



Cartagena de Indias, D. T. y C., Siete (7) de Octubre de 2010.-

**TC-DJ-07.01-1287-2010**

**Señores:**

**PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**Atte. MARIA EUGENIA CARREÑO GÓMEZ**

**Procuradora Delegada**

**Carrera 5 No. 15 – 80 piso 17 Pbx: 5878750 Exts: 11727 – 11728**

**Bogotá**

**funcionpublica@procuraduria.gov.co**

**Referencia. Respuesta a oficio No. 202118-10**

Cordial Saludo.

Por medio de la presente damos respuesta al oficio de la referencia por el cual se nos manifiesta en relación con el proceso licitatorio No. TC-LPN-002-10 cuyo objeto es la "Concesión para el diseño, operación y explotación del sistema de recaudo y suministro del sistema de gestión y control de la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros del Distrito de Cartagena de Indias – Transcaribe S.A.", las siguientes observaciones:

#### **1. FRENTE A LOS DOCUMENTOS PUBLICADOS EN EL SECOP**

Señala el organismo de control que no ha sido publicado en el SECOP el aviso de prensa, y solicita proceder a su publicación.

El artículo 8 del Decreto 2474 de 2008 desarrolla el principio de publicidad y enumera los documentos e información que debe ser publicada a través del Portal Único de Contratación.

Dentro de la numeración señalada, no encontramos la obligación de publicar el aviso en prensa, como si lo es el aviso de convocatoria pública – a que se refiere el artículo 4 del mismo Decreto – los cuales son dos avisos diferentes.

El aviso en prensa a que hace referencia su observación es un requisito legalmente establecido en el artículo 30 de la ley 80 de 1993. Lo anterior significa que se trata de un requerimiento obligatorio – la realización del aviso – pero no es obligación legal la publicación del mismo.

Así las cosas, no siendo obligatoria la publicación del aviso en prensa, se considera cumplido el requisito legal. El respectivo soporte obra dentro de la historia del proceso, pero para su conocimiento hacemos remisión de copia simple del mismo.-

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)



## 2. FRENTE AL CRONOGRAMA DEL PROCESO DE SELECCIÓN

Señala el órgano de control que "no transcurrieron diez (10) días calendario entre la publicación del aviso de prensa y el inicio del plazo de la licitación"

Revisado el cómputo de los plazos señalados, manifestamos estar de acuerdo con la observación y será tenida en cuenta por ésta entidad.

No obstante, éste error puede ser subsanado mediante modificación del plazo de inicio para la recepción de ofertas, de manera que el aviso publicado quede comprendido entre los 10 a 20 días calendarios anteriores, tal como lo establece el artículo 30 de la ley 80 de 1993.

## 3. INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS – NUMERAL 1.13.2 DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

El órgano de control considera la estipulación del pliego de condiciones como una extensión de las causales de terminación unilateral de los contratos estatales consignada con el carácter de una cláusula excepcional al derecho común en el artículo 17 de la ley 80 de 1993.

Esta entidad procederá a la eliminación de la cláusula de la referencia atendiendo que el procedimiento para hacerla efectiva termina siendo complicado si no existe de por medio un acto administrativo, teniendo en cuenta que depende que el contratista manifieste su acuerdo para la terminación.

Es importante aclarar que la terminación del contrato por incumplimiento del contratista, tal como está planteada en los pliegos de condiciones, no es una aplicación de la facultad exorbitante de terminación unilateral de los contratos; se trata de una estipulación contractual – aceptada por las partes – en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, la cual es introducida en el derecho común y aceptada por la ley 80 de 1993 en su artículo 40 así:

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

(...)

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

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)



La condición resolutoria por incumplimiento de una de las partes contratantes además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (Artículo 1546 del C.C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable igualmente en la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Con todo insistimos, el numeral en comento será eliminado.

#### **4. NUMERAL 2.11 DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES**

Esta observación tiene por finalidad dar claridad sobre el momento de perfeccionamiento, ejecución y legalización de los contratos estatales la cual será acogida parcialmente. Lo anterior teniendo en cuenta que esta entidad no comparte la obligación de incluir las consecuencias del no cumplimiento de los requisitos dependiendo la etapa en que se encuentre, toda vez que se trata de consecuencias legales insertas sin necesidad de estipulación sobre la materia.

#### **5. NUMERAL 3.1 DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES - DEFINICIONES**

La exigencia de la suscripción de los anexos, es una medida de protección de las entidades estatales frente a las experiencias de contratistas en esta materia, que han generado múltiples discusiones. Se trata de aplicación de la facultad que tienen las Administraciones Públicas de adoptar las medidas necesarias para asegurar los fines perseguidos con el proceso de selección.

Al efecto, no debe perderse de vista que el derecho positivo establece una regulación genérica de los pliegos de condiciones, motivo por el cual existe competencia reglada pero amplia dentro de los límites de la ley, por parte de las entidades estatales para su confección. Precisamente en el ámbito de esa atribución, Transcaribe S.A. considera que no es suficiente que el Representante del oferente se limite a suscribir la carta de presentación, pues en las proformas se incluye información fundamental que resulta apenas necesario que dicho representante se percate de ella.

Comparte esta entidad el criterio respecto el cual con la presentación de la oferta, los oferentes aceptan las condiciones del proceso; no obstante y atendiendo la importancia de la información declarada en los anexos, esta entidad solicita que se reitere dicha voluntad, incluso con expertos y conocedores del tema por parte del proponente, evitando de esta manera cualquier manifestación del proponente referente a un error en la elaboración de la oferta.

Respecto la causal de rechazo señalada en el numeral X; se mantendrá única y exclusivamente en el evento en que se omita la presentación de las proformas, y los demás eventos serán estudiados para cada caso en concreto a la luz de la normatividad vigente, en especial la que regula la teoría de los requisitos subsanables.

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)



#### **6. NUMERAL 3.4.1 – AMPLIACIÓN DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA**

Estudiada ésta observación consideramos la necesidad de dar claridad al mismo, eliminando de la cláusula del pliego el aparte que expresa: "En ningún caso se aceptará la aclaración o complementación de la información contenida en los documentos constitutivos de la oferta y requisitos ponderables".

#### **7. DESCRIPCIÓN DE LA APTITUD LEGAL DEL PROPONENTE**

Se refiere el mencionado requerimiento a que el objeto social de las sociedades proponentes abarque la suscripción y ejecución del contrato que resulta de esta licitación.

No obstante realizada la anterior aclaración, después de leído el texto de la cláusula encontramos confusión en su redacción, frente a lo cual procederemos a realizar su respectiva modificación, señalando expresamente el sentido explicado anteriormente.

#### **8. DURACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS – NUMERAL 4.1.2.2.1. DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES**

Solicita el órgano de control presentar los fundamentos jurídicos de exigir como plazo de duración de las personas jurídicas el plazo del contrato y tres (3) años más, frente a lo establecido en el artículo 6 de la ley 80 de 1993.

Es importante como primera medida precisar que la intención de ésta entidad al incluir dicha estipulación es garantizar efectivamente la existencia del proponente tanto durante la ejecución del contrato como en la etapa de liquidación, en especial por las ampliaciones de que puede ser objeto el contrato.

A fin de cumplir estrictamente lo señalado en la ley procederá ésta entidad a señalar expresamente el plazo del contrato, incluyendo tanto el plazo de ejecución como el plazo de liquidación contractual; exigiendo la existencia de dicho plazo del contrato y un 1) año más, tal como lo exige la norma.

Respecto el plazo mínimo de constitución, compartimos dicha observación por lo cual procederemos a su eliminación del Pliego de Condiciones.

#### **9. ACREDITACION DE APORTES PARAFISCALES DE PROPONENTES EXTRANJEROS**

La ley 789 de 2002 creada para apoyar el empleo y ampliar la protección social en el país, a través de su artículo 1 nos permite dilucidar el objeto perseguido por este compendio legal:

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)



"ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los **colombianos**, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo".

De la lectura de la norma trascrita queda claro que el propósito de la ley 789 de 2002 es proteger a los empleados del país de manera que se les asegure la satisfacción de todos sus derechos laborales y que se evite que los empleadores evadan el cumplimiento de sus obligaciones.

El artículo 50 de la ley 789 de 2002 establece la obligación de exigir a las personas jurídicas que contraten con el Estado colombiano, la prueba de que se han satisfecho las obligaciones laborales, de seguridad social y parafiscales para con sus empleados. Esta norma, la cual se transcribe de inmediato, busca proteger a los trabajadores colombianos y asegurar que se realicen los aportes correspondientes entre otros a las Cajas de Compensación Familiar, ICBF, SENA, instituciones que igualmente son netamente colombianas.

"ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)



(6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

Para poder ejercer el derecho de movilidad de Administradora de Riesgos Profesionales o Caja de Compensación, el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones”.

De lo anterior queda claro que para la ley es irrelevante si las empresas extranjeras en sus países de origen han cumplido o no con sus deudas laborales y de seguridad social, pues la protección de los trabajadores extranjeros en el exterior, no es un tema que interese a la ley nacional.

Prueba de lo anterior es que el artículo 23 de la ley 1150 de 2007 establece que “El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, **cuando corresponda**”. Esta anotación resaltada fuera de texto, deja claro que no en todos los casos procede exigir el mencionado paz y salvo, tal como acontece en el caso de extranjeros que no tienen sede en el país.

Ahora bien, si alguna empresa extranjera gana la concesión, por cuenta de la exigencia del Código de Comercio, al estar realizando una actividad permanente en el país deberá constituir una sucursal y cumplir con la totalidad de requisitos legales, tributarios y laborales previstos en Colombia. En este evento, y sin discriminación alguna, se le aplicará lo exigido en el artículo 23 de la ley 1150 de 2007 que a la letra reza:

**“ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.** El inciso segundo y el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

“Artículo 41.

(...)

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Parágrafo 1º. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del

*R*

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)

*Ja*

*SO*



contrato estatal. El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente".

#### **10. MONTO Y VIGENCIAS DE LOS AMPAROS DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – NUMERAL 4.1.4.6 DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES**

No obstante que en la Minuta del contrato se encuentran incluidos dichos montos y vigencias, serán incluidas en la mencionada cláusula acogiendo la recomendación.

#### **11. REQUISITOS PONDERABLES DE LAS OFERTAS – INCLUSION DE FACTORES DE CALIDAD**

Procederá ésta entidad a acoger la mencionada recomendación e incluir dentro de los criterios de selección el factor de calidad.

#### **12. CAUSALES DE RECHAZO Y ACREDITACIÓN DE LA PROPUESTA ECONÓMICA**

En efecto la cita del artículo 71 del Decreto 2474 de 2008, constituye un error involuntario de la Administración, que será corregido acogiendo la recomendación del organismo de control.

Respecto el numeral 4.6.2 relativo a la acreditación de la propuesta económica y al que el órgano de control se refiere al establecimiento de precios artificialmente bajos, señala ésta entidad que en materia alguna estamos definiendo de forma anticipada y automática la configuración de precios artificialmente bajos. Se trata única y exclusivamente del señalamiento de topes para la presentación de la propuesta económica, que surgen como consecuencia del estudio serio económico realizado por la entidad y del poder de las Administraciones Públicas de establecer las mejores condiciones que permitan obtener la finalidad perseguida con el proceso.

Así las cosas, resulta razonable para ésta entidad después de realizar el análisis económico, la inclusión de dicha cláusula – 4.6.2 –, quedando a salvo la aplicación, en caso de darse los elementos de la norma que regula los precios artificialmente bajos, cual - se reitera - es ajena al tema tratado en el pliego.

#### **13. MULTAS Y SANCIONES**

Procederemos a acoger la recomendación eliminando la disposición relativa a las multas como causal de rechazo.

#### **14. ADENDA No. 1 – AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS**

Es procedente la mencionada observación en atención a lo establecido legalmente. No obstante dicho requerimiento puede ser subsanado si se modifican las fechas del llamado plazo de la licitación.

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)



## 15. UTILIZACIÓN DE EQUIPOS COMO GARANTÍA PARA LA FINANCIACIÓN – MINUTA DEL CONTRATO

Si bien es cierto que al finalizar la concesión los activos pasan a nombre de la entidad concedente, esto no quiere decir que durante el plazo de la concesión dichos activos no sirvan como garantía para las entidades financiadoras. Esto solo se cumple con la condición de que la entidad concedente autorice que dichos activos puedan ser utilizados garantizando la prestación del servicio por encima de cualquier cosa. Esto es, que aunque el concesionario incumpla con los créditos, la entidad financiadora tome posesión de los activos pero sin interrumpir el servicio de estos y que adicionalmente se reverse la propiedad una vez terminado el plazo de la concesión.

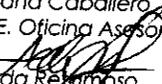
Culminada la respuesta a las observaciones planteadas, agradecemos el desarrollo de su función preventiva y solicitamos su acompañamiento hasta la terminación del proceso.

Cordialmente,

  
**ENRIQUE CHARTUNI GONZALEZ**  
**GERENTE GENERAL**

Proyectó:

  
Liliana Caballero  
P.E. Oficina Asesora Jurídica

  
Leda Rejasoso  
Asesora en Contratación Estatal

Aprobó:

  
Ercilia Barrios  
Jefe de Oficina Asesora

Jose Alfaro Villadiego  
Director del Departamento de Operaciones

**El Alcalde Somos Todos**

Crespo Carrera 5ª No. 66-91 Edificio Eliana TEL: 6664429 – 66665217  
[www.transcaribe.gov.co](http://www.transcaribe.gov.co)