe señalar que la interpretación de los supuestos normativos establecidos en la Ley 1164 de 2007 por parte del actor, son incorrectos, pues la Ley 266 de 1996 que regula específicamente la profesión de enfermería en Colombia, no es contraria a la nueva norma, y por lo tanto, no opera la derogatoria tácita y menos la expresa a la que se refiere el demandante para el caso concreto, teniendo que al analizarse el impacto del tránsito normativo con prevalencia de la nueva norma, respetando que existen figuras y procedimientos creados en la Ley 266 de 1996 que se mantienen en el tiempo, que no son modificados o que simplemente se ajustarán a las nuevas disposiciones sin encontrarse derogados directa o inmediatamente”*. Seguidamente, sobre la presunta violación al debido proceso, adujo que la Ley 80 de 1993 no contempló procedimiento alguno de traslado de observaciones o contra observaciones que implique un trámite o paso adicional de alegaciones antes de la adjudicación. *“Así mismo, es importante señalar que las observaciones y objeciones a los informes de evaluación se concretan en la censura de la actuación de la administración y en ese sentido, es la Entidad la llamada a verificar las condiciones del proceso y su actuación en los*

*informes de evaluación, para que si lo considera necesario de acuerdo a las reglas del mismo, modifique su posición o la mantenga, entendiendo que dicho trámite regulado legalmente, busca establecer mecanismos objetivos y claros para que las entidades públicas sujetas al Estatuto de Contratación Estatal seleccionen al contratista con los ofrecimientos más favorables frente a las reglas preestablecidas, esas condiciones encarnan una finalidad y estructura diferente a un proceso contencioso judicial propiamente dicho, entre dos o más particulares”.*

A su turno, JAHV Mc Gregor S. A., consideró estar plenamente probado, que los proponentes en el concurso, conocieron la obligación de acreditar la tarjeta profesional para cada uno de los candidatos presentados a calificación y que conformarían el equipo de trabajo. Además, infirió que no solamente la Unión Temporal BDO omitió allegar al proceso de contratación las tarjetas profesionales de enfermería, sino que también de los profesionales de administración pública.

Los miembros de la Unión Temporal BDO, en el escrito de alegatos de conclusión reiteraron que hubo violación al principio de legalidad, pues *“quedó suficientemente demostrado en este asunto, que el Ministerio de la Protección Social quebrantó ese principio de legalidad, al aplicarle a la propuesta presentada por la Unión Temporal BDO, en detrimento de sus intereses, la Ley 266 de 1996, norma que con anterioridad al cierre del concurso de méritos MPS-06 de 2007 había sido derogada por virtud de la Ley 1164 de 2007, en particular, de su artículo 39, (...)”*. No a otra conclusión se debía llegar, si se considera que la Ley 266 de 1996 contenía normas relativas al registro del profesional de enfermería y a la expedición de la tarjeta que lo acredita como tal, y que en la Ley 1164 de 2007 ese mismo tema fue regulado de manera distinta, en particular, en su artículo 10. En suma, al momento en que la unión temporal presentó la propuesta la reglamentación de la Ley 1164 de 2007 no había sido dictada por el gobierno, por lo que, a su juicio, la Ley 14 de 1962 conservaba plena vigencia y validez, por lo que correspondía a las Secretarías Distritales de Salud expedir las tarjetas profesionales. Por otra parte, en su sentir, hubo violación del debido proceso por la negativa por parte del Ministerio de la Protección Social a la solicitud encaminada a la entrega de una copia de las observaciones realizadas por los demás oferentes, hecho que quedó debidamente acreditado en el plenario.

El Ministerio Público guardó silencio.

### **2.3. La sentencia apelada**

Surtido el trámite de rigor, y practicadas las pruebas decretadas el veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B profirió **fallo de primera instancia** en la que se decidió:

***“PRIMERO.** Negar las pretensiones de la demanda.*

***SEGUNDO.** Declarar no probada la excepción de incongruencia de la demanda, de conformidad con las consideraciones anteriores.*

***TERCERO.** No prospera la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada – JAHV Mc Gregor S.A.*

***CUARTO.** Declarar que no prospera la objeción por error grave.*

***QUINTO.** Ejecutoriado el presente fallo, por Secretaría, liquídense los gastos ordinarios del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

***CUARTO. (sic) No se condena en costas.”***

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso que de la lectura de la Ley 266 de 1996 y la Ley 1164 de 2007, se podía inferir que esta última no derogó de manera expresa lo dispuesto en aquella, pues las normas contenidas en la Ley 266 de 1996, no le eran contraria a la Ley 1164.

Adujo que en la actualidad la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia continúa siendo la institución encargada de expedir las tarjetas profesionales de enfermeras profesionales.

Por tal motivo, las profesionales Blanca Luz Hoyos y María Teresa Aguilar, debieron realizar la solicitud de tarjetas profesionales en la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia – ANEC, pues fue la Ley 266 de 1996 que reglamentó el

ejercicio de la enfermería, la que dispuso que las enfermeras profesionales, que con anterioridad a la vigencia de la norma, hubieren obtenido la tarjeta como profesional universitario de enfermería expedida por el Ministerio de Salud, en la época, o las secretarías de salud respectivas, se debían registrar ante la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia – ANEC.

Como quiera que el anterior documento no fue suministrado por el proponente, incumplió lo prescrito en el numeral 4.2.2.1 de los términos de referencia del concurso de mérito MPS-06 de 2007, excluyéndose entonces de calificación a los dos profesionales Blanca Luz Hoyos Henao y María Teresa Aguilar Carreño, *“pues como se detallo (sic) específicamente en los términos de referencia, el documento era uno de los requisitos para la comparación de las propuestas y la obtención de un puntaje determinado”*.

Respecto a la violación del debido proceso, al no haber entregado copia de las observaciones presentadas a las propuestas, adujo que las objeciones presentadas por un proponente a otro, no constituían actos administrativos o expresión de la voluntad de la administración, ni tampoco hacen parte de las propuestas, pues solo son objeciones que deben resolverse en el acto de adjudicación, y ni la Ley 80 de 1993, ni los términos de referencia establecían el traslado de las observaciones o el suministro de copias.

La sentencia de primera instancia fue notificada mediante edicto desfijado el 8 de noviembre de 2010<sup>2</sup>.

## **2.4. El recurso contra la sentencia**

La parte demandante interpuso oportunamente, el 23 de noviembre de 2010, **recurso de apelación** contra la anterior decisión, con el fin de provocar su revocatoria y en su lugar se profiera sentencia sustitutiva en la que se accede a las pretensiones de la demanda.

---

<sup>2</sup> Folio 62 del cuaderno principal.

Para sustentar su inconformidad, estimó que el Ministerio de la Protección Social aplicó a la propuesta presentada por la Unión Temporal BDO la Ley 266 de 1996, norma que con anterioridad al cierre del concurso de méritos MPS-06 de 2007, había sido derogada por la Ley 1164 de 2007, en particular, de su artículo 39 que derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias.

Derogatoria que devino en forzosa, al considerar que la Ley 266 de 1996, contenía normas relativas al registro del profesional de enfermería y a la expedición de la tarjeta que lo acredita como tal, y que en la Ley 1164 de 2007 ese mismo tema fue regulado de manera distinta, específicamente en su artículo 10.

Como quiera, que la Ley 1164 de 2007 estableció que el Gobierno debía expedir la reglamentación correspondiente en un plazo de 6 meses, y al momento en el que las demandantes presentaron la propuesta, dicha reglamentación no había sido proferida, concluyó que las tarjetas profesionales, que habían sido expedidas con anterioridad por entidades autorizadas legalmente para el efecto, conservaban plena validez y vigencia.

