

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL INFORME DEFINITIVO DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER – FONTIC TIENDAS VIRTUALES
BBVA ASSET MANAGEMENT – SOCIEDAD FIDUCIARIA**

CONVOCATORIA No. PAF-MINTICTV-C-022-2020

OBJETO: “LA CONTRATACIÓN DE HASTA CUATRO (4) OPERADORES PARA FORMULAR, EJECUTAR Y REALIZAR EL SEGUIMIENTO DE UNA ESTRATEGIA QUE LES PERMITA A EMPRESARIOS Y/O EMPRENDEDORES COLOMBIANOS LA CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE SOLUCIONES DE COMERCIO ELECTRÓNICO A TRAVÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE TIENDAS VIRTUALES.”

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo II Subcapítulo I Numeral 1.30. el cual establece:

“RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES Y SOLICITUD DE SUBSANACIONES Y PUBLICACIÓN DEL INFORME DEFINITIVO DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

La entidad dentro del término establecido en el cronograma publicará el Informe Definitivo de Requisitos Habilitantes, el cual deberá contener los resultados de los proponentes cuyas propuestas se encuentren habilitadas o no, y se darán respuesta a las observaciones recibidas, señalando expresamente si se aceptan o rechazan las mismas.”

Se procede a dar respuesta a las observaciones recibidas a través del presente documento, así:

1. From: Licitaciones Servientrega <licitaciones@servientrega.com>
Sent: Thursday, November 26, 2020 12:38:57 PM
To: MINTIC TIENDAS VIRTUALES Y VENDE EN LINEA
<mintictiendasyvendeenlinea@findeter.gov.co>
Subject: OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN FINAL Y RECUSACIÓN.
CONVOCATORIA No. PAF-MINTICTV-C-022-2020.

Observación
<u>Anexo No. 1 del presente documento.</u>
Respuesta:
1. <u>Acta de junta de socios. Pese a que es posterior incluye ratificación y por ende la Entidad debe habilitar a Servientrega S.A.</u>
Es importante mencionar que con la propuesta, el oferente aportó el acta <u>No. 697 del 11 de noviembre de 2020</u> , la cual no se encontraba suscrita, razón por la cual no cumplía con los requisitos esenciales para ser oponible a terceros ni con los requisitos exigidos en las disposiciones comerciales y en los términos de referencia; con base en lo anterior, se solicitó subsanar dicho requisito, así:

“(…) Si bien el proponente adjunta el acta de la junta directiva en la que se autoriza al representante legal para la presentación de la oferta, la misma no se encuentra suscrita, por lo tanto se deberá subsanar este aspecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 189 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual:

“ARTÍCULO 189. <CONSTANCIA EN ACTAS DE DECISIONES DE LA JUNTA O ASAMBLEA DE SOCIOS>. Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, **y firmadas por el presidente y el secretario de la misma**, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso (…)”

En el término de traslado del informe preliminar de verificación de requisitos habilitantes, el oferente aportó acta de junta directiva **No. 689 del 20 de noviembre de 2020**, acta diferente a la aportada inicialmente y que otorga la facultad al representante legal para su participación en el proceso de selección de manera posterior a la fecha de cierre.

Como fundamento de la solicitud de habilitación de la propuesta presentada, el oferente trae a colación la sentencia 20688 de 2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, en la que se afirma:

“(…) En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.) (…)”

Frente al particular, es importante tener en cuenta varios aspectos, el primero de ellos es que la sentencia señalada no constituye la posición mayoritaria de la corporación y adicionalmente que para efectos de las contrataciones sometidas al régimen de contratación pública fue expedida la ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones” cuyo artículo 5° establece: **“Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”**, razón por la cual esta norma se constituye en el criterio legal aplicable a la subsanación de requisitos habilitantes en procesos de selección.

En referencia a la convocatoria **PAF-MINTICTV-C-022-2020**, se reitera que los términos de referencia, los cuales son vinculantes para los oferentes y la Entidad, establecen la imposibilidad de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha de cierre, así:

“(…) 1.29.2. REGLAS PARTICULARES. b) El proponente podrá subsanar documentos aportados en la propuesta con fecha de expedición posterior al cierre de la convocatoria, siempre y cuando en su contenido no se acrediten circunstancias posteriores al cierre que mejoren la oferta (…)” Negrilla y subrayado fuera del texto.

En virtud de ello, el acta de junta directiva aportada en la etapa de subsanación, la cual otorgó capacidad al representante legal para presentar la oferta con posterioridad a la fecha de cierre, no es

tenida en cuenta pues no cumple con lo establecido en el literal mencionado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la referencia realizada al artículo 884 del código de comercio para argumentar que la autorización dada al representante legal de la sociedad fue ratificada por la junta directiva, se informa que el contenido de dicho artículo discrepa de la argumentación dada, pues el mismo se refiere al límite de intereses y sanción por exceso en los negocios mercantiles del capítulo V. EL PAGO.

