



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

Bogotá D.C., 11 de diciembre de 2023

Señores:

PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER INVIAS VARIANTE SUR OCCIDENTAL CARTAGO

Bogotá D.C. – Colombia

Referencia: CONVOCATORIA No. PAF-INVIAS-O-082-2023

Asunto: Respuesta a las observaciones del proponente **CONSORCIO INFRAVIAS DEL VALLE.**

Respetados señores:

En mi calidad de Representante del **CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA** (en adelante el “**Proponente**”), mediante la presente, me permito presentar a la Entidad las respuestas a las observaciones allegada por el **CONSORCIO INFRAVIAS DEL VALLE**. A continuación, detallo los términos pertinentes para dichas consideraciones:

1. OBSERVACIÓN 1: *Las fechas de los certificados de aportes parafiscales de los integrantes del Consorcio, no están suscritas a la fecha de cierre del proceso, como lo estipula el numeral 2.1.1.11 “CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CON LOS SISTEMAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y APORTES PARAFISCALES”, “(...) El proponente deberá acreditar que se encuentra al día a la fecha de cierre del proceso de selección (...)”*

Respuesta: El **CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA** dentro de los términos y tiempos del proceso licitatorio PAF-INVIAS-O-082-2023, allegó el **FORMATO 2 – CERTIFICADO DE APORTES PARAFISCALES Y SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL** de cada uno de los integrantes.

Dentro de este formato se presenta el siguiente enunciado:

“(...) Yo, JOSUE JAIMES ARDILA, identificado con C.C 1.100.962.312 y tarjeta profesional No. 232915-T, en mi condición de Persona Natural Representante Legal Revisor Fiscal X de TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.S identificada con Nit. 890.903.035-2, debidamente inscrito en la Cámara de Comercio de



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

Bogotá certifico el pago de los aportes de seguridad social (pensión, salud y riesgos laborales) y de los aportes parafiscales (Instituto Colombiano de Bienestar familiar ICBF, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Caja de Compensación Familiar), cuando a ello hubiere lugar, correspondiente a la nómina de los últimos seis (6) meses que legalmente son exigibles a la fecha de presentación de la propuesta para el presente proceso de selección, (o sea, en los cuales se haya causado la obligación de efectuar dichos pagos). Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en concordancia con lo dispuesto por las Leyes 1607 de 2012 y 1739 de 2014, y demás normas aplicables.

La anterior certificación se expide para efectos de dar cumplimiento al artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en consonancia con la Ley 828 de 2003, las Leyes 1607 de 2012 y 1739 de 2014 y demás normas concordantes. (...)"
Negrita y subrayado fuera de texto.

La Entidad cometería un grave error al confundir el requisito de forma del documento, con la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. Lo que establece el artículo 5 de la ley 1882 es la proscripción de acreditar hechos o circunstancias que hubieren ocurrido con posterioridad al cierre del proceso de selección. Sin embargo, la fecha de los Certificados de Aportes es un formalismo, no es un hecho ni una circunstancia. El hecho y la circunstancias que se acreditan corresponde a el pago correspondiente de los aportes a la seguridad social.

De igual forma, respecto de la expresión del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 “*circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*” la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente mediante Concepto C – 267 de 2020 estableció que se debe distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo para efectos de determinar aquello que es subsanable respecto de lo que no. A continuación, algunos apartes relevantes del concepto referido:

A



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

“Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

(...)

“Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.” (Resaltado fuera del texto original)

En este caso en particular, es claro e inequívoco que **EL CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA** dentro de los términos y tiempos del proceso licitatorio PAF-INVIAS-O-082-2023, allegó el **FORMATO 2 – CERTIFICADO DE APORTES PARAFISCALES Y SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL** de cada uno de los integrantes.

Respecto de la distinción entre el hecho que tiene lugar antes de la fecha de cierre y el que ocurre con posterioridad el Consejo de Estado también ha establecido que *“lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito”*¹.

De hecho, como conclusión del **Concepto C – 267 de 2020** anteriormente referido, Colombia Compra Eficiente indicó que:

“Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 2010-00034-00(1992)



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.”

Este criterio fue reiterado por Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado 4201912000008198, en el que dicha entidad indicó que las certificaciones que no otorgaran puntaje podían aportarse corregidas o incluso, en reemplazo de las que no cumplieran el requisito habilitante, siempre que en los documentos aportados en la etapa de subsanabilidad no se acreditara experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección.