En gracia de discusión, señaló que aún en vigencia de la Ley 266 de 1996, no se imponía la obligación de registro ante el ANEC para los profesionales de la enfermería que hubieran obtenido su tarjeta con anterioridad a la vigencia de dicha norma, en realidad, se limita a indicar cuáles son los profesionales que dicha asociación debía registrar en caso de solicitarlo.

Por último, respecto al segundo cargo de la demanda, relativo a la violación al debido proceso, como consecuencia de la negativa de la entidad a entregar copia de las observaciones realizadas por los demás oferentes, adujo que olvidó el Tribunal que la Ley 80 de 1993 permite conocer oportunamente y controvertir las observaciones formuladas a su propuesta.

## **2.5. Trámite en segunda instancia**

El recurso así interpuesto fue admitido el dieciséis (2016) de marzo de dos mil once (2011). Mediante providencia del trece (13) de abril de dos mil once (2011), se corrió

traslado a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este emitiera concepto.

JAHV Mc Gregor S. A. presentó alegatos el 9 de mayo de 2011, en el que reiteró los argumentos expuestos desde la contestación de la demanda, pues otro documento que no fuera el expedido por la ANEC no permitía, *“como tampoco lo permite hoy día, acreditar la idoneidad profesional para cumplir con el rol exigido en el pliego de condiciones, toda vez que la Tarjeta Profesional, está reglada en la Ley 266 de 1996 y no puede ser modificado por autoridad pública y/o particular”*. En su opinión, el artículo 10 de la Ley 1164 de 2007, supeditó el ejercicio de las funciones asignadas a los colegios profesionales, a la expedición de la correspondiente reglamentación por parte del Gobierno Nacional, *“lo que confluye en que las exigencias contenidas en la Ley 266 de 1996 no han perdido vigencia por la promulgación de la Ley 1164, para la cual, el Ministerio de la Protección Social tenía seis (6) meses a partir de la vigencia de la misma (término que se encuentra prorrogado) y a la fecha no se ha concluido el proceso de reglamentación”*.

El Ministerio de la Protección Social, presentó alegatos el 9 de mayo de 2011 en donde concluyó que *“no ha vulnerado procedimiento alguno dentro del proceso del concurso de méritos **MPS-06 DE 2007**, pues dio estricto cumplimiento a lo establecido en las normas aplicables al caso y éstas no establecen que en todos los procesos contractuales se debe llevar a cabo una etapa de contra observaciones, lo que si se observa es que en el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, los proponentes tienen la opción de solicitarle a la entidad que aclare o de (sic) precisión a los términos de referencia, en este caso, la parte demandante debió manifestar su inconformidad respecto del punto 4.5, el cual indicaba que las observaciones presentadas a los estudios se resolverían al momento de la adjudicación, (...)”*.

Los miembros de la Unión Temporal BDO, presentaron alegatos el 10 de mayo de 2011, en el cual traen a colación todos y cada uno de los argumentos ya expuestos en el recurso de alzada, y por tal razón solicitan la revocatoria de la sentencia recurrida.

El Ministerio Público guardó silencio.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito

**La Subsección es competente** para resolver el presente asunto iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en razón de la cuantía<sup>3</sup>.

La **acción de controversias contractuales se ejerció oportunamente**, pues se interpuso dentro del término señalado en el artículo 136 numeral 10 literal e) del Código Contencioso Administrativo, esto es, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento, pues se tiene en cuenta que para el presente asunto el contrato se perfeccionó el día 21 de diciembre de 2007 y la demanda se presentó el 23 de enero de 2008.

Las sociedades BDO Salud Age y BDO Audit Age S.A. se encuentran **legitimadas en la causa por activa**, por haber conformado la Unión Temporal BDO, quien participó en el proceso de concurso de méritos, por lo que les asiste un interés directo para solicitar la nulidad del acto administrativo 4276 de 2007 y la nulidad absoluta del contrato 0409 de 2007.

El Ministerio de la Protección Social, se encuentra **legitimada en la causa por pasiva**, al ser la entidad que expidió la resolución demanda y parte del contratante del negocio jurídico 0409 de 2007. Igualmente, la sociedad JAHV Mc Gregor S. A., se encuentra **legitimada en la causa por pasiva**, por ser el proponente a quien se le adjudicó el contrato 0409 de 2007 y ser parte del mismo.

#### 3.2. Sobre la prueba de los hechos

Se tiene que el 7 de septiembre de 2007, mediante Resolución 3124 el Ministerio de la Protección Social ordenó la apertura del concurso de méritos MPS-06<sup>4</sup>,

---

<sup>3</sup> La cuantía al momento de la presentación de la demanda era de \$1.000.000.000, suma superior a \$230.750.000, equivalente a 500 smlmv en el año 2008, de conformidad con lo estatuido en la Ley 446 de 1998.

<sup>4</sup> Folios 261 a 264 del cuaderno 11.

modificada por la Resolución 3266 del 17 de septiembre de 2007<sup>5</sup> e igualmente modificada por la Resolución 3612 del 4 de octubre del mismo año.<sup>6</sup>

A partir del 21 de septiembre de 2007, el Ministerio de la Protección Social, publicó los términos de referencia del concurso de méritos MPS-06 de 2007, del cual se resalta:

#### **“1. 2. MARCO LEGAL**

*El artículo 48 de la Constitución Política establece que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia universalidad y solidaridad en los términos que establezca la Ley.*

*Mediante la Ley 100 de 1993 se crearon el conjunto de instituciones normas y procedimientos que constituyen el Sistema de Seguridad Social Integral. En dicho sistema coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, el régimen contributivo de salud y el régimen de subsidios en salud con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA.*

*Para la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud, el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, manejado por encargo fiduciario. Así mismo, precisó que corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSS (o la entidad que asuma sus funciones)-determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos.*

*La finalidad del FOSYGA es garantizar el recaudo, asegurar, administrar y distribuir los ingresos del régimen contributivo, el aporte del régimen subsidiado, los fondos de promoción de la salud y los recursos del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, los recaudos provenientes del impuesto a las armas, el impuesto a las municiones y explosivos, que recauda y transfiere INDUMIL, entre otros recursos.*

*Entre otros, los Decretos 1283 de 1996, 50 de 2003, 2280 y 3260 de 2004 y el Decreto-Ley 1281 de 2002 reglamentan el funcionamiento del FOSYGA, precisando las funciones, los recursos de cada subcuenta, conceptos de ingreso y objeto de los gastos, órganos de administración y el sistema para el pago por concepto de Régimen Contributivo, Régimen Subsidiado y Accidentes de Tránsito y Riesgos Catastróficos.*

*Los recursos del FOSYGA deben manejarse de manera independiente dentro de cada una sus subcuentas y destinarse exclusivamente a las finalidades consagradas en la Ley.*

---

<sup>5</sup> Folios 290 y 291 del cuaderno 12.

<sup>6</sup> Folios 729 y 730 del cuaderno 13.