No obstante lo anterior, y bajo el entendido de que el artículo correcto al que buscaba referirse el oferente fuera el 898 del código de comercio, según el cual "(...) *La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación (...)*", es claro que la ratificación solo permite que se perfeccione el acto inexistente en la fecha en que sucede dicha ratificación, que para nuestro caso ocurrió el 20 de noviembre de 2020, fecha en la cual ya se había dado el cierre de la convocatoria, por lo tanto, la circunstancia es insubsanable a la luz de los términos de referencia.

En síntesis, para la fecha de cierre de la convocatoria y según el acta de junta directiva aportada con la propuesta, el representante legal de SERVIENTREGA no contaba con autorización de la junta directiva para su presentación y en etapa de subsanación no se acreditó que dicha facultad hubiera sido otorgada antes del 13 de noviembre de 2020 sino en una fecha posterior, esto es el 20 de noviembre de 2020.

Por los argumentos señalados anteriormente, el sentido de la evaluación jurídica en relación con la facultad para presentar propuesta por parte del representante legal del oferente se mantiene.

2. "El objeto social de Servientrega S.A. sí permite el desarrollo de las actividades del futuro contrario y los argumentos del comité jurídico no corresponden a la realidad y pueden tener un sesgo tendiente a inhabitar de manera irregular nuestra oferta".

En relación con el objeto social de la sociedad **SERVIENTREGA S.A.**, es necesario reiterar que de acuerdo con la ley comercial, la cual establece los límites de la capacidad de las sociedades mercantiles, a estas les es permitida la realización de tres clases de actos¹:

- a. Los actos que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social.
- b. Los que se relacionen directamente con las actividades principales y
- c. Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Los actos de los literales a y b se relacionan con la finalidad que persigue la empresa y por esa razón deben guardar relación directa con la misma. Lo anterior significa que existe un objeto principal que está conformado por las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes; y un objeto secundario que está compuesto por la serie de actos que la compañía puede realizar en desarrollo de aquéllas.

Así lo describe el artículo 99 del Código de Comercio al señalar que:

¹ Artículo 99 del Código de Comercio

*“(…) ARTÍCULO 99. <CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD>. **La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo** y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad (…)”*

De conformidad con lo anterior y revisadas todas las actividades inscritas en el certificado de existencia y representación legal del oferente como objeto social, se pudo concluir objetivamente que dichas facultades y capacidades no se relacionan con el objeto a contratar el cual consiste en LA CONTRATACIÓN DE HASTA CUATRO (4) OPERADORES PARA **FORMULAR, EJECUTAR Y REALIZAR EL SEGUIMIENTO DE UNA ESTRATEGIA** QUE LES PERMITA A EMPRESARIOS Y/O EMPRENDEDORES COLOMBIANOS **LA CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE SOLUCIONES DE COMERCIO ELECTRÓNICO A TRAVÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE TIENDAS VIRTUALES.**

El objeto referido tiene como alcance **la implementación de soluciones de comercio electrónico** que les permita al menos a 6.100 empresarios y/o emprendedores colombianos **poner a disposición su oferta de bienes y servicios en canales digitales**, con lo cual se busca promover el uso y la apropiación del comercio electrónico por parte de los actores del ecosistema empresarial, evidenciando que en las actividades registradas en el objeto social no existe ninguna relacionada de forma directa con lo enunciado; Por el contrario todas hacen referencia a actividades que difieren sustancialmente.

Ahora bien, para efectos de la capacidad de las sociedades mercantiles, esta se determina específicamente por las actividades del objeto social, salvo para el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S) a quienes la ley les permite fijar un objeto indeterminado que las faculte para realizar cualquier tipo de actividad civil o comercial lícita. Por tal razón, no es de recibo el argumento según el cual SERVIENTREGA puede realizar todos los negocios lícitos posibles o que pueda realizar todas las actividades que no se hayan descrito en su objeto, según lo manifestado en la observación, toda vez que para el caso de las sociedades anónimas sus actividades están determinadas única y exclusivamente por lo establecido en su objeto social.

En conclusión, existe un aspecto importante en materia de la teoría de la especialidad según la cual, se entiende que el objeto social determina los límites de la capacidad como persona jurídica, dentro de los cuales han de moverse las sociedades.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el escrito de observación se señalan actividades que en consideración del proponente se relacionan con el objeto a contratar, es importante resaltar que las mismas se refieren al desarrollo de su objeto social el cual se enmarca, como ya se indicó, en servicios postales en sus diferentes formas, como servicios de correo, mensajería en todas sus formas, servicios postales de pago, etc.