Por su parte, también es preciso mencionar aquellas disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública que indican que las entidades públicas deben hacer prevalecer lo esencial o sustancial de la oferta por encima de lo que reza únicamente como de naturaleza procedimental o formal. Dicha posición sustenta que aquellos formalismos insustanciales o de legalización que no agregan valor a los ofrecimientos hechos por quienes presentaron propuestas ante la entidad, no son título suficiente para afectar la obtención de la mejor oferta para la entidad, que se garantiza mediante la pluralidad de oferentes dentro de un proceso de selección.

Sobre esa evolución del principio inmerso en las normas en materia de contratación, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

"Antes se usaba que las propuestas fueran rechazadas por no cumplir aspectos adjetivos que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

En adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación.

La mera filosofía del derecho constitucional recibida ahora como filosofía del derecho contractual las ofertas incompletas - por falta de requisitos o documentos - no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia, es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, le corresponde valorar si lo que falta 'es necesario para la comparación de las propuesta', si concluye



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

*que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo hace debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla o rechazarla"*² (Subraya fuera del texto original)

Con el entendido de que se trata de un elemento meramente formal, el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal en las actuaciones de las autoridades estatales exige que los contenidos de fondo deben prevalecer sobre las simples formalidades, incluso en factores puntuables en materia contractual (que ni siquiera es el caso que nos ocupa).

En distintas oportunidades el Consejo de Estado y la Agencia de Colombia Compra Eficiente se han encargado de resaltar el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal en las actuaciones contractuales y administrativas del Estado³.

De conformidad con dicho principio, las entidades estatales deben evitar que las formalidades impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, y siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de alguna formalidad no debe ser causal para que el derecho sustancial no surta efecto. Así las cosas, es claro que todo funcionario público debe actuar siempre considerando que las formalidades no pueden entorpecer la consecución del objetivo perseguido por una norma sustancial y, por consiguiente, los contenidos de fondo deben prevalecer sobre las simples formalidades, pues *"el derecho formal o adjetivo, valga decir, el que rige el procedimiento tiene una función instrumental, pese a que de él depende la garantía del principio de igualdad ante la ley y en su aplicación y el freno a la arbitrariedad, no es un fin en sí mismo"*.

4

² Ver Sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 26 de febrero de 2014. Exp. 25.804. y Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 12 de junio de 2014. Exp. 21.324. Ver en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp: 40.660 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp: 25.804

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha 24 de julio de 2014. Rad. No. 25000-23-26-000-2000-02482-01 (28.0419). C.P. Mauricio Fajardo Gómez y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha 20 de febrero de 2020. Rad. No. 47001-23-33-000-2018-00035-01(63854). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

Solicitud

Se solicita a la entidad que reafirme su evaluación del documento denominado "*INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES Y SOLICITUD DE SUBSANACIONES*", en adelante referido como "*EL INFORME DE REQUISITOS HABILITANTES*" ratificando que el CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA **CUMPLE** con el requisito jurídico, y se solicita no aceptar la observación presentada por el oferente CONSORCIO INFRAVÍAS DEL VALLE, la cual busca inducir a error a la entidad.

2. OBSERVACIÓN 2:

OBSERVACIÓN 2.1: *Con relación a la certificación expedida por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL SA, contenida en folio 1051 a 1073, en lo atinente a la "Orden de compra No. OC-2008-074" se tienen las siguientes observaciones:*

➤ *El contratante CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., certifica que el contratista fue el "Consortio Grupo Constructor San Rafael":*

CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
NIT. 900.164.310-7

CERTIFICA

Que el Consorcio Grupo Constructor San Rafael, conformado por las compañías descritas en la siguiente tabla, ejecutó las obras de construcción a cargo de la CONCESIONARIA comprendidas dentro del objeto del Contrato de Concesión Vial No. 007 de 2007.

Sin embargo, el certificado del revisor fiscal de Termotecnica Coindustrial SAS, anexo a la experiencia, no es congruente y certifica la facturación realizada por el "Consortio San Rafael", más NO por el "Consortio Grupo Constructor San Rafael".

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

EL SUSCRITO REVISOR FISCAL SUPLENTE DE
TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.S CON NIT No. 890.903.035-2
FREDY SALAMANCA ROJAS IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANIA
No. 1.070.942.747 Y TARJETA PROFESIONAL No. 251.899 -T EXPEDIDA POR
LA JUNTA CENTRAL DE CONTADORES

CERTIFICA QUE:

De acuerdo con soportes suministrados, la Compañía **TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.S.**, del total de la facturación realizada por el Consorcio San Rafael por valor de \$ 453.188.869.917 Iva incluido, sobre el cual tiene un porcentaje de participación del 15% en el desarrollo del contrato de Concesión N. 007 de 2007 cuyo objeto es "Estudios y Diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, gestión social, financiación, construcción, mejoramientos, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial "Girardot – Ibagué – Cajamarca"

Respuesta: La observación presentada por el **CONSORCIO INFRAVIAS DEL VALLE** se centra en que el nombre del **CONSORCIO GRUPO CONSTRUCTOR SAN RAFAEL** no se encuentra textualmente señalado en la certificación emitida por el revisor fiscal.

En este sentido, es menester mencionar que la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

"La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se configura cuando "el juez renuncia a conocer un caso de fondo y a proteger un derecho sustancial como resultado de una aplicación irreflexiva de las normas procedimentales"[33]. Este defecto encuentra fundamento en los artículos 29 y 228 de la Constitución, que prevén no solo la garantía del derecho al debido proceso y de acceso efectivo y real a la administración de justicia, sino que además establecen el principio de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales -art. 228 de la Carta-. Es por esto que se ha interpretado que las normas procesales constituyen "un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos"[34] y no pueden por consiguiente constituirse en una barrera de acceso a la garantía de aplicación y protección del derecho sustancial."

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha proporcionado una definición clara y precisa del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, subrayando la importancia de garantizar el derecho sustancial por encima de las formalidades procedimentales. La aplicación errónea o excesiva de las normas procedimentales en los procesos de contratación puede llevar a situaciones en las que una entidad responsable renuncie a considerar un caso de fondo y a garantizar el cumplimiento de los derechos sustanciales de las partes involucradas en el proceso de contratación.

f

4



CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional enfatiza la importancia de equilibrar adecuadamente las formalidades procedimentales con la protección de los derechos sustanciales de las partes en los procesos de contratación. El principio de prevalencia del derecho sustancial, respaldado por la Constitución, destaca que las normas procesales deben servir como medios para garantizar una contratación justa y equitativa, en lugar de constituir obstáculos innecesarios que dificulten el acceso a la justicia.

No obstante, es pertinente señalar que el respaldo jurídico que valida la experiencia se fundamenta en la certificación y el RUP, siendo el certificado del revisor fiscal un documento anexo aportado como soporte adicional, pero sin carácter vinculante en relación con el cumplimiento de los términos de referencia.

Cabe destacar que, en atención a la observación mencionada, se adjunta la misma junto con el nombre completo del **CONSORCIO GRUPO CONSTRUCTOR SAN RAFAEL**. (Ver anexo 1)

OBSERVACIÓN 2.2:

➤ *El valor ejecutado certificado por valor de \$453.188.869.917 no coincide con la sumatoria de los valores de las obras ejecutadas desagregadas:*

$\$336.755 + \$50.131 + \$13.300 + \$43.237 + \$33.170 = \476.593 (TOTAL EN MILES DE MILLONES DE PESOS).

RESPUESTA: Dando alcance a la observación del oferente CONSORCIO INFRAVIAS DEL VALLE, se aclara a la Entidad que el valor total considerado para la acreditación de la experiencia es de \$453.188.869.917, que corresponde al valor indicado en el certificado de experiencia y en el registro único de proponentes – RUP. Ahora bien, los valores certificados cumplen a todas luces con los requisitos de experiencia solicitados en los términos de referencia.

En consecuencia, se solicita a la Entidad descartar la observación del oferente CONSORCIO INFRAVIAS DEL VALLE y mantener la calificación de **CUMPLE** del **CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA** emitido en el informe de requisitos habilitantes.

OBSERVACIÓN 2.3:

➤ *El certificado expedido por el revisor fiscal del Consorcio Grupo Constructor San Rafael, certifica solo el valor facturado de \$442.314.028.937 (documento adjunto al oficio).*

RESPUESTA: El certificado presentado por el **CONSORCIO INFRAVIAS DEL VALLE** emitido por el revisor fiscal del **CONSORCIO GRUPO CONSTRUCTOR SAN RAFAEL**, es un documento suscrito a los seis (6) días del mes de agosto del año 2015. Este documento fue previamente presentado por el **CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA**.

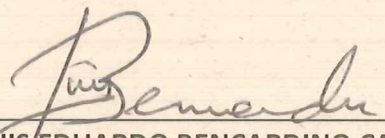


CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

Es relevante destacar que el **CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA** ha cumplido con los términos y plazos establecidos, aportando el certificado que acredita la experiencia, junto con los documentos de respaldo correspondientes.

En virtud de lo expuesto, se solicita a la Entidad ratificar la validez del certificado de experiencia desestimando la observación realizada por el oferente **CONSORCIO INFRAVIAS DEL VALLE** que pretende inducir al error a la Entidad.

Atentamente,



LUIS EDUARDO BENCARDINO CALDERON
Representante Legal
CONSORCIO VARIANTE CARTAGO CAUCA

Anexo 1. Certificado Rev San Rafael