*El 15 de diciembre de 2005, inició el nuevo contrato de administración de recursos del FOSYGA suscrito con el Consorcio FIDUFOSYGA 2005. La duración de este contrato es hasta el 15 de diciembre de 2010.*

*La dirección y control del FOSYGA está a cargo del Ministerio de la protección Social, quien, a través de la Dirección General de Financiamiento, con el apoyo de la Dirección General de Planeación y Análisis de Política, debe garantizar el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos. En este sentido, el artículo 5° del Decreto 1283 de 1996 también prevé que para estos efectos el Ministerio de Salud hoy de la Protección Social contrate una auditoría especializada en manejo financiero de gestión y demás aspectos que se consideren necesarios.*

*Adicionalmente, por la magnitud del contrato de administración de recursos del FOSYGA se requiere la contratación de la interventoría que se debe adelantar en cumplimiento de lo establecido en la Ley 80 de 1993, con una entidad especializada que de tiempo completo adelante el seguimiento a las obligaciones establecidas en el contrato 242 de 2005 suscrito con el Consorcio FIDUFOSYGA 2005 o aquel que se encuentre vigente durante la ejecución del contrato de consultoría resultante del presente concurso de méritos.*

*Teniendo en cuenta que la ejecución del contrato involucra a todas las subcuentas del FOSYGA y que el seguimiento debe efectuarse a la totalidad de las obligaciones contractuales y la evaluación de todos los procesos respecto de todas las subcuentas, a financiación de la auditoría e interventoría se realiza con cargo a los recursos de todas las subcuentas del FOSYGA Compensación Promoción, Solidaridad y ECAT. (...)*

#### **1.4. OBJETO DEL CONCURSO DE MÉRITOS**

*El objeto de la contratación que se pretende adelantar es el de realizar la auditoría integral especializada al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS, conformado por las subcuentas de compensación, promoción, solidaridad y seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito – ECAT y a su administrador fiduciario en el marco de lo establecido en la ley 100 de 1993, los decretos 1283 de 1996, 50 de 2003, 2280 y 3260 de 2004, el decreto ley 1281 de 2002 y demás normas legales vigentes sobre la materia y ejercer la interventoría del contrato de administración de recursos FOSYGA de acuerdo con lo establecido en la ley 80 de 1993, resolución 2115 de 2003 del Ministerio de la Protección Social y demás normas que regulan la materia”.<sup>7</sup>*

Respecto a la calificación del equipo de trabajo se dispuso en los términos de referencia:

---

<sup>7</sup> Folio 163 del cuaderno 3.

*“Se calificarán las hojas de vida que se presenten para los siguientes cargos: (a) Directores de Auditoría y de Interventoría; y, (b) ocho (8) profesionales expertos en las subcuentas y proceso transversales.*

*Los criterios para calificar al equipo de trabajo propuesto serán los siguientes: (...)*

*Para la calificación y comparación de propuestas, el proponente deberá suministrar los documentos que acrediten la formación académica y experiencia para cada uno de los candidatos presentados a calificación anexando como mínimo los documentos que se relacionan a continuación:*

- 1. Hoja de vida*
- 2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía*
- 3. Fotocopia de los diplomas*
- 4. Fotocopia del acta de grado ó certificación de la Universidad en la cual se certifique el contenido del acta de grado o el hecho de haber cursado y aprobado los estudios y la fecha en que obtuvo el grado correspondiente.*
- 5. Fotocopia de la tarjeta profesional o documento que acredite la solicitud de la expedición de la misma ante la autoridad respectiva.*
- 6. Certificación de experiencia laboral expedidos por las oficinas competentes de cada entidad, en las que conste (...)*

*En el evento de que no se disponga de los documentos previstos en los numerales 3 y 4 del presente ítem, éstos se podrán sustituir por la fotocopia simple de la tarjeta profesional conforme lo señala el artículo 10 del decreto 2772 de 2005.*

*(...)*

*La carencia de alguno de los documentos excluye de la calificación al candidato ofrecido. La de alguno de los datos solicitados excluye el documento para efectos de la calificación. Los datos consignados en la hoja de vida que no vengan debidamente soportados no se tendrán en cuenta”.*

El 26 de septiembre de 2007, se llevó a cabo la audiencia pública aclaratoria del concurso de méritos MPS-06 de 2007.<sup>8</sup>

La entidad contratante suscribió el adendo No. 1 el 4 de octubre de 2007, del cual se destaca<sup>9</sup>:

#### **“4.5. PUBLICACIÓN DE INFORMES DE VERIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN**

---

<sup>8</sup> Folios 595 a 610 del cuaderno 3.

<sup>9</sup> Folios 245 y 249 del cuaderno 3.

(...)

*Las observaciones que los proponentes presenten a los estudios se resolverán por el jefe de la entidad o su delegado en el acto de adjudicación de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del decreto 287 de 1984.*

#### **4.2.2.1. Calificación del equipo de trabajo**

(...)

*Para la calificación y comparación de propuestas, el proponente deberá suministrar los documentos que acrediten la formación académica y experiencia para cada uno de los candidatos presentados a calificación anexando como mínimo los documentos que se relacionan a continuación:*

- 1. Hoja de vida*
- 2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía*
- 3. Fotocopia de los diplomas o actas de grado*
- 4. Fotocopia del acta de grado o certificación de la Universidad en la cual se certifique el contenido del acta de grado o el hecho de haber cursado ya probado los estudios y la fecha en que obtuvo el grado correspondiente.*
- 5. Fotocopia de la tarjeta profesional o documento que acredite la solicitud de la expedición de la misma ante la autoridad respectiva. (...)*

*En el evento de que no se disponga de los documentos previstos en los numerales 3 y 4 del presente ítem, éstos se podrán sustituir por la fotocopia simple de la tarjeta profesional, conforme lo señala el artículo 10 del decreto 2772 de 2005*

*La carencia de alguno de los documentos mencionados excluye de la calificación al candidato ofrecido. La de alguno de los datos solicitados excluye el documento para efectos de la calificación. Los datos consignados en la hoja de vida que no vengan debidamente soportados no se tendrán en cuenta”.*

Mediante el adendo No. 2, del 9 de octubre de 2007 se destacó<sup>10</sup>:

#### **4.2.2.1. Calificación del equipo de trabajo**

(...)

*Para la calificación y comparación de propuestas, el proponente deberá suministrar los documentos que acrediten la formación académica y experiencia para cada uno de los candidatos presentados a calificación anexando como mínimo los documentos que se relacionan a continuación:*

- 1. Hoja de vida*
- 2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía*

---

<sup>10</sup> Folio 249 del cuaderno 3.

- 3. *Fotocopia de los diplomas o actas de grado*
- 4. *Fotocopia de la tarjeta profesional o documento que acredite la solicitud de la expedición de la misma ante la autoridad respectiva. (...)*

*En el evento de que no se disponga de los documentos previstos en los numerales 3 y 4 del presente ítem, éstos se podrán sustituir por la fotocopia simple de la tarjeta profesional, conforme lo señala el artículo 10 del decreto 2772 de 2005.*

*La carencia de alguno de los documentos mencionados excluye de la calificación al candidato ofrecido. La de alguno de los datos solicitados excluye el documento para efectos de la calificación. Los datos consignados en la hoja de vida que no vengan debidamente soportados no se tendrán en cuenta”.*

La Unión Temporal BDO aportó documentos<sup>11</sup> con los que demostró que la profesional María Teresa Aguilar Carreño, es enfermera de la Universidad Nacional de Colombia, con fecha de graduación el día 15 de diciembre de 1988<sup>12</sup>, y poseía tarjeta de servicio de salud de Bogotá<sup>13</sup>.

El día 23 de octubre de 2007, el Comité Evaluador de las Propuestas de los equipos de trabajo remitieron la calificación de las evaluaciones de las propuestas presentadas, cuyo consolidado fue<sup>14</sup>:

| <b>Nombre oferente</b>     | <b>Calificación</b> |
|----------------------------|---------------------|
| UT INTERAUDIT - CONSULTING | 350                 |
| UT CPS BANKVISION          | 85                  |
| JAHV MC GREGOR             | 380                 |
| CONSORCIO BAKER TILLY      | 0                   |
| UT BDO                     | 445                 |

El 30 de octubre del mismo año, los representantes de la firma JAHV Mc Gregor S. A. y la Unión Temporal BDO solicitaron a la entidad contratante copias de las observaciones presentadas a sus propuestas<sup>15</sup>, a lo que la entidad respondió:

<sup>11</sup> Folios 367 a 384 del cuaderno 10.  
<sup>12</sup> Folios 274 y 275 del cuaderno 10.  
<sup>13</sup> Folio 374 del cuaderno 10.  
<sup>14</sup> Folios 880 a 945 del cuaderno 14.  
<sup>15</sup> Folios 955 a 957 del cuaderno 14.

*“Dentro del proceso no se ha establecido posibilidad de contra observaciones por parte de los proponentes pues en cada caso las observaciones se refieren a la evaluación que se adelantó por parte de los miembros de los equipos evaluadores del Ministerio”.<sup>16</sup>*

El 31 de octubre siguiente, la entidad remitió las observaciones al Comité Evaluador de las Propuestas de los equipos de trabajo de las propuestas presentadas, para que dieran respuesta a las mismas.<sup>17</sup>

El 13 de noviembre de 2007, el comité en virtud de las observaciones presentadas por los oferentes, realizó una nueva calificación:

| Resumen calificación equipo profesional BDO |                      |                                                           |                                        |
|---------------------------------------------|----------------------|-----------------------------------------------------------|----------------------------------------|
| Cargo                                       | Nombre               | Calificación inicial                                      | Calificación posterior a observaciones |
| Director de auditoría                       | Alfonso Escobar      | 60                                                        | 60                                     |
| Director Interventoría                      | Guillermo Torres     | 60                                                        | 60                                     |
| Experto en temas jurídicos                  | Jaime Cardona        | 50                                                        | 50                                     |
| Experto en auditoría médica                 | Blanca Luz Hoyos     | 50                                                        | No cumple                              |
| Experto en sistemas de información          | Martha Cortés        | 50                                                        | 50                                     |
| Experto de compensación y promoción         | Efraín Neira         | 45                                                        | No cumple                              |
| Experto en subcuenta de solidaridad         | Oscar Torres         | 35                                                        | 35                                     |
| Experto subcuenta ECAT                      | María Teresa Aguilar | No cumple con el mínimo de experiencia específica exigida | No cumple                              |
| Experto en presupuesto y contabilidad       | Julián Cabana        | 45                                                        | 45                                     |
| Experto en portafolio de inversiones        | Miguel Alba          | 50                                                        | 50                                     |
| TOTAL                                       |                      | 445                                                       | 350                                    |

Nota: Efectuada la revisión de las observaciones presentadas a la calificación del equipo de trabajo de la firma BDO, se presentan los siguientes resultados: 1. La candidata Blanca Luz Hoyos Henao se excluye de la calificación por no presentar la tarjeta profesional expedida por el ANEC. 2. El candidato Efraín Neira Quintero es excluido de la calificación por no presentar tarjeta expedida por el Colegio Colombiano de Administrador Público. 3. La candidata María Teresa Aguilar Carreño quien había sido excluida de la calificación inicial por lo (sic) cumplir con el mínimo de experiencia exigida en el pliego se excluye además por lo (sic) presentar tarjeta profesional expedida por el ANEC.

<sup>16</sup> Folios 959 a 961 del cuaderno 14.  
<sup>17</sup> Folio 953 del cuaderno 14.

La presidenta de la Junta Directiva Nacional de la ANEC mediante oficio JDN Of. /435 del 16 de noviembre de 2007<sup>18</sup> precisó aspectos relacionados con el cumplimiento del registro de los profesionales en enfermería:

*“1. Desde el mes de marzo de 1997 la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia ANEC, viene realizando la inscripción y el registro Profesional de Enfermería en Colombia, como organismo autorizado para tal fin en el artículo 13 de la Ley en mención. (...)”*

*3. El artículo 22 de la Ley en mención define el ejercicio ilegal: “Entiéndase por ejercicio ilegal de la Profesión de Enfermería, toda actividad realizada dentro del campo de competencias de la presente Ley, por quien no ostenta la calidad de profesional de Enfermería y no esté autorizado debidamente para desempeñarse como tal. **En consecuencia, las profesionales de Enfermería que no hayan realizado este registro están ejerciendo ilegalmente la profesión.** (Resaltado fuera del texto)”*

*4. Finalmente en su artículo 23 define la vigencia de esta Ley a partir de su promulgación (enero 25 de 1996) y deroga las disposiciones que le sean contraria. (...)”*

*6. En la actualidad la ANEC dispone de una base de datos de las enfermeras egresadas de las Facultades de Enfermería del país, elemento indispensable para poder garantizar la autenticidad de los documentos aportados por los solicitantes. (...)”*

En respuesta a petición formulada por la enfermera María Teresa Aguilar, el 26 de noviembre de 2007, informó que aparecía registrada como enfermera con Resolución 060 de 2 de enero de 1993, emitida por el Ministerio de Salud<sup>19</sup>.

El 29 de noviembre de 2007, se expidió la Resolución 4276 mediante la cual se adjudicó el concurso de méritos MPS-06 de 2007 a la firma JAHV Mc Gregor S.A.<sup>20</sup>:

***“2.4. Observaciones a la calificación otorgada por el Comité a la profesional propuesta por la UT BDO para experta en auditoría médica Blanca Luz Hoyos Henao***  
*Disentimos respetuosamente de la calificación otorgada a esta profesional, por cuanto de acuerdo con los documentos aportados, no se cumple cabalmente con las exigencias de los pliegos de condiciones. Al respecto señalan tales pliegos en la adenda 2 lo siguiente: “Para la calificación y comparación de propuestas, el proponente deberá suministrar los documentos que acrediten la formación académica y experiencia para cada uno de los candidatos presentados a calificación anexando como mínimo los documentos que se relacionan a continuación: (...)”*

---

<sup>18</sup> Folios 98 y 99 del cuaderno de primera instancia.

<sup>19</sup> Folio 2077 cuaderno 17.

<sup>20</sup> Folios 5 a 108 del cuaderno 3.

1. *Fotocopia de la tarjeta profesional o documento que acredite la solicitud de la expedición de la misma ante la autoridad respectiva.*

*Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto tenemos que de conformidad con la ley 266 de 1996 la ANEC es el **único** organismo legalmente autorizado para realizar el registro único nacional de quien ejerce la profesión de enfermería en Colombia. Este organismo establece que el registro profesional se acredita con la tarjeta profesional.*

*(...)*

*Sin embargo, la UT BDO no cumplió con este requisito para la enfermera Blanca Luz Hoyos Henao, como se puede apreciar a folio 299 de la propuesta donde aparece una tarjeta profesional expedida por la Secretaría de Salud de Bogotá, a nombre de la enfermera **BLANCA LUZ HOYOS HENAO**, la cual a todas luces, de acuerdo con las normas vigentes no es válida para ejercer la profesión de enfermera en Colombia, ya que el documento aportado no fue expedido por la autoridad designada para tal fin como lo es la Asociación Colombiana de Enfermeras de Colombia – ANEC u otra asociación de enfermería legalmente reconocida por el gobierno nacional.*

### **Respuesta**

*Se acepta la observación, por cuanto no se presenta la tarjeta expedida por la Anec, sino la inscripción expedida por la Secretaría de Salud de Bogotá<sup>21</sup>.*

### **2.7. Observaciones a la calificación otorgada por el comité profesional propuesta por la UT BDO para el cargo de experta de subcuenta ECAT María Teresa Aguilar Carreño**

*Disentimos respetuosamente de la calificación otorgada a esta profesional, por cuanto de acuerdo con los documentos aportados, no se cumple cabalmente con las exigencias de los pliegos de condiciones. Señalan tales pliegos adenda 2 lo siguiente: “Para la calificación y comparación de propuestas, el proponente deberá suministrar los documentos que acrediten la formación académica y experiencia para cada uno de los candidatos presentados a calificación anexando como mínimo los documentos que se relacionan a continuación: (...)*

4. *Fotocopia de la tarjeta profesional o documento que acredite la solicitud de la expedición de la misma ante la autoridad respectiva.*

---

<sup>21</sup> Folios 42 y 43 del cuaderno 3.

*Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto tenemos que de conformidad con la ley 266 de 1996 la ANEC es el **único** organismo legalmente autorizado para realizar el registro único nacional de quien ejerce la profesión de enfermería.*

*(...)*

*A efectos y en lo referente a la enfermera MARÍA TERESA AGUILAR CARREÑO se encuentra que a folio 374 de la propuesta presentada por la UT BDO aparece una tarjeta profesional expedida por la Secretaría de Salud de Bogotá a nombre de la enfermera María Teresa Aguilar, la cual a todas luces no es válida para ejercer la profesión de enfermera en Colombia, de acuerdo a la normatividad vigente, ya que la aportada no está expedida por la autoridad designada para tal fin como lo es la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia – ANEC u otra asociación de enfermería autorizada.*

*(...)*

### **Respuesta**

*Se acepta la observación, por cuanto no se presenta la tarjeta expedida por la Anec, sino la inscripción expedida por la Secretaría de Salud de Bogotá.<sup>22</sup>*

El Director General de Análisis y Política de Recursos Humanos en nota interna de fecha 19 de diciembre de 2007<sup>23</sup>, dio respuesta a la Directora General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social, del que se resalta:

*“2. Entre tanto la Ley 1164 de 3 de octubre de 2007 no sea reglamentada, como se establece en el artículo décimo, las Tarjetas Profesionales expedidas por la Asociación Nacional de Enfermería en Colombia – ANEC, son válidas”.*

En testimonio rendido por la señora María Teresa Aguilar Carreño<sup>24</sup>:

*“(…)PREGUNTADO: sírvase indicarnos dónde cómo y cuándo tramitó usted su tarjeta profesional de enfermera CONTESTO primero o una vez me gradué inicie los trámites de inscripción en el Ministerio de Salud, donde me dieron una resolución la cual llevé a la Secretaría de Salud de Bogotá para el trámite correspondiente de mi tarjeta profesional la cual me fue entregada por la Secretaría de Salud, esto ocurrió durante el año siguiente a mi fecha de grado, eran los trámites que yo tenía que hacer para poder ejercer mi profesión. PREGUNTADO: Significa lo anterior que para el mes de octubre del año 2007*

---

<sup>22</sup> Folios 49 y 50 del cuaderno 3.

<sup>23</sup> Folio 94 del cuaderno de primera instancia.

<sup>24</sup> Folios 217 a 219 del cuaderno de primera instancia.

usted estaba legalmente habilitada para el ejercicio profesional de la enfermería y que contaba con el grado respectivo y con la correspondiente tarjeta profesional CONTESTO: Si señor, en esa fecha tenía tarjeta profesional expedida por el servicio de salud de Bogotá Distrito Especial, con número de registro 3151, que me permitía ejercer y me permitió ejercer durante todo este tiempo mi profesión, donde he trabajado en entidades públicas y privadas. (...) CONTESTO: Mi tarjeta profesional que era uno de los requisitos que se tenían para calificar mi perfil dentro de la propuesta presentada fue presentada dentro de la propuesta de BDO, la copia auténtica de esa tarjeta profesional la adjunto dentro de esta diligencia, que fue exactamente la misma que se presentó con la propuesta. EL DESPACHO DEJA CONSTANCIA QUE SE RECIBE LA COPIA AUTÉNTICA DE LA TARJETA PROFESIONAL 3151 PERTENECIENTE A LA SEÑORA MARIA TERESA AGUILAR CARREÑO<sup>25</sup>. Se continua, -... El Ministerio en la evaluación que hizo avaló mi tarjeta profesional en primera instancia, posteriormente refirió que las enfermeras debíamos tener tarjeta expedida por la ANEC, Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, en mi caso particular no era necesario tener esta tarjeta porque yo ya tenía una que me acreditaba como profesional expedida por la Secretaria de Salud de Bogotá, en su momento yo realicé los trámites en la ANEC, donde se me refirió que como ya tenía tarjeta profesional expedida por una entidad competente, no era necesario ese trámite porque mi tarjeta profesional había sido expedida en debida forma por la entidad competente en su momento, que quienes debían tramitar esa tarjeta eran los que estaban inscritos, únicamente inscritos en la Secretaria de Salud, adicionalmente a la fecha del cierre y de la evaluación del concurso público, Manifiesta el apoderado del extremo activo que no tiene más preguntas por lo que se procede a darle el uso de la palabra a la apoderada del Ministerio de la Protección Social. (...) Cuando salió la ley 266 telefónicamente me comuniqué con la ANEC para saber de los trámites que tenía que adelantar allí me informaron que si tenía registro de inscripción debía tramitar la tarjeta profesional con ellos, pero que si tenía tarjeta profesional no era necesario hacerlo, como el documento que yo tenía correspondía a tarjeta profesional expedida por la Secretaría de Salud de Bogotá no adelanté trámite alguno pues ya tenía una tarjeta que me había permitido ejercer mi profesión en dos hospitales, la clínica David Restrepo y en el Hospital el Tunal, además de trabajar en otras entidades privadas (...)"

Testimonio rendido por la señora Blanca Luz De Fátima Hoyos<sup>26</sup>:

"PREGUNTADO: Dígame al despacho si usted informó a la firma BDO o a los demás miembros de la unión temporal que no tenía la tarjeta profesional de enfermería expedida por la ANEC para efectos de estructurar la propuesta de servicios para la licitación en el Ministerio de protección social, que es quien estudia este proceso. CONTESTO: No. para

---

<sup>25</sup> Folio 220 del cuaderno de primera instancia.

<sup>26</sup> Folios 226 a 228 del cuaderno de primera instancia.

*mi ese no era un requisito indispensable, ni lo parecía, teniendo en cuenta que llevó más de 20 años de ejercicio profesional y nunca ha sido esta tarjeta un requisito inclusive por la instancia nacional de salud, que el ministerio de la protección social, en cuya entidad he sido varias veces asesora y consultora. No obstante, preciso que recién egresada he sido socia de ANEC y en Antioquia pertenecí a la junta directiva. PREGUNTADO: Dígle al despacho si usted hizo parte del equipo que estructuró o formó la propuesta para la licitación ante el Ministerio de Protección Social. CONTESTO: No. PREGUNTADO: Dígle al despacho si ha iniciado el trámite ante la ANEC para obtener la tarjeta profesional de enfermería. CONTESTO: No lo he realizado y en este momento, cualquier norma estaría derogada con la ley 1164, estoy a la espera de cualquier reglamentación que expida el ministerio. Posteriormente al año 2007, no ha sido solicitada por el Ministerio para ejercer mis obligaciones como consultora. PREGUNTADO: Dígle al despacho si ha iniciado algún trámite para la expedición de la tarjeta profesional en los colegios de que trata la Ley 1164, citada en su respuesta anterior. CONTESTO: No. porque para enfermería es claro que le corresponde a la ANEC. (...)” (Resaltado fuera del texto)*

### **3.3. Problema jurídico**

La Subsección deberá establecer, teniendo en cuenta los hechos probados y lo sustentando en el recurso de alzada, si, en el presente asunto la unión temporal proponente, hoy demandante, cumplió en debida forma el requisito de allegar copia de la tarjeta profesional de enfermería o documento que acreditara la solicitud de la expedición de la misma ante la autoridad respectiva. Además se deberá decidir si hubo violación al debido proceso por parte de la entidad ante la negativa de esta de entregar las observaciones realizadas por los demás oferentes.

### **3.4. Análisis de la Subsección**

Previo a desatar el recurso de apelación formulado por la parte demandante, la Subsección dará aplicación a lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

En ese sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>27</sup>, estableció que la competencia del juez de la segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que exprese el recurrente en el escrito de apelación.

### **Sobre la derogación de leyes**

De conformidad con el artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, y por medio de ellas ejerce la función de interpretar, reformar y derogar las leyes, por lo que es plenamente válido que, por razones de conveniencia política, económica o social, en un momento determinado decida expulsar de la normatividad, una disposición legal específica.

En este sentido, la derogatoria de una ley busca dejar sin efecto el deber ser de otra norma jurídica, expulsándola entonces del ordenamiento jurídico, sobre la derogatoria, es menester mencionar que *“es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior, que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de las normas”*.<sup>28</sup>

Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del legislador, por ende, la derogación no afecta *ipso iure* la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia, continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo.

La derogación como ha sostenido esta Corporación, conocida como la abolición o abrogación de normas, es un fenómeno que se refiere a la temporabilidad de la ley o de otra norma jurídica en virtud de la voluntad del legislador o extraordinario, por manera que no puede tener lugar sino en fuerza de una Ley posterior, esto es, de un acto emanado por el poder legislativo y revestido, por consiguiente, de todas las formas para la existencia y eficacia de la Ley, por lo cual *“en la derogación de la*

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del nueve (09) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 50001233100019970609301 (21060). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-901 del treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

*Ley se extingue por obra del mismo poder que le dio vida”, en aras de la seguridad jurídica.<sup>29</sup>*

El artículo 71 del Código Civil, respecto de la derogación de las leyes expresa:

*“Artículo 71. **Clases de derogación.** La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial.”*

Al efecto, en la derogación expresa el legislador determina de manera precisa el o los artículos que retira del ordenamiento, por lo que no se hace necesaria ninguna interpretación, ya que simplemente se cumple una función de exclusión desde el momento que así se establezca.

Evidentemente, la derogación *“es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga.”<sup>30</sup>*

Por su parte, la derogación tácita obedece a un cambio de legislación, a la existencia de una incompatibilidad entre la ley anterior y la nueva ley, lo cual hace indispensable la interpretación de ambas leyes para establecer la vigente en la materia o si la derogación es parcial o total. Tiene como efecto limitar en el tiempo la vigencia de una norma, es decir, suspender su aplicación y capacidad regulatoria, aunque en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones ocurridas durante su vigencia.

Sobre la derogatoria tácita, el artículo 72 del Código Civil prescribe que deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008). Radicación: 25000232700020040088801(AP). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-159 del veinticuatro (24) de febrero de dos mil cuatro (2004). Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado:

*“Cuando se deroga tácitamente una disposición no se está frente a una omisión del legislador, sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. Así lo ha sostenido la Corte al indicar que “la derogación no siempre puede ser expresa, pues ello implicaría confrontar cada nueva ley con el resto del ordenamiento. Es decir, se le exigiría al Congreso una dispendiosa labor que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas (v. gr. sentencia C-025 de 1993)”. Además, para que sea posible la derogación debe darse por otra de igual o superior jerarquía. Entonces, la derogación tácita es aquella que surge de la incompatibilidad entre la nueva ley y las disposiciones de la antigua, que suele originarse en una declaración genérica en la cual se dispone la supresión de todas las normas que resulten contrarias a la expedida con ulterioridad”.*<sup>31</sup>

Acorde con lo anterior, para la Subsección, la derogatoria tácita ocurre en los siguientes eventos: i) cuando la ley anterior es incompatible con la posterior y ambas tengan el carácter de norma general o especial; y, ii) cuando la ley nueva es especial y la ley anterior es general.

Sobre dichos aspectos, la Sala Plena de esta Sección consideró lo siguiente:

*“En ese orden de ideas, existen legalmente dos tipos de derogación de las leyes en Colombia: la primera, la expresa, que consiste en la manifestación inequívoca de la voluntad del legislador por dejar sin vigencia una norma anterior de la misma jerarquía de la nueva disposición, sin importar que el precepto derogado ostentara la condición de ser especial o general frente a la nueva ley; la segunda, la tácita, se genera por una regulación contenida en la nueva norma que pugna y no puede articularse o conciliarse con la ley anterior, circunstancia por la que, en este caso específico, la ley posterior prima sobre la anterior. En otros términos, mientras que en la derogación expresa poco importa el contenido de la nueva regulación (ley nueva), en la tácita la pérdida de vigencia de la ley anterior se pierde porque en la nueva existe una regulación de la materia (ratione materia) opuesta y, por lo tanto, prevalente sobre la antigua”.*<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-901 del treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Auto del trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación: 11001032600020130012700(48521). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Ahora bien, la Ley 153 de 1887 en su artículo 3 dispone:

*“Artículo 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.*

Sin duda el mencionado artículo, hace alusión a la derogación orgánica o integral que refiere a cuando la nueva ley regula integralmente la materia, que supone entonces que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que, por tanto, responde mejor al ideal de justicia, que torna urgente la aplicación de la nueva ley; por lo mismo *“debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva”*.<sup>33</sup>

### **El debido proceso en materia de contratación estatal**

El derecho fundamental al debido proceso no solo debe regir en todos los procedimientos judiciales sino también en aquellos de carácter administrativo, y con mayor razón en los procesos de contratación estatal si se tiene en cuenta la finalidad que se persigue alcanzar con ellos, esto es la eficiente prestación de los servicios públicos y la satisfacción de los intereses generales.

En los procedimientos administrativos que se desarrollan en ejercicio de la actividad contractual también ha de hacerse efectivo el derecho al debido proceso, sobre todo cuando la administración decide dar por terminado de forma unilateral un negocio jurídico o ejerce alguna de las facultades excepcionales previstas en la ley, pues de esta forma se le permite al contratista conocer previamente la intención decisoria de la administración con miras a que a aquel se le garantice su derecho a la defensa y

---

<sup>33</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de marzo de 1984. Igualmente, Corte Constitucional. Sentencia C-829 de 2001. La Corte Constitucional ha destacado que la derogación orgánica puede tener características de expresa y tácita, atendiendo que el legislador puede explícitamente indicar que una regulación queda sin efectos o que corresponde al intérprete deducirla, después de un análisis sistemático de la nueva preceptiva (sentencia C-775 de 2010). Además: La Corte Constitucional se ha referido a la materia en las siguientes sentencias: C-895 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-836 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-397 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-640 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. De igual forma se pueden consultar las sentencias: C-634 de 1996, C-443 de 1997, C-896 de 2001, C-1190 de 2001, C-1289 de 2001, C-419 de 2002, C-1006 de 2003, C-159 de 2004, C-857 de 2005, C-823 de 2006, y C-215 de 2007, A 089 de 2008.

a la contradicción mediante la exposición de sus razones y el aporte y petición de pruebas que considere pertinentes.<sup>34</sup>

En conclusión, previamente a la adopción de una decisión que pueda afectar al contratista, debe concedérsele la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso.

En el *sub examine*, el recurrente consideró en la alzada que la Ley 266 de 1996 fue derogada en su integridad por la Ley 1164 de 2007, al respecto es menester mencionar que la primera, reglamentó lo concerniente a la profesión de enfermería en Colombia y se dictaron otras disposiciones, y la segunda, dictó disposiciones en materia del Talento Humano en Salud.

El objeto de la Ley 266 de 1996, consistió en reglamentar el ejercicio de la profesión de enfermería, definió la naturaleza y el propósito de la profesión, determinó el ámbito del ejercicio profesional, desarrolló los principios que la rigen, determinó sus entes rectores de dirección, organización, acreditación y control del ejercicio profesional y las obligaciones y derechos que se derivan de su aplicación.

Por su parte, la Ley 1164 de 2007 tuvo por objeto establecer las disposiciones relacionadas con los procesos de planeación, formación, vigilancia y control del ejercicio, desempeño y ética del Talento Humano del área de la salud mediante la articulación de los diferentes actores que intervienen en estos procesos, y definió al Talento Humano en Salud como *“todo el personal que interviene en la promoción, educación, información de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad de todos los habitantes del territorio nacional dentro de la estructura organizacional de la prestación de los servicios de salud”*.

Esta última creó un proceso de recertificación de talento humano en salud consiste en la evaluación individual, obligatoria y periódica de conocimientos y desempeño

---

<sup>34</sup> Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación: 52001233100020010014001 (30003). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de los profesionales de la salud, esto es, de las personas que obtuvieron título en alguna de las profesiones de la salud, y corresponde a un título de idoneidad que limita el ejercicio de la profesión, pues tiene como objetivo evitar la práctica de las profesiones de la salud de mala calidad y sin condiciones de idoneidad, se impone para todos los profesionales del área de la salud y lleva implícita la evaluación periódica de conocimientos y condiciones de idoneidad para todos los profesionales de las áreas de la salud.<sup>35</sup>

Ahora bien, la Ley 266 de 1996, respecto a la inscripción y registro del profesional de enfermería prescribió:

*“Artículo 13. **Inscripción y registro del profesional de enfermería en Colombia.** La Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, ANEC, es el organismo autorizado para realizar la inscripción y el registro único nacional, de quien ejerce la profesión de enfermería en Colombia.*

*En tal virtud sin perjuicio de su propia estructura organizativa, la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, ANEC, establecerá la organización y mecanismos para el cumplimiento del propósito de estas funciones, en concordancia con las disposiciones legales vigentes.*

*Podrán ejercer igualmente estas funciones, otras asociaciones profesionales de enfermería de las mismas calidades de ANEC y que sean reconocidas por el Gobierno Nacional”.*  
(Subrayado fuera del texto)

Seguidamente el artículo 14 *ibidem*, respecto de los requisitos para el registro dispuso:

*“Artículo 14. **Requisitos para el registro.** La Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, ANEC, registrará como profesionales de enfermería a quien cumpla los siguientes requisitos:*

- 1. Acredite título universitario de enfermera expedido por una institución de educación superior universitaria colombiana, reconocida por el Gobierno Nacional, o*
- 2. Acredite la convalidación del título universitario de enfermera, expedido por universidad extranjera que corresponda a estudios universitarios de enfermería, o*

---

<sup>35</sup> Al respecto ver: Corte Constitucional. Sentencias C-756 de 2008, C-1063 de 2008 y C-942 de 2009.

3. Quien con anterioridad a la vigencia de la presente Ley haya obtenido tarjeta como profesional universitario de enfermería, expedida por el Ministerio de Salud, o las secretarías de salud respectivas.

**Parágrafo.** El registro como profesional de enfermería se acreditará con la Tarjeta Profesional que se expedirá de acuerdo a la reglamentación correspondiente. (Subrayado fuera del texto)

El Decreto 825 de 2003, en este sentido señaló:

*“Artículo 1°. **De la inscripción y registro del profesional de enfermería.** La inscripción y el Registro Único Nacional de quienes ejercen legalmente la profesión de enfermería en Colombia, una vez se obtenga la respectiva autorización del ejercicio por parte de la autoridad competente, deberá realizarse ante la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, ANEC.*

(...)

Artículo 2°. **Definiciones.** Para efectos del presente decreto adáptense las siguientes definiciones:

**Tarjeta profesional.** Es el documento público expedido por la ANEC mediante el cual se acredita la competencia para ejercer la profesión en el territorio nacional. La tarjeta profesional es un documento personal e intransferible”. (Subrayado fuera del texto)

Por otra parte, la Ley 1164 de 2007, en el artículo 10 mencionó:

*“Artículo 10. **De las funciones públicas delegadas a los Colegios Profesionales.** Previo cumplimiento de las condiciones y requisitos exigidos en la presente ley y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, los colegios profesionales de la salud cumplirán las siguientes funciones públicas:*

a). *Inscribir los profesionales de la disciplina correspondiente en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud;*

b). *Expedir la tarjeta profesional como identificación única de los profesionales inscritos en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud;*

c). *Expedir los permisos transitorios para el personal extranjero de salud que venga al país en misiones científicas o asistenciales de carácter humanitario de que trata el parágrafo 3°*

*del artículo 18 de la presente ley, el permiso solo será otorgado para los fines expuestos anteriormente; (...)*

**Parágrafo 1º.** *El Gobierno Nacional con la participación obligatoria de las universidades, asociaciones científicas, colegios, y agremiaciones de cada disciplina, diseñará los criterios, mecanismos, procesos y procedimientos necesarios para garantizar la idoneidad del personal de salud e implementar el proceso de recertificación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley.*

*(...)*

**Parágrafo 3º.** *Dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el Ministerio de la Protección Social, diseñará y expedirá los parámetros, mecanismos, instrumentos, sistemas de información y de evaluación necesarios para el ejercicio de las funciones públicas que aquí se delegan. (...)*

La reglamentación de que trata el mencionado artículo solo fue expedida el nueve (9) de noviembre de dos mil diez (2010) mediante Decreto 4192, esto es con posterioridad al concurso de méritos objeto de la presente *litis*.

Seguidamente, la mencionada Ley 1164, en su artículo 39 mencionó que *“rige a partir de la fecha de su promulgación publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”*.

Por lo que el legislador hizo alusión a la derogación orgánica o integral que refiere a cuando la nueva ley regula integralmente la materia, como se expuso *ut supra*.

Así, la Ley 1164 de 2007 reguló integralmente lo referente al registro nacional de Talento Humano en Salud, incluyendo en ello a los profesionales de enfermería, como se desprende de la lectura del artículo 1 de dicha normatividad, cuando definió el Talento Humano en Salud como *“todo el personal que interviene en la promoción, educación, información de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad de todos los habitantes del territorio nacional dentro de la estructura organizacional de la prestación de los servicios de salud”*.

No obstante lo anterior, en los párrafos precedentes del artículo 10 *ibídem*, estableció que el Gobierno Nacional debía expedir la reglamentación

correspondiente en un plazo de 6 meses, que solo fue expedida el nueve (9) de noviembre de dos mil diez (2010), por lo que para la época de los hechos no se contaba con los respectivos criterios, mecanismos, procesos y procedimientos de recertificación.

Por lo tanto, se debía seguir realizando el registro del profesional de enfermería en Colombia a través de la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, ANEC, quien era el organismo autorizado para realizar la inscripción y el registro único nacional, de quien ejercía la profesión de enfermería y era el encargado de emitir las tarjetas profesionales, y como quiera que no fue aportada conforme a lo establecido en los términos de referencia y sus adendas, lo procedente era excluirse de la calificación, como se puede observar inclusive de la declaración rendida por las profesionales.

En gracia de discusión, en aplicación del artículo 10 de la Ley 1164 de 2007, los Colegios Profesionales son quienes tienen función de inscribir los profesionales de la disciplina correspondiente en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud, y expedir las correspondientes tarjetas profesionales, situación que tampoco se presentó en el presente asunto, por lo tanto, en vigencia de una ley u otra, la tarjeta profesional de enfermería no fue presentada en debida forma.

Además de lo anterior, en sede de tutela, la Sección Segunda de esta Corporación, al resolver una impugnación en un caso similar al aquí expuesto, mencionó:

*“De acuerdo con lo anterior, la persona que aspire a este cargo, debe acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los actos que fijan las reglas generales que orientan el proceso de selección, dentro de los cuales se encuentra el de presentar la tarjeta profesional, en los casos reglamentados por la ley, que para el presente debe remitirse a **la Ley 266 de 1996, que regula la profesión de enfermería y que dispone que es la ANEC, la encargada de expedir dicho documento**”.*<sup>36</sup> (Subrayado fuera del texto)

Sobre el particular, no se desconoce que las señoras Blanca Luz Hoyos Henao y María Teresa Aguilar obtuvieron el título de profesional de enfermeras, sino que de

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación: 19001233300020130055301. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón.

acuerdo con los términos del concurso de méritos, se estableció como requisito presentar la tarjeta profesional, que de acuerdo con la ley era expedida por la Asociación Nacional de Enfermeras – ANEC.

Se reitera que tal y como se estableció, la Tarjeta Profesional es expedida por la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, previa inscripción y registro de quien ejerce dicha profesión, requisito que no acreditó la demandante.

Aunado a lo anterior, de conformidad con los medios probatorios allegados al plenario, se tiene la certeza que además en la calificación realizada al equipo profesional de la Unión Temporal BDO, el candidato Efraín Neira Quintero es excluido por no presentar tarjeta expedida por el Colegio Colombiano de Administrador Público.

En suma, se tiene que los términos de referencia fueron publicados el 21 de septiembre de 2007, fecha en la cual no se había promulgado la Ley 1164 de 2007, lo cual ocurrió el 4 de octubre del mismo año.

En cuanto al cargo segundo, relativo a la presunta violación al debido proceso como consecuencia de la negativa de la entidad demandada de entregar las observaciones realizadas por los demás oferentes, con fundamento en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en el inciso segundo menciona:

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

*(...)*

*2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. (Subrayado fuera del texto)*

En el plenario se observa que tanto la firma JAHV Mc Gregor, como la firma demandante BDO, solicitaron a la entidad la expedición de copia de las

observaciones presentadas a sus propuestas<sup>37</sup>, a lo que la entidad contratante manifestó no haberse establecido dentro del proceso de contratación la posibilidad de contra observaciones por parte de los proponentes, *“pues en cada caso las observaciones se refieren a la evaluación que se adelantó por parte de los miembros de los equipos evaluadores del Ministerio”*.

De acuerdo con los términos de referencia del concurso de mérito y sus adendas, las observaciones que los proponentes *“presenten a los estudios se resolverán por el jefe de la entidad o su delegado en el acto de adjudicación de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del decreto 287 de 1994<sup>38</sup>”*.

En vista de lo anterior, es evidente que en los términos de referencia y sus adendas se estableció la etapa que permitiera el conocimiento de las observaciones presentadas en consonancia con lo descrito en la Ley 80 de 1993, esto es, que las observaciones presentadas se resolverían en el acto de adjudicación, por lo tanto, expresamente los mencionados actos precontractuales dieron aplicación a lo ordenado en el artículo 24 numeral 2 *ibídem*, sin que fuera posible dar a conocer con anterioridad las observaciones como pretendió la parte accionante, toda vez que los términos de referencia con sus respectivas adendas, se constituyen como ley imperante del trámite precontractual.

Además, sobre el proceso contractual se tiene:

| Concurso de méritos MPS-06 DE 2007                                                                                                                                                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Por Resolución 3124/2007 se ordenó la apertura al concurso de méritos <sup>39</sup> .                                                                                               |
| El 21 de septiembre de 2007, se hizo la publicación de los términos de referencia, al igual que en la página web de la entidad y en el Portal Único de Contratación <sup>40</sup> . |
| El 26 de septiembre del mismo año, se llevó a cabo la audiencia aclaratoria del concurso <sup>41</sup> , en suma, se suscribieron los adendos 1 y 2 <sup>42</sup> .                 |
| A través de las Resoluciones 3266 de 2007 y 3612 de 2007, se modificó la fecha de apertura y el cierre del concurso <sup>43</sup> .                                                 |

<sup>37</sup> Folios 955 a 957 del cuaderno 4.  
<sup>38</sup> Se refiere al Decreto 287 de 1996: Artículo 2°.- Las observaciones formuladas por los oferentes a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad para la evaluación de las propuestas deberán ser resueltas por el jefe de la entidad estatal en el acto de adjudicación.  
<sup>39</sup> Folios 261 a 264 del cuaderno 11.  
<sup>40</sup> Folios 124 a 242 del cuaderno 3.  
<sup>41</sup> Folios 594 a 610 del cuaderno 13.  
<sup>42</sup> Folios 245, 249, 257 del cuaderno 3.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| El 12 de octubre de 2007 los proponentes Bankvisión, JAHV Mc Gregor S.A., Baker Tilly Colombia, Interaudit - Consulting, BDO presentaron sus ofertas <sup>44</sup> .                                                                                                                                                                       |
| El 23 de octubre siguiente, los oferentes JAHV Mc Gregor S.A. y la Unión Temporal BDO, solicitaron copia de las observaciones presentadas a las propuestas. La entidad manifestó que dentro del proceso no se estableció una etapa de contra observaciones y que las mismas se resolverían en la audiencia de adjudicación <sup>45</sup> . |
| El 31 de octubre de 2007, la entidad remitió las observaciones al Comité de Evaluaciones <sup>46</sup> . El 13 de noviembre del mismo año el aludido organismo realizó una nueva calificación con base en las observaciones presentadas <sup>47</sup> .                                                                                    |
| Por adendo número 3 se indicó que la audiencia de adjudicación se realizaría el día 19 de noviembre de 2007 <sup>48</sup> .                                                                                                                                                                                                                |
| La audiencia de adjudicación finalizó el día 20 de noviembre y por Resolución 4276 se adjudicó el contrato a la firma JAHV Mc Gregor S.A. <sup>49</sup>                                                                                                                                                                                    |
| El contrato fue suscrito el día 21 de diciembre de 2007 <sup>50</sup> .                                                                                                                                                                                                                                                                    |

Por tanto, el *iter precontractual*, como mencionó el *a quo*, se realizó acorde con lo preceptuado en el Estatuto de Contratación, pues se evidencia el seguimiento de lo preceptuado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y se reitera, existía la obligación legal de la entidad de decidir sobre las observaciones presentadas en el acto de adjudicación, como efectivamente se hizo.

Es menester resaltar que la Corte Constitucional, ha expresado que una vez precisadas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, lo anterior, para evitar arbitrariedades que puedan afectar la igualdad o que vaya en contravía de los procedimientos que fueron fijados para cumplir a cabalidad con el concurso. En este entendido, el concurso se desarrolla con sujeción a un trámite reglado, en donde se impone no solo límites a las entidades encargadas de administrarlos sino también ciertas cargas a los participantes.<sup>51</sup>

En suma, se itera que los requisitos que otorgan puntaje, como el debatido en la *litis*, no era susceptible de ser subsanado, completado o cambiado, pues en efecto,

<sup>43</sup> Folios 281 a 290 del cuaderno 12, y 729 y 730 del cuaderno 13.  
<sup>44</sup> Cuadernos 4, 5, 6, 7-8 y folios 48 a 161 del cuaderno 9, cuaderno 10 y folios 1109 a 1304 del cuaderno 15, respectivamente.  
<sup>45</sup> Folios 955 a 961 del cuaderno 14.  
<sup>46</sup> Folio 953 del cuaderno 14.  
<sup>47</sup> Folio 1590 del cuaderno 15.  
<sup>48</sup> Folio 263 del cuaderno 3.  
<sup>49</sup> Folios 5 a 108 del cuaderno 3.  
<sup>50</sup> Folios 109 a 123 del cuaderno 3.  
<sup>51</sup> La Corte Constitucional en Sentencia T-256 de 1995 señaló claramente la necesidad de respetar las bases del concurso. En este mismo sentido se pueden consultar los Fallos T-298 de 1995, T-325 de 1995, T-433 de 1995, T-344 de 2003 T-588 de 2008.

la ley señala que los requisitos habilitantes, entre ellos, la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización, son factores que no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio de admisión o rechazo, y por consiguiente, pueden ser subsanables, *a contrario sensu* de los demás, porque no afectan la asignación de puntajes, y pueden ser subsanados hasta la adjudicación del contrato.

Por los anteriores asertos, se procederá a confirmar la sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

### **3.5. Sobre las costas**

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

## **F A L L A**

**PRIMERO. Confirmar** la sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por las razones expuestas en la presente sentencia.

**SEGUNDO.** Sin costas.

**TERCERO.** En firme esta providencia, **envíese** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado Ponente**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**Aclaración de voto**