A modo de ejemplo se señalan las siguientes:

*“(…) **Podrá celebrar con las entidades competentes del gobierno colombiano los contratos, acuerdos o compromisos de cualquier naturaleza necesarios y conducentes***

para el desarrollo de su objeto social, así como obtener los permisos, autorizaciones o aprobaciones gubernamentales necesarias para tal fin; ofrecer y prestar sus servicios a sociedades, entidades o individuos del sector público o privado; efectuar operaciones de mutuo, girar, endosar, toda clase de títulos valores y, en general, todos los actos y contratos tendientes a ejecutar su objeto

En general, en su propio nombre, por cuenta de terceros o en participación con ellos, **realizar toda clase de operaciones comerciales y financieras que sean convenientes para el logro de los fines sociales perseguidos**, con inclusión de actos o contratos civiles (...)"

Si bien el proponente resalta algunos apartes de las actividades mencionadas anteriormente, no las analiza de forma completa e integral y las dos hacen referencia a la celebración de acuerdos u operaciones comerciales y financieras necesarias y conducentes para el desarrollo de su objeto social, que corresponde a servicios postales.

De otro lado, respecto del argumento relacionado con las convocatorias adelantadas en los años 2017 y 2018, en las cuales SERVIENTREGA participó como oferente y obtuvo la habilitación jurídica, es importante reiterar que la actual convocatoria es completamente independiente y el resultado de la misma no puede ser condicionado por evaluaciones anteriores.

Finalmente, es importante tomar en consideración que el objeto de la presente convocatoria, pretende seleccionar los operadores que realicen una estrategia para la creación y puesta en marcha de soluciones de comercio electrónico mediante la implementación de tiendas virtuales y tanto el grupo de actividades del objeto social como las que el oferente ha mencionado en sus observaciones no tienen relación directa con el objeto de la misma, así las cosas, y en atención a las normas mercantiles que limitan la capacidad de las sociedades para ejercer sus actividades, SERVIENTREGA no se encuentra facultado para ejecutar el objeto a contratar a través de la convocatoria PAF-MINTICTV-C-022-2020.

3. De la petición de recusación para garantizar una evaluación jurídica imparcial

Frente a la recusación contra el evaluador jurídico del proponente Servientrega, la Entidad adelantó el procedimiento establecido en el Código de Ética e Integridad de FINDETER, el cual determinó que no existen méritos para aceptar la recusación contra el mencionado evaluador.

DE LA PETICIÓN EN CONCRETO.

PRIMERO: Se le solicita a la Entidad dar trámite a la petición de Recusación formulada contra el comité encargado de proferir la decisión de inhabilitar jurídicamente a Servientrega.

RESPUESTA: Frente a la recusación contra el evaluador jurídico del proponente Servientrega, la Entidad adelantó el procedimiento establecido en el Código de Ética e Integridad de FINDETER, el cual determinó que no existen méritos para aceptar la recusación contra el mencionado evaluador.

SEGUNDA: Cumplido lo anterior, solicitamos resolver la solicitud de reconsideración al informe final jurídico, habilitando a Servientrega, conforme los argumentos expuestos en este documento.

RESPUESTA: De conformidad con los argumentos expuestos y encontrando que la evaluación se ajusta a las ley y los términos de referencia de la convocatoria, se confirma el resultado de la

verificación de requisitos habilitantes jurídicos.

TERCERA: Se le solicita al Ordenador del Gasto y/o responsable contractual adoptar de oficio, cualquier medida o mecanismo que garantice el principio de transparencia, selección objetiva y libre concurrencia.

RESPUESTA: Como se indicó en los argumentos de la presente respuesta, y conforme a la decisión del comité Institucional de Gestión y Desempeño sobre la no procedencia de la recusación, no se demostró ninguna violación a los principios de transparencia, de selección objetiva y de libre concurrencia, pues la verificación de los requisitos habilitantes jurídicos se realizó con base en las estipulaciones de los términos de referencia de manera objetiva, sin consideraciones particulares ni subjetivas.

2. From: Ramirez Herrera Carlos Andres <CarlosRamirezH@carvajal.com>
Sent: Thursday, November 26, 2020 1:57:16 PM
To: MINTIC TIENDAS VIRTUALES Y VENDE EN LINEA
<mintictiendasvirtualesyvendeenlinea@findeter.gov.co>; pafindeterbbvaam.co@bbva.com
<pafindeterbbvaam.co@bbva.com>; pafindeterbbvaam.co@bbva.com
<pafindeterbbvaam.co@bbva.com>
Cc: Vigoya Escobar Diego Fernando <Diego.Vigoya@carvajal.com>; Gomez Espinel Andrea
<andrea.gomez@carvajal.com>; Rincon Pedraza Nancy Consuelo <Nancy.Rincon@carvajal.com>
Subject: Observaciones Informe de Evaluación Final - PAFMINTICTV-C-022-2020

