Bogotá, Distrito Capital, 7 de marzo de 2011

Señores
TRANSCARIBE S.A.
Correspondencia
Carrera 5ª Calle 67
No 66- 91. Edificio Eliana
Cartagena, Bolivar
Fax: 6664429- 6664568
licitacionrecaudo@transcaribe.gov.co

Referencia: Licitación Pública No. TC- LPN- 005 de 2010, "Concesión para el Diseño, Operación y Explotación del Sistema de Recaudo y Suministro del Sistema de Gestión y Control de la Operación del SITM Cartagena".
Observaciones informe de evaluación

Respetados señores:

En mi condición de representante legal del proponente Promesa de Sociedad Futura Recaudo Cartagena SAS, en ejercicio de la facultad establecida en los numerales 2.1 y 2.9 del Pliego de Condiciones, y de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, y en el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dando alcance al informe de evaluación publicado por la entidad contratante el pasado 28 de febrero de 2011 entre las 10:28 pm y las 10:31 pm, nos permitimos presentar las siguientes observaciones al citado documento:

I. PROPUESTA PRESENTADA POR LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S.

A. Informe de evaluación jurídica, apartado ii) numeral 2.7 Existencia y Representación Legal integrante Equipluss S.A.

Sobre este particular, señala la entidad contratante que el mencionado integrante no cumple con el término de vigencia exigido en el Pliego de Condiciones en el numeral 4.1.2.2.1, condición, que como es sabido por todos no corresponde a la capacidad para presentar la oferta ni algún factor de calificación en los términos

definidos en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, por lo cual subsanable, siempre que no correspondan a hechos configurados con posterioridad al cierre de la presente licitación, como pasaremos a verificar.

Por error involuntario de las personas encargadas de organizar la oferta se omitió incorporar la copia del acta No 38 de asamblea extraordinaria de accionistas realizada el día 13 de enero de 2011 mediante la cual los socios de Equipplus S.A. realizan un compromiso en firme e irrevocable de prorrogar la duración del ente societario hasta el 11 de febrero del 2250, en caso de resultar adjudicatarios del presente proceso de selección.

En este punto es de suma importancia analizar las reglas de subsanabilidad contenidas en el Pliego de Condiciones frente a lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 2474 de 2008.

El Pliego de Condiciones señala en el inciso final del literal A de su capitulo IV que:

> *"(…)*
>
> *Los requisitos y condiciones bajo los cuales se acreditaran las calidades de los proponentes, y el proceso de valoración de cada uno de los factores de evaluación, se sujetará a los mecanismos, procedimientos y condiciones previstas en los numerales siguientes.*
>
> *En todo los casos, los requisitos habilitantes serán subsanables solamente mediante aclaraciones requeridas por Transcaribe S.A.*
>
> *"(…)".*

Ahora bien, sobre este particular se establece en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007:

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

> condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia** C-713 **de 2009.**
>
> "(…)
>
> **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.

Como es sabido por todos la regulación actual es clara al definir que las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6º y 121 de la Constitución Política, y que la diferenciación entre requisitos habilitantes/de verificación y factores de calificación claramente realizada mediante la Ley 1150 de 2007, y el carácter eminentemente subsanable de los criterios habilitantes se constituyen en un mecanismo de eficacia del principio de selección objetiva.

Igualmente, se establece en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 que:

> Artículo 10. *Reglas de subsanabilidad*. **En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal**. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.
>
> Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. **El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de abril 14 de 2010, rad. 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B.**

Inicialmente el Consejo de Estado, en su Sección Tercera, en el auto del 27 de mayo de 2009, mediante el cual ordenó la suspensión provisional del aparte subrayado del artículo en cita precisó la evidente disparidad que existe entre lo

establecido en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y lo reglamentado mediante el artículo 10 citado, lo cual permitía vislumbrar un posible exceso en el ejercicio de la función reglamentaria, y atendiendo a la importancia y naturaleza del principio de selección objetiva (reglado por estas dos normas) ordena la suspensión provisional de la expresión "*…o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los Pliegos de Condiciones…"*. En la comentada decisión el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó:

> "(...)
>
> 1.1. Violación al parágrafo 1 del art. 5 de la ley 1.150 de 2007, por parte de la expresión "… o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones…", contenida en el art. 10 del decreto 2474 de 2008.
> *1.1.1. Consideraciones del actor.* Afirma que el parágrafo 1 del art. 5 de la ley 1.150 de 2007 permite que "… hasta la adjudicación del contrato respectivo…" se subsanen los requisitos que no son esenciales para confrontar las ofertas presentadas en un proceso de selección de contratistas.
>
> Por tanto, cuando el art. 10 del decreto 2474 de 2008 dispone que esos requisitos podrán subsanarse, únicamente, "… hasta el momento en que la entidad lo establezca…", restringe los límites consagrados en la ley. Además –agrega-, la norma atribuye a las entidades públicas la facultad de regular dicho tópico en los pliegos de condiciones, extralimitándose así el reglamento, pues ese aspecto fue regulado en la ley. En palabras del actor:
>
> "El Art. 10 en lo pertinente, en cuanto que, al permitir que la administración determine en los pliegos de condiciones los términos para subsanar las ofertas en sus aspectos no necesarios para su comparación, se excede la facultad reglamentaria y se violenta sin mayor elucubración el parágrafo 1 del art 5 de la ley 1150 de 2.008 que claramente establece el término para subsanar hasta el momento antes de la adjudicación." –fl. 28-
>
> *1.1.2. Consideraciones de la Sala.* **La comparación que hace el actor entre el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1.150 de 2007 con el art. 10 del decreto reglamentario supone un análisis bastante sencillo que la Sala aborda de la siguiente manera**.
>
> **La norma legal citada regula uno de los principios fundamentales de la contratación estatal: la selección objetiva**, aspecto que por su importancia también fue tratado por la ley 80 de 1993[8], de manera que la nueva ley, por ocuparse del tema expresamente, derogó el artículo 29 de la anterior.
>
> **En efecto, la ley 1.150 introdujo cambios no sólo importantes y novedosos, sino que trazó un nuevo rumbo en esta materia, pues al paso que la ley 80 de 1993 permitía a las entidades estatales definir, con amplísima libertad, como se podían evaluar las ofertas, la nueva norma impuso directrices bastante**

estereotipadas, que redundan en una disminución de la libertad, en manos de la administración, para establecer la forma como se pueden o deben evaluar las propuestas.

En tal sentido, estableció una serie de criterios para la evaluación, tales como: i) factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio de admisión/rechazo; no obstante, y como excepción, tratándose del contrato de consultoría exigió que se valoren, primordialmente, los aspectos técnicos de la oferta y la experiencia, y ii) dispuso que los certificados de gestión de calidad no se pueden solicitar a los proponentes, ni como requisito habilitante para participar en los procesos de selección, ni se pueden evaluar con puntos[9].

Ahora, las preocupaciones e intención del legislador no se agotaron en redefinir un nuevo sistema de evaluación de ofertas, conservando, no obstante, el principio de la selección objetiva, sino que abordó un problema crítico de los procesos de selección, como son los aspectos subsanables e insubsanables de la ofertas, para decir, en el parágrafo 1 del art. 5, con más claridad que las normas anteriores, que:

"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." (Negrillas fuera de texto)

Esta norma, obsérvese, definió un aspecto de la problemática de la subsanabilidad e insubsanabilidad de las ofertas, que preocupa ahora a la parte actora: el momento o tiempo en el cual se pueden subsanar las ofertas.

Es así como, el actor afirma en la demanda, y en la solicitud de suspensión provisional, que la ley permite que los requisitos subsanables de una oferta *"… podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación…",* al paso que el decreto reglamentario dispone, en el inciso segundo del artículo 10, que:

"Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior."

La Sala considera que, efectivamente, el reglamento regula de manera diferente un tema bien definido por el legislador, como es la oportunidad que

tiene la administración para solicitar de los oferentes los documentos y requisitos necesarios para evaluar las ofertas.

No se requiere hacer un esfuerzo hermenéutico complejo para observar, con facilidad, que al paso que la ley permite que se soliciten estos requisitos hasta el momento previo a la adjudicación –salvo cuando se utilice la subasta, en cuyo caso la ley señala que la posibilidad de subsanar la oferta debe realizarse antes de que ella se realice-, **el inciso segundo del art. 10 demandado dispone** que los documentos y requisitos se pueden solicitar *"… hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones…"*

Esta disposición limita temporalmente la posibilidad de que se subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo, y por eso la Sala suspenderá la expresión "… o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones…", **contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008**. De esta manera la norma reglamentaria queda expresando lo que señala la ley sobre el tema.
"(…)

RESUELVE

"(…)

Cuarto. Suspéndase la expresión *"… o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones…",* contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.

"(…)". (Subrayado y Destacado)

Posteriormente, en la sentencia del 14 de abril de 2010 mediante la cual el Consejo de Estado, Sección Tercera declaró nulo el apartado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 que señalaba "…*o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los Pliegos de Condiciones…",* con fundamento en los siguientes argumentos relacionados con el desbordamiento de la facultad reglamentaria y los límites determinados en la Ley 1150 de 2007, los cuales no podían ser modificados o aumentados en un decreto reglamentario:

"(…)

De acuerdo con el actor, el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, posibilita que se subsanen los requisitos que no son esenciales para la comparación de las ofertas presentadas en el proceso de selección, *"…hasta*

la adjudicación del contrato respectivo". **Motivo por el cual, cuando el precepto demandado dispone que dichos requisitos pueden subsanarse *"hasta el momento en que la entidad lo establezca…"* restringe los límites trazados por el legislador y se extralimita el ejercicio de la potestad reglamentaria.**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula lo referente al principio de selección objetiva de los contratistas. **Este principio, que en el caso de la contratación estatal en Colombia también tiene la connotación de regla y por ende de deber[45], se relaciona directamente con una de las principales libertades que se desprenden del principio de la autonomía de la voluntad: *la libertad de elegir con quién se contrata.* En efecto, tratándose de los negocios jurídicos celebrados por la Administración para la consecución de intereses colectivos, la posibilidad de decidir libremente quién va a ser el contratista se restringe al imponerse a la autoridad la obligación de celebrar diversos procedimientos de selección y con ello lograr dos objetivos: de un lado, garantizar escogencias enmarcadas en los principios de transparencia, libre concurrencia, igualdad, economía, celeridad, eficacia y eficiencia; del otro, asegurar que la oferta escogida sea la más favorable para la finalidades de interés público que se pretenden alcanzar**.

"(…)

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la selección de contratistas para cumplir con el requisito de objetividad debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones; 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas.

Entre los criterios indispensables para realizar una selección objetiva, la ley 1150 de 2007 escindió dos clases de requisitos exigibles a los oferentes: de un lado los denominados habilitantes, encaminados principalmente a la constatación de determinadas exigencias sobre todo de índole personal; del otro, los llamados factores evaluables mediante la asignación de puntaje. La distinción realizada por la norma no conlleva un desconocimiento de la importancia que tienen los condicionamientos que debe reunir la persona del oferente para habilitarse dentro del procedimiento de selección, no se debe olvidar el *carácter intuito personae* de los contratos estatales, simplemente implica que la calificación numérica recae, en la nueva regulación, exclusivamente sobre la oferta que se presenta. En efecto, el legislador expresó de manera clara que *"…la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta factores técnicos y económicos de escogencia y la*

ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad".

A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que *"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".* Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, *"ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación*."

El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes. La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador.

De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten *hasta el momento previo a la adjudicación*, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar *"hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones…"*

De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se*"…limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo***", y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión "…o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones…***"** contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008. (Destacado y Subrayado)

Como se señaló anteriormente, precisamente la diferenciación entre criterios de verificación/habilitantes y los criterios de evaluación/calificación responde a un mecanismo para hacer efectivo el principio de selección objetiva, dando el carácter de requisitos o condiciones subsanables a los primeros a diferencia de los segundos atendiendo al hecho que los requisitos habilitantes corresponden a aspectos relacionados con el oferente, con la persona o personas, mas no con las

condiciones de la oferta propiamente dicha, condiciones que si son objeto de calificación y determinan la comparación objetiva de las mismas.

En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 20 de mayo de 2010 precisó:

> "(…)
>
> El primero de los cambios identificados en el punto anterior consiste en la diferencia entre las condiciones habilitantes o relativas al proponente y los elementos del negocio jurídico contenidos en las ofertas o propuestas; diferenciación que se encuentra en las reglas relativas a la manera como debe hacerse la selección objetiva por parte de la entidad licitante, y en especial, en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.
>
> "(…)
>
> Las condiciones del oferente son las que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido que son las exigencias básicas o mínimas que debe tener para cumplir con el contrato proyectado.
>
> "(…)
>
> Por otra parte, los factores de calificación se deben aplicar exclusivamente en función de la oferta, entendida como los elementos del negocio jurídico sobre los cuales la entidad licitante va a efectuar la comparación de las propuestas para obtener la más favorable, teniendo en cuenta los elementos técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenidos en los pliegos de condiciones.
>
> "(…)
>
> **De esta manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrá rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesarios para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables**.
>
> "(…)
>
> **Lo expuesto en el punto anterior, significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar la ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba no la condición habilitante o un elemento de la propuesta**.

"(…)". (Destacado y Subrayado).

Así, es claro que, en primer lugar, las reglas de subsanabilidad contenidas en el inciso final del literal A. del Capitulo IV del Pliego no se encuentran en un todo conforme a las reglas contenidas en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 ni el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que pretende diferenciar esta posibilidad de subsanación ya no sobre los requisitos habilitantes o de verificación sino supuestamente sobre los documentos que obren en la oferta, condición que a todas luces excede lo dispuesto en la Ley y en el Decreto Reglamentario y adicionalmente, vulnera la regla general del derecho que impone que *donde no ha diferenciado el legislador no le es dado diferenciar al interprete*, como lo veremos más adelante.

Sobre el carácter vinculante y fuerza normativa de los principios y las reglas generales del dererecho, tales como el mencionado (*donde no ha diferenciado el legislador no le es dado diferenciar al interprete)*, encontramos reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre ellos la sentencia C- 083 de 1995, en la que se precisó:

> Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley "exactamente aplicable al caso controvertido", enunciaba la analogía ("aquéllas que regulen casos o materias semejantes"), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.
>
> **c.** Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogia legis*, y se la contrasta con la *analogia juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.
>
> Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación *sub judice*) **y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el**

caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raiz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo[1] en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil". (Subrayas fuera del texto).

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés[2] al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "....los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos[3], si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

[1] Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho, Temis, 1993.
[2] Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.
[3] El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

> Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.
> "(…)". (Corte Constitucional, Sentencia C- 083 del 1º de marzo de 1995).

En consecuencia, conforme lo enunciado, no le es dable a la entidad contratante en el presente caso incorporar una clasificación adicional sobre lo que es o no subsanable, ni sobre que se puede subsanar, rebasando los límites expresamente previstos en el inciso primero y en el parágrafo 5º de la Ley 1150 de 2007[4], por tanto la regla contenida en el inciso final del literal A del Capítulo IV del Pliego de Condiciones mediante la cual la entidad pretende limitar la subsanabilidad solo a los documentos presentados por la oferta vulnera las normas legales y constitucionales vigentes, por lo que no puede ser aplicada.

Como ha quedado claro por los recientes pronunciamientos jurisprudenciales sobre requisitos habilitantes y factores de calificación **la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar la ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba no la condición habilitante o un elemento de la propuesta,** que en el presente caso constituye el hecho que la sesión extraordinaria de la asamblea de accionistas contenida en el acta No 38 de Equipluss S.A. donde se comprometieron los accionistas a prorrogar la duración de la sociedad se dio el 13 de enero de 2011.

En segundo lugar, conforme las normas citadas y la jurisprudencia autorizada del Consejo de Estado, tenemos que lo relacionado con la vigencia de la sociedad no corresponde ni a capacidad para presentar la oferta ni a circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre ni mucho menos a un factor de calificación.

---

[4] **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**.

Por tanto siendo claro lo que significa el carácter subsanable de los documentos que prueban los requisitos habilitantes, en especial con base en las jurisprudencias citadas, tenemos que es viable legalmente presentar el acta No 38 de la asamblea extraordinaria de accionistas, llevada a cabo el día 13 de enero del presente año mediante la cual los socios se comprometen en firme e irrevocablemente a prorrogar la vigencia de Equipluss S.A. antes de vencerse el primer trimestre del presente año o en caso de resultar adjudicatarios, lo que ocurra primero, cuya copia adjuntamos al presente escrito.

Conforme lo anterior, solicitamos a la entidad contratante declarar que el integrante Equipluss S.A. CUMPLE con el requisito de la duración minima del ente societario de conformidad con lo establecido en el numeral 4.1.2.2.1 del Pliego de Condiciones.

B. *Informe de evaluación apartado iii literal C) numeral 2.2. Certificado de Aportes Parafiscales Avila Ltda.*

De conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código de Comercio, el Revisor Fiscal es un funcionario de libre nombramiento y remoción por el órgano competente para su nombramiento. En el caso de la sociedad Avila Ltda. se dio un cambio en la persona que venia ostentando dicho cargo el 3 de enero de 2011 por decisión de la Junta de Socios que se registro el día 14 del mismo mes año, nombrando como revisora fiscal a la señora Mirle Irina Curiel.

Sin embargo, precisamente en cumplimiento de sus obligaciones legales la sociedad mencionada contaba con la contadora Maritza Ceballos como revisora fiscal hasta esa fecha, y quien fungía también como revisora fiscal durante la vigencia fiscal 2010, dentro de la cual se enmarca el período de tiempo durante el cual requiere la entidad se acredite el cumplimiento de los pagos de aportes parafiscales de los empleados de Avila Ltda., y en el momento en que efectivamente se suscribió el documento (2 de enero de 2011) no como erróneamente quedo consignado en la certificación aportada con nuestra oferta (2 de febrero), por un error involuntario de mecanografía.

Por tanto, y teniendo en cuenta la exposición precedente sobre los requisitos habilitantes y la subsanabilidad de los mismos, aportamos con este documento una copia del certificado de existencia y representación de la sociedad Avila Ltda. del 31 de marzo de 2010 y una certificación emitida por la Cámara de Comercio de Riohacha sobre quien ostentaba durante el 2010 la calidad de revisor fiscal de Avila Ltda., mediante la cual se prueba porque la contadora Maritza Ceballos firmo

el documento por nosotros aportado para acreditar el cumplimiento de los pagos de los aportes parafiscales de la sociedad Avila Ltda.

Adicionalmente, solicitamos a la entidad, en caso que lo considere necesario y con el fin exclusivo de brindar todas las herramientas pertinentes de conocimiento, que en cumplimiento de lo previsto en el decreto 2150 de 1995 y el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, verifique en las bases de datos de las entidades respectivas la condición de cumplimiento de la sociedad Avila Ltda. en el pago de sus aportes parafiscales.

Conforme lo anterior, solicitamos a la entidad contratante declarar que el integrante Avila Ltda. CUMPLE con el requisito habilitante del certificado de aportes parafiscales establecido en el numeral 4.1.3 del Pliego de Condiciones.

C. *Apartado iv literal C) numeral 2.2. Certificación Aportes Parafiscales Korea Smart Card Co Ltda.*

Señala la entidad al final del citado apartado que *El proponente NO CUMPLE con este criterio* habilitante establecido en el numeral 4.1.3 del Pliego de Condiciones referente al certificado de aportes parafiscales. Sin embargo no precisa la entidad la evaluación dada al integrante Korea Smart Card Co. Ltda a pesar de obrar en nuestra oferta a folios 000037 a 000039 certificación suscrita por el señor **GYE HYUN PARK** representante Legal de dicho intergante, como consta en los documentos aportados para acreditar la existencia y representación de dicha sociedad.

Inclusive la misma entidad contratante en el informe de evaluación señaló:

Visible a folios 000036 a 000040 se anexa certificación suscrita por el Representante Legal de la firma donde expresa que no tiene sucursales en Colombia, y no dispone de trabajadores por lo tanto no tiene obligaciones parafiscales. Dicho documento se encuentra autenticado por la certificación notarial de Hwang Mok Park Law and Notary Office y apostillado por el Ministerio de Justicia de la República de Corea, y traducido al idioma español por interprete oficial y por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por tanto, solicitamos comedidamente a la entidad revisar de nuevo los citados folios y precisar que el integrante Korea Smart Card Co. Ltda., CUMPLE con el requisito habilitante establecido en el numeral 4.1.3 del Pliego de Condiciones

D. Documento Verificación Capacidad Financiera, numeral 2. literal b).

Señala la entidad que el integrante H & H Arquitectura S.A. no aporta la conciliación de utilidad del ejercicio (contable) frente a la renta liquida (fiscal).

Conforme las reglas de subsanabilidad contenidas en los artículos 5º de la Ley 1150 de 2007 y 10º del Decreto 2474 de 2008, la exposición realizada en el literal A del presente escrito con base en las precisiones jurisprudenciales recientes sobre los requisitos de verificación y su carácter subsanable, nos permitimos aportar con el presente escrito la conciliación citada.

E. Documento Verificación Capacidad Financiera, numeral 2º literal c).

Señala la entidad que la conciliación presentada por el integrante Equipluss S.A. esta incompleta.

Conforme las reglas de subsanabilidad contenidas en los artículos 5º de la Ley 1150 de 2007 y 10º del Decreto 2474 de 2008, la exposición realizada en el literal A del presente escrito con base en las precisiones jurisprudenciales recientes sobre los requisitos de verificación y su carácter subsanable, nos permitimos aportar con este documenta la conciliación del patrimonio contable frente al patrimonio Liquido.

F. Documento Verificación Capacidad Financiera, numeral 2º literal d).

Señala la entidad que los estados financieros a corte 31 de diciembre de 2009 son firmados por Maritza Ceballos Sierra en calidad de revisor fiscal y el certificado de existencia y representación aportado a folio 78, registra que la calidad de revisor fiscal la ostenta Mirle Irina Curiel Correa inscrita el 14 de enero 2011.

Así mismo se precisa que con nuestra respuesta no se aporto la copia del certificado de existencia y representación de Avila Ltda. Donde consta que durante la vigencia fiscal 2009 la calidad de revisora fiscal la ostentaba la contadora pública Maritza Ceballos Sierra.

Como se dijo anteriormente, de conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código de Comercio, el Revisor Fiscal es un funcionario de libre nombramiento y remoción por el órgano competente para su nombramiento. En el caso de la sociedad Avila Ltda. se dio un cambio el 3 de enero de 2011 por decisión de la Junta de Socios que se registro el día 14 del mismo mes año, nombrando como revisora fiscal a la señora Mirle Irina Curiel.

Por tanto, precisamente en cumplimiento de sus obligaciones legales la contadora Maritza Ceballos suscribe los estados financieros correspondientes a la vigencia fiscal 2009 y sus documentos anexos, pues fue ella quien realizó la respectiva auditoria y revisión de la situación contable del ente económico durante la vigencia fiscal exigida por la entidad (año 2009).

En consecuencia, y teniendo en cuenta la exposición precedente sobre los requisitos habilitantes y la subsanabilidad de los mismos, aportamos con este documento una copia del certificado de existencia y representación de la Sociedad Avila Ltda. del 31 de marzo de 2010, enviado previamente a la entidad el 1º de marzo del año en curso y una certificación emitida por la Cámara de Comercio de Riohacha sobre quien ostentaba durante el 2009 la calidad de revisor fiscal de Avila Ltda.

II. Oferta presentada por la Promesa de Sociedad Futura Recaudo SIT Cartagena, proponente No 3. Integrado por Agelcom S.A., EBCORP., Teledifusión S.A. y Valores y Contratos S.A.

En la propuesta presentada por este proponente así como en el informe de evaluación de los factores técnicos de experiencia del proponente se puede verificar que el integrante de este grupo Angelcom S.A. invoco para acreditar la experiencia exigida en el numeral 4.3.1.6 del Pliego de Condiciones el proyecto Transmilenio de Bogota, Contratos de Concesión No 183 del 4 de junio de 2003[5] y el Contrato para el recaudo del Sistema Transmilenio firmado el 19 de abril de 2000, entre Transmilenio S.A. y la sociedad Angelcom S.A.

Establece el numeral 4.3.1.6 del pliego de condiciones que:

> El proponente debe acreditar como mínimo dos (2) **experiencias exitosas** en donde se tengan en operación 1.000.000 de tarjetas inteligentes sin contacto en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros. En por menos una de las experiencias debe certificarse mínimo que se tiene en operación como medio de pago 400.000 tarjetas inteligentes sin contacto. (Destacado y subrayado)

A su vez, se define en el numeral 1.5.19 del Pliego de Condiciones como **Experiencia Exitosa**:

[5] Suscrito entre Transmilenio S.A. y la Unión Temporal Fase II, integrada por Angelcom S.A. con participación de un 70% y Keb Technology en un 30%, e invocado para acreditar la experiencia exigida en el numeral 4.3.1.6 del Pliego de Condiciones

1.5.19 **Experiencia Exitosa:**

Entendiéndose por experiencia exitosa la ejecución de contratos debidamente ejecutados y recibidos a satisfacción del contratante respectivo, **en cuyo desarrollo no se causó ningún tipo de sanción y/o multa por incumplimiento contractual, debidamente ejecutoriado,** ni se hizo efectiva, la póliza única de garantía.

Sin embargo, como podrá verificar la entidad con los documentos que se aportaran con el presente escrito hemos encontrado que los contratos invocados por el integrante Angelcom S.A. para acreditar la experiencia del numeral 4.3.1.6 si han sido objeto de sanción y/o multa por incumplimiento contractual, y por ende estos no se enmarcarían en el concepto de experiencia exitosa definido por el pliego, y por tanto no podrían tenerse en cuenta para la evaluación de los factores técnicos de experiencia del proponente, en consecuencia la oferta presentada por el proponente Promesa de Sociedad Futura Recaudo SIT Cartagena debe ser calificada como NO CUMPLE.

Así, de conformidad con lo establecido en las cláusulas 215 y siguientes del contrato de concesión para el recaudo en el sistema de Transmilenio, suscrito entre Transmilenio S.A. y el integrante Angelcom S.A. el 19 de abril del año 2000, se establecían como medidas sancionatorias multas diarias por el incumplimiento *con cualquiera de los parámetros de instalación de equipos, mantenimiento, operación de equipos o atención a los usuarios del Sistema de Transmilenio, o con cualquiera de los requisitos, obligaciones y responsabilidades que le han sido asignados en el presente contrato, (…) sin subordinación ni sujeta a condición alguna diferente de la ocurrencia de los supuestos fácticos que dan lugar al nacimiento y exigibilidad de la multa, y sin requerirse declaración alguna de parte de Transmilenio o de otra autoridad judicial o extrajudicial de cualquier naturaleza. Todas las multas se causarán de manera continua hasta cuando se restituya el cumplimiento del contrato, según parámetro, requisito, obligación o responsabilidad exigidos, si conforme a la naturaleza de la infracción la restitución del incumplimiento fuere posible. Cuando se trate de incumplimiento de ejecución inmediata cuyo cumplimiento no sea posible restituir, se causarán tantas multas como infracciones de ejecución inmediata haya cometido el CONCESIONARIO, cuantificadas en cada cosa por una sola vez.*

El procedimiento de liquidación y pago de las multas se encuentra previsto en la cláusula 221 del precitado contrato de concesión, y en su numeral 22.1.4 se prevé que las multas *que se causen podrán ser canceladas a través de la figura de la compensación, descontándose el valor de las multas de los valores que el CONCESIONARIO tenga el derecho a obtener derivados de la ejecución del*

presente contrato. Será función de Transmilenio S.A. verificar que se hagan los descuentos correspondientes, de manera oportuna en los periodos de pago de las participaciones o dividendos previstos en el presente contrato.

Es claro de las reglas contractuales citadas que, conforme en la época de suscripción de los contratos aportados por Angelcom S.A. (2000 y 2003) no estaba vigente la Ley 1150 de 2007, el procedimiento de imposición y liquidación de este tipo de sanciones se sometía en primera medida a lo dispuesto en el contrato mismo y posteriormente, ante sus vacíos a las normas supletivas del Código Civil.

Como anunciamos anteriormente, con este escrito aportamos prueba de que la sociedad Angelcom S.A. en su calidad de contratista directa de Transmilenio S.A. y como integrante del contratista Unión Temporal Fase II fue sujeto de sanciones conforme las reglas contractuales, las cuales se encuentran en firme, por tanto, no puede tenerse en cuenta estos contratos como medios idóneos para acreditar la experiencia exigida en el numeral 4.3.1.6 del Pliego de Condiciones, ya que los mismos no corresponden al concepto de experiencia exitosa dado por la entidad como requisito necesario e indispensable para tenerla en cuenta al momento de evaluar los factores técnicos de experiencia de cada proponente.

En la comunicación del 12 de enero de 2011 de la oficina de comunicaciones de Transmilenio S.A., como respuesta al derecho de petición No 14741 claramente se relacionan las notificaciones de las sanciones impuestas a los contratistas Angelcom S.A. y Unión Temporal Fase II, y al final se precisa: "*…Algunos de estos informes de verificación de incumplimiento han concluido con la imposición de multas a los concesionario, no a través de Resoluciones sino en los términos establecidos en los contratos*.

Esta comunicación será aportada en original como anexo al presente escrito, junto con copia simple de las siguientes paginas del Contrato de Concesión para el Recaudo en el Sistema Transmilenio numero 1, 210 a 221, 262 a 264, como prueba de la improcedencia de aceptar los contratos invocados por Angelcom S.A. como suficientes para acreditar la experiencia exigida en el numeral 4.3.1.6 del Pliego de Condiciones.

Por tanto, solicitamos, comedidamente a la entidad, verificar esta información directamente con la entidad contratante en esos proyectos (Transmilenio S.A.) en virtud del principio de colaboración establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, y proceder a modificar el informe de evaluación en este apartado declarando que la oferta presentada por la Promesa de Sociedad Futura Recaudo

SIT Cartagena NO CUMPLE con los factores técnicos de experiencia en los términos exigidos en los pliegos de condiciones.

III. Oferta presentada por la Promesa de Sociedad Futura Recaudo y Tecnología- RETEC S.A.S, integrada por Rincón Davila y Compañía S en C, Recolección y Aseo S.A. ESP., Casa Motor S.A. y Tianjin IC Card Public Network Sistem Co. Ltd. Proponente No 5.

Verificación Capacidad Financiera. Integrantes Tianjin IC Card Public Network Sistem Co. Ltd. y Casa Motor S.A.

Se estableció en numeral 4.2 *Capacidad Financiera*, del Pliego de Condiciones que:

El proponente deberá acreditar en sus propuestas todos los factores de Capacidad Financiera relacionados en el presente numeral, mediante el diligenciamiento y suscripción de la Proforma 5 que deberá estar acompañada(s) de los documentos que se exigen según las instrucciones para el diligenciamiento de las proformas señaladas.

> "(…)
>
> El proponente deberá aportar los estados financieros, balance general, estado de resultados y sus respectivas notas explicativas a Diciembre 31 de 2009 o a la fecha de cierre del último año fiscal del país de origen del proponente y deben estar expresados en pesos colombianos debidamente suscritos (firmados), certificados y dictaminados de acuerdo con el artículo 37 y 38 de la Ley 222 de 1995 y decreto 2649 de 1993.
>
> Los estados financieros deberán estar acompañados de la copia de la tarjeta profesional del contador y revisor fiscal y sus certificados de vigencia y antecedentes disciplinarios. Adjuntar copia de la declaración de renta del año 2009; en caso de presentarse diferencias entre las cifras consignadas en los estados financieros y la declaración de renta, se debe presentar la respectiva conciliación.
>
> En caso de oferentes extranjeros que no tienen domicilio ni sucursal en Colombia, deberán aportar las anteriores documentos de acuerdo con la legislación aplicable en el país de origen y debidamente apostillados. Los estados financieros deben presentarse en pesos colombianos y suscritos por el representante legal y los demás que estén obligados.

Revisada la oferta del proponente en estudio encontramos que respecto de los estados financieros del integrante *Integrantes Tianjin IC Card Public Network*

Sistem Co. Ltd. que obran a partir del folios 218 de la propuesta, NO cuentan con la certificación exigida en el Pliego de Condiciones y en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995. Así mismo, no obra en la propuesta las notas respectivas de dichos estados financieros ni la copia de las tarjetas profesionales ni de los certificados de antecedentes disciplinarios de los Contadores que se encargaron de elaborar y auditar la información contable de dicha empresa, o sus equivalentes de acuerdo a la legislación del país de origen de este ente económico

En consecuencia, este integrante NO CUMPLE con las condiciones exigidas por el Pliego de Condiciones para acreditar su capacidad financiera.

En igual sentido, revisados los soportes financieros aportados por el integrante Casa Motor S.A. que obran en la propuesta a partir del folio 194 hasta el 215E, no se encuentran dictaminados ni certificados, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995, y lo exigido en el Pliego de Condiciones para acreditar la capacidad financiera.

En consecuencia, comedidamente solicitamos a la entidad contratante reevaluar este proponente y calificar su oferta como NO CUMPLE financieramente.

En los anteriores términos, encontrándonos dentro de la oportunidad legal prevista para el efecto y conforme a los pliegos de condiciones, presentamos nuestras observaciones al informe de evaluación publicado el pasado 28 de febrero del presente año.

Cordial saludo;

ÁLVARO FUAD RAAD RAAD
Representante Legal
PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S

Anexos:

1. Acta de Equippluss asamblea de accionistas compromiso en firme e irrevocable de ampliación duración de la sociedad. Sesión del 13 de enero de 2011.
2. Copia certificado de existencia y representación de Avila Ltda. del 31 de marzo de 2010.
3. Certificación otorgada por la Cámara de Comercio de Riohacha donde se verifica que el período durante el cual la contadora Maritza Ceballos ocupó el cargo Revisora Fiscal.
4. Copia Conciliación de la utilidad del ejercicio frente a la renta liquida de la sociedad H & H Arquitectura S.A.
5. Copia conciliación del patrimonio contable frente al patrimonio Liquido, de la sociedad Equipluss S.A.
6. Respuesta al derecho de petición No 14741 dada por Transmilenio S.A. respecto de las multas aplicadas en los contratos de concesión suscritos con Angelcom S.A. y la Unión Temporal Fase II.