Observación
<u>Anexo No. 2 del presenten documento.</u>
Respuesta:
Sobre la observación de la referencia, se aclara al proponente que la experiencia para la convocatoria que nos ocupa se estructuró de la siguiente manera: “(...) EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE DESARROLLO O IMPLEMENTACIÓN: DE TIENDAS VIRTUALES O SOLUCIONES O APLICACIONES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO (ECOMMERCE) EN LA NUBE (...)” Por lo que gramaticalmente su estructura se conforma así: “(...) <u>EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE DESARROLLO O IMPLEMENTACIÓN:</u> El enunciado anterior corresponde a la oración principal la cual está antecedida de los dos puntos para indicar que lo que sigue después de ella corresponde a su explicación. Ahora bien, posterior a los dos puntos tenemos lo siguiente: <u>DE TIENDAS VIRTUALES O SOLUCIONES O APLICACIONES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO (ECOMMERCE) EN LA NUBE (...)”</u> El enunciado anterior corresponde a la oración subordinada de la que indicamos inicialmente, y en sí misma corresponde a una oración compuesta por varias alternativas, las cuales se describen a

continuación, entendiéndola disyuntiva conforme las definiciones establecidas en los términos de referencia:

1. **DE TIENDAS VIRTUALES**: Corresponde a una de las alternativas que explican la oración principal, por lo que la experiencia podía acreditarse en **EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE DESARROLLO O IMPLEMENTACIÓN: DE TIENDAS VIRTUALES**, entendiéndola tal como lo describen las definiciones de los términos de referencia, así:

(...) e. Tiendas virtuales: Son sitios web que permite la transacción de bienes, productos y/o servicios entre oferentes y compradores, ligado a diversas soluciones de pago en línea (...)

2. **O SOLUCIONES O APLICACIONES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO (ECOMMERCE) EN LA NUBE (...)**: Corresponde a la segunda y última alternativa que explica la oración principal, y que a su vez está compuesta por un sujeto y un predicado, donde el sujeto es compuesto y conformado por una disyuntiva, pero en todo caso corresponde a uno solo: “soluciones o aplicaciones”, tal como lo describen las definiciones de los términos de referencia, así:

(...) f. Soluciones o aplicaciones: Desarrollo propio o programas o software en ambiente web (...)

Y su predicado, corresponde a: **A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO (ECOMMERCE) EN LA NUBE**, por lo que la experiencia podía acreditarse en **EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE DESARROLLO O IMPLEMENTACIÓN: DE SOLUCIONES O APLICACIONES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO (ECOMMERCE) EN LA NUBE**, entendiéndola las “soluciones o aplicaciones” como el único sujeto sobre el cual se debe aplicar el predicado “a través de plataformas de comercio electrónico (ecommerce) en la nube” sin lugar a desagregar el sujeto en “soluciones” independiente de “aplicaciones”, toda vez que las definiciones de los términos de referencia no lo establecen de esa manera.

Por lo anterior, se mantiene lo establecido en el informe definitivo de requisitos habilitantes.

Para constancia, se expide a los veintisiete (27) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020).

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER – FONTIC TIENDAS VIRTUALES
BBVA ASSET MANAGEMENT – SOCIEDAD FIDUCIARIA**

ANEXO 1

Bogotá D.C. 26 de noviembre de 2020.

Señores

FINANCIERA DEL DESARROLLO - FINDETER

Ciudad.

ASUNTO. OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN FINAL Y **RECUSACIÓN.** CONVOCATORIA No. PAF-MINTICTV-C-022-2020. OBJETO. LA CONTRATACIÓN DE HASTA CUATRO (4) OPERADORES PARA FORMULAR, EJECUTAR Y REALIZAR EL SEGUIMIENTO DE UNA ESTRATEGIA QUE LES PERMITA A EMPRESARIOS Y/O EMPRENDEDORES COLOMBIANOS LA CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE SOLUCIONES DE COMERCIO ELECTRÓNICO A TRAVÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE TIENDAS VIRTUALES.

Respetados señores:

De manera atenta, y una vez revisado el informe de evaluación final consideramos que los argumentos expuestos por el evaluador jurídico para inhabilitar nuestra propuesta no corresponden a la realidad, y además desconocen de manera importante la normativa vigente, y la realidad jurídica de nuestra empresa.

Por tal motivo, procedemos a evidenciar dichas irregularidades para que sean corregidas por la Entidad.

1. Razones jurídicas para reconsiderar la decisión de no habilitar a SERVIENTREGA S.A.

1.1. Acta de junta de socios. Pese a que es posterior incluye ratificación y por ende la Entidad debe habilitar a Servientrega S.A.

La Entidad decide inhabilitar nuestra propuesta por considerar que el Representante Legal de la Compañía, no estaba autorizado para presentar propuesta **EL DÍA DEL CIERRE**, en vista que el acta de junta de socios tiene fecha posterior al cierre, y que ello además, comportaría un desconocimiento al pliego de condiciones y la acreditación de circunstancias ocurridas después del cierre, como se copia a continuación:

“[...] Durante el término de traslado del informe de verificación de requisitos habilitantes, el oferente remite correo electrónico de fecha 23 de noviembre de 2020 a las 4:40 pm, en el cual aporta el acta de junta directiva No. 689-20, sin embargo dicha acta no es tomada en cuenta toda vez que fue otorgada el día 20 de noviembre de 2020, esto es con posterioridad a la fecha de cierre de la convocatoria lo cual sucedió el día 13 de noviembre de 2020

Lo anterior indica que para la fecha de cierre el representante legal de la sociedad no contaba con la autorización ni la facultad para presentar la propuesta, situación que conlleva al rechazo de la propuesta de acuerdo con los siguientes apartes de los términos de referencia: ... [...].”

Sobre el particular, y dando aplicación al principio constitucional y legal de primacía de lo sustancial sobre lo formal que debe observar la Entidad en todas las actuaciones, inclusive en el marco de este proceso, debe procederse a habilitar a Servientrega S.A. como se pasa a explicar a continuación:

El H. Consejo de Estado analizó un caso casi idéntico al que nos ocupa y llegó a la conclusión que las Entidades Públicas, con independencia al régimen que apliquen, deben cumplir con el principio cardinal de primacía de lo sustancial sobre lo formal, evitando rechazar propuestas, por asuntos formales, no necesarios para la comparación objetiva de las propuestas.

Para el efecto, se pregunta si, en los casos que el representante tiene limitaciones, tal situación resulta subsanable.

El H. Consejo de Estado considera que tal situación, es plenamente subsanable, siempre y cuando ocurran o el proponente acredite cualquiera de estos dos eventos.

1. Que se presente acta de junta de socios o asamblea con fecha anterior al cierre, autorizando al gerente, ó
2. Que se presente acta de autorización que incluya **RATIFICACIÓN de los actos del gerente, según el artículo 884 del Código de Comercio.**

Recordemos que la ratificación tiene efectos *ex tunc* según la normativa vigente colombiana, lo que quiere decir que sus efectos son restrictivos, y sanean de manera definitiva cualquier falta de capacidad como si nunca hubiera existido.

De ahí que, el H. Consejo de Estado, considera que, pese a que se presente un documento con fecha posterior al cierre, la falta de capacidad se entiende corregida desde el momento de prestación del cierre, ya no habría ninguna crítica sustancial o impedimento legal para que la oferta pudiera ser habilitada, y en razón a ello, concluye que, en esos casos particulares, debe la Entidad proceder con la habilitación de la propuesta, en procura de intereses superiores, evitando caer en formalismos que tanto daño le hacen a la contratación estatal.

La sentencia del H. Consejo de Estado a la que nos hemos referido se copia y se referencia a continuación, para que sea analizada por el comité:

“[...] PROPUESTAS - Requisitos subsanables e insubsanables. Original del inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 / PROPUESTA - Rechazo de la propuesta / FALTA DE CAPACIDAD JURIDICA DE PROPONENTE - Insubsanabilidad / LIMITACION EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE UNA SOCIEDAD - Subsananabilidad. Insuficiencia en la autorización de representación legal de una sociedad emitida por el órgano competente es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta / PRINCIPIO DE SUPREMACIA DE LO SUSTANCIAL SOBRE LO PROCESAL - Aplicación

*La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que () en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta. **En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable,** siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o **le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.),** para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior), dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual [l]a ausencia de requisitos o la falta*

de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta. Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas. [...]"

En el caso concreto que nos ocupa, mediante acta de 20 de noviembre de 2020, la junta directiva de Servientrega, ratificó todos los actos del gerente atinentes al proceso, lo que incluye por su puesto, la presentación de la oferta como se copia a continuación:

El presidente de la reunión propuso la aprobación de la solicitud elevada por el proceso de licitaciones, correspondiente a la autorización a la Representante Legal o a quien haga sus veces para suscribir y presentar oferta dentro de la invitación a cotizar emitida por PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER – FONTIC TIENDAS VIRTUALES BBVA ASSET MANAGEMENT – SOCIEDAD FIDUCIARIA, cuya cuantía es de \$ 4.730.088.774 CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO INCLUIDO IVA, Y TODOS LOS COSTOS, GASTOS, IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES DE ORDEN NACIONAL Y LOCAL EN QUE DEBA INCURRIR EL OPERADOR PARA LA EJECUCIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL Y HONORARIOS., y su objeto es la contratación de hasta cuatro (4) operadores para formular, ejecutar y realizar el seguimiento de una estrategia que les permita a empresarios y/o emprendedores colombianos la creación y puesta en marcha de soluciones de comercio electrónico a través de la implementación y puesta en marcha de tiendas virtuales.

La Representante Legal podrá presentar modificaciones y hacer aclaraciones a las propuestas según estime conveniente. En el evento de ser adjudicado(s) el(los) negocio(s), se autoriza para suscribir el(los) contrato(s) por la cuantía que indique(n) el(los) mismo(s), así como para actuar en los demás actos, conformar unión temporal, suscribir acuerdo de asociación o consorcio para la presentación de la propuesta, la Representante Legal queda autorizada desde ahora para lo pertinente con amplias facultades. La autorización incluye facultar a la Representante Legal para suscribir las pólizas y garantías que se requieran. **Así mismo, ratificar todos los actos ejecutados y documentos suscritos hasta la fecha por el Representante Legal y/o su suplente, que correspondan a las autorizaciones a que se refiere este punto.**

Este punto fue debatido y aprobado por unanimidad, en consideración a que todos los miembros de la Junta asistentes votaron a favor de la decisión, siendo el resultado de la votación la siguiente:

En ese sentido, no es cierto jurídicamente como lo afirma el evaluador jurídico que el representante no estuviera autorizado al momento de presentación de la oferta para realizar ese acto, dado que, esa aparente falta de capacidad habría desaparecido de la vida jurídica vía ratificación, y

por lo tanto, debe entenderse que el representante **SÍ** estaba plenamente autorizado desde el momento del cierre.

Como vemos, hoy sustancialmente no puede haber ninguna crítica a la capacidad del representante legal y como lo establece el H. Consejo de Estado, debe procederse a la habilitación de la propuesta, dando prevalencia a principios y valores superiores, entendiendo el fenómeno de la ratificación, de lo contrario, podría la Entidad o el comité evaluador jurídico estar incurso en falta sancionable.

Por lo brevemente expuesto, pedimos al comité jurídico analizar de manera juiciosa este argumento.

1.2. El objeto social de Servientrega S.A. sí permite el desarrollo de las actividades del futuro contrario y los argumentos del comité jurídico no corresponden a la realidad y pueden tener un sesgo tendiente a inhabilitar de manera irregular nuestra oferta.

Muy respetuosamente queremos solicitar a la Entidad revisar los argumentos expuestos por el evaluador jurídico, los cuales, no corresponden a la realidad, desconocen la normativa vigente, rompen por completo el principio de confianza legítima, y sobre todos, desconocen los múltiples contratos que ha celebrado Servientrega con objeto similar.

La decisión del comité evaluador es tan **atípica y sesgada**, y en procura de la protección de nuestros derechos haremos uso de nuestro derecho legítimo a solicitar la designación de un nuevo evaluador jurídico o grupo de evaluación, que pueda analizar los dos puntos de inhabilitación, sin tener ninguna atadura o prevención por concepto previo, a través de la vía de la recusación la cual se formulará mas adelante.

A continuación, pondremos en evidencia como el evaluador jurídico afirma múltiples cuestiones que no corresponden a la realidad, para forzar una conclusión absolutamente equivocada, empecemos:

Afirma el evaluador jurídico, que el objeto principal de Servientrega S.A. contempla [...] *“actividades relacionadas con la prestación de los servicios postales en sus diferentes formas, como servicios de correo, mensajería en todas sus formas, servicios y servicios postales”* y que [...] *“A partir de la anterior definición se desprenden varias actividades adicionales, las*

cuales tienen relación directa con dicha actividad principal por disposición del objeto social determinado en el certificado expedido por la cámara de comercio.”

Lo afirmado por el evaluador jurídico no corresponde a la **realidad** plasmada en el certificado de existencia y representación, pues, en este no se indica expresamente, como equivocadamente lo describe el evaluador, que dichas actividades sean por decisión de sus constituyentes el objeto principal, y que todas las demás **actividades se deriven de aquellas**.

Lo que realmente dice el certificado de existencia y representación es lo siguiente:

“[..]Por su objeto social SERVIENTREGA S.A. Ejecutará entre otras, las siguientes actividades [...]:

Y a partir de allí, se enlistan 25 actividades particulares y generales, diferentes e independientes una de la otra, sin catalogar ninguna como principal o secundaria, como por ejemplo esta actividad:

“[...] 24) Realizar directa, conjuntamente o a través de terceros, actividades de capacitación y desarrollo de forma presencial y/o virtual en las diferentes áreas afines a su objeto social, y/o en tal sentido desarrollar herramientas virtuales y/o audiovisuales de aprendizaje y otros elementos y/o entregables relacionados para tal fin podrá constituirse en institución educativa no formal y desarrollar mallas curriculares y paquetes conceptuales de naturaleza pedagógica y didáctica relacionados con las actividades [...].”

De hecho, siendo perfectamente lícito, que como parte del objeto social, se incluye una cláusula general, para englobar como parte del mismo, **todas las actividades que no se hayan descrito**, para que sea absolutamente claro y cardinal, que la sociedad puede realizar **TODOS los negocios lícitos posibles**, sin que se pueda reputar falta de capacidad por objeto, veamos:

Podrá **celebrar con las entidades competentes del gobierno colombiano los contratos**, acuerdos o compromisos **de cualquier naturaleza** necesarios y conducentes para el desarrollo de su objeto social, así como obtener los permisos, autorizaciones o aprobaciones gubernamentales necesarias para tal fin; ofrecer y prestar sus servicios a sociedades, entidades o

individuos del sector público o privado; efectuar operaciones de mutuo, girar, endosar, toda clase de títulos valores y, en general, todos los actos y contratos tendientes a ejecutar su objeto,

[...]

En general, en su propio nombre, por cuenta de terceros o en participación con ellos, **realizar toda clase de operaciones comerciales y financieras que sean convenientes para el logro de los fines sociales perseguidos**, con inclusión de actos o contratos civiles.

Lo anterior deja en evidencia que, lo afirmado por el evaluador jurídico no corresponde a la realidad, y que por el contrario el objeto de Servientrega, si bien contempla las actividades que describe inicialmente el evaluador aquellas por disposición del contrato social no son principales, sino son algunas de las actividad que puede realizar las empresa, como tampoco es cierto que todas las demás actividades, sean exclusivamente derivadas de las actividades descritas en el numeral 1.

Además queda demostrado, que el objeto social describe unas actividades, pero también incluye una cláusula general para englobar cualquier otra actividad, circunstancia que intencionalmente o no, fueron ignoradas por el evaluador jurídico, para conducir irregularmente nuestra empresa a una inhabilitación

Afirma el evaluador jurídico que como parte de la inscripción de actividades CIIU, se incluyeron algunas actividades como principales y secundarias.

Sobre el particular, debemos afirmar que los registros ante la DIAN no tienen por efecto o fin limitar el objeto social de empresa, dado que por expreso mandado del código de comercio artículo 99, el objeto social de la empresa corresponde al definido por los constituyentes el acto de constitución o sus modificaciones, , sin que pueda verse limitado por asuntos o trámites ante la Dian, como equivocadamente y sin ningún fundamento legal lo sugiere el evaluador jurídico

Como vemos, en este punto el evaluador jurídico para forzar una conclusión equivocada, o hacer decir algo que no dice el objeto social, trae al caso, el registro de actividades CIIU que JURIDICAMENTE en nada afectan el objeto social de la compañía según la Ley.

Ahora bien, como parte de las observaciones formuladas, evidenciamos que **Servientrega** ha venido participando en este tipo de convocatorias, que

tienen un objeto y alcance MUY similar por **no decir idéntico** a la presente convocatoria, y en todas ellas, **resultamos habilitados jurídicamente, sin ningún reparo.**

Hoy el evaluador jurídico indica que, dichos procesos son distintos, y que su mirada es absolutamente objetiva.

Al efecto, consideramos que lo afirmado por evaluador no corresponde a la realidad, pues, para ello basta revisar el objeto y alcance de esos procesos donde los evaluadores jurídicos consideraron lo contrario al evaluador jurídico de este proceso, habilitando a Servientrega, veamos:

Objeto:

TERMINOS DE REFERENCIA PARA CONTRATAR HASTA MÁXIMO CINCO (5) OPERADORES DE SERVICIO QUE CONTRIBUYAN A FACILITAR EL ACCESO, USO Y APROPIACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LAS MIPYMES COLOMBIANAS, A TRAVÉS DE SOLUCIONES QUE LES PERMITAN COMERCIALIZAR SUS PRODUCTOS Y/O SERVICIOS Y EFECTUAR TRANSACCIONES EN LÍNEA DERIVADOS DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1232 FONTIC- FINDETER.

CONVOCATORIA N° PAF-TIC-PS-001 -2017

Presupuesto: (\$26.500.000.000)- incluido el IVA, costos, gastos, impuestos, tasas y demás contribuciones a que hubiere lugar.

<https://www.findeter.gov.co/loader.php?IServicio=Convocatoria&IFuncion=info&id=517>

Proceso Findeter

Objeto: CONTRATAR UN (1) OPERADOR DE SERVICIO QUE CONTRIBUYA A FACILITAR EL ACCESO, USO Y APROPIACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LAS MIPYMES COLOMBIANAS, A TRAVÉS DE UNA SOLUCION QUE LES PERMITA COMERCIALIZAR SUS PRODUCTOS Y/O SERVICIOS Y EFECTUAR TRANSACCIONES EN LÍNEA DERIVADOS DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1232 FONTIC- FINDETER.

PAF-TIC-PS-008-2018

Presupuesto: \$5,300,000,000.00

Link:

<https://www.findeter.gov.co/loader.php?IServicio=Convocatoria&IFuncion=info&id=677>

Como vemos, es claro que sí Findeter consideró que el objeto social de Servientrega, cumplía en esa oportunidad, si de verdad se está realizando una evaluación objetiva, que además respete el principio de confianza legítima, y no se actúe en contravía de los propios actos, debe entenderse que el objeto de SERVIENTREGA hoy cumple.

Adicionalmente no resulta razonable considerar que todas las siguientes actividades no están relacionadas con el objeto:

“[...] 12) Prestar servicios a favor de terceros relacionados con atención a clientes o usuarios, y/o apoyo en actividades promocionales, directamente o en asocio con otras personas naturales o jurídicas.

15) Comercializar directamente, en asocio y/o a través de terceros, bienes y servicios propios o de terceros.

18) Realizar directa, conjuntamente o a través de terceros cualquier actividad relacionada con el alistamiento, empaque y embalaje de objetos lícitos.

21) Realizar directa, conjuntamente o a través de terceros cualquier actividad relacionada con la implementación de tecnologías y operaciones a fines a sus actividades y/o los relacionados a comunicaciones electrónicas, y/o para la lectura de medio o herramientas necesarias para el suministro de información relacionada

22) Realizar directa, conjuntamente o a través de terceros debidamente habilitados, cualquier actividad relacionada con la administración y transmisión de datos en línea.

23) Prestar directa, conjuntamente o a través de terceros debidamente habilitados, los servicios de geo-referenciación de predios y su transmisión en línea.

*25) SERVIENTREGA directa, conjuntamente o a través de terceros podrá prestar servicios de ... (...) y en general, en su propio nombre, por cuenta de terceros o en participación con ellos, **realizar toda clase de operaciones comerciales y financieras que sean convenientes para el logro de los fines sociales perseguidos, con inclusión de actos o contratos** civiles; también en desarrollo de su objeto social, SERVIENTREGA S. A. Podrá importar, comprar, vender, exportar equipos, vehículos de transporte, maquinaria, repuestos insumos, chasis,*

partes, piezas y montaje de talleres de mantenimiento. Podrá comercializar toda clase de productos, materias primas y servicios. [...]”

Como tampoco resulta razonable pensar que, el objeto de esta convocatoria no se encuentre incluida en la cláusula general que ya mencionamos, en donde se indica que Servientrega puede celebrar TODOS los negocios lícitos que considere

Por último, indicamos que la junta de socios impartió además autorización específica para este proceso, argumento que fue NO considerado y nalizado por la Entidad, el cual pensamos que también es una confirmación **muy poderosa** de la plena capacidad de la empresa, dado que, si hubiera existido alguna duda o reparo la junta no hubiera dado autorización.

Por lo brevemente expuesto solicitamos habilitar nuestra propuesta, dado que el objeto de SERVIENTREGA S.A. sí permite la ejecución del futuro contrato.

2. DE LA PETICIÓN DE RECUSACIÓN PARA GARANTIZAR UNA EVALUACIÓN JURIDICA IMPARCIAL

Mediante el presente escrito recusamos al **funcionario o funcionarios encargados de la evaluación jurídica de Servientrega, y quienes concluyeron en el informe final que dicha empresa debe ser inhabilitada**, solicitando sean apartados de este asunto por estar inmersos en causal de recusación, como se expone a continuación.

Para lo anterior, solicitamos adelantar el procedimiento que para el efecto señala la normativa vigente según el artículo 11 y 12 del CPACA, conforme se copia a continuación:

“[...] ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

(...)

“[...] ARTÍCULO 12. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A

falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo. (Negrilla y subrayado nuestro)

Como vemos, corresponde a la Entidad ordenar de manera **inmediata la suspensión de la actuación administrativa**, y en consecuencia remitir la solicitud al competente dentro de los 3 días siguientes para que éste se pronuncie en un plazo de 10 días, decisión sobre la cual deberá otorgarse recurso de reposición para garantizar el derecho al debido proceso, conforme lo señala el CPACA.

Como causal de recusación de los precitados funcionarios, considero que se ha configurado la siguiente; veamos:

*“[...] 2. Haber **conocido del asunto, en oportunidad anterior**, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente [...]”*

Explicación:

Como vemos mediante el presente escrito estamos solicitando la reconsideración del informe final, pues, las razones jurídicas expuestas no están soportadas en supuestos de hecho y de derecho ciertos, verdaderos y razonables.

De modo que, como lo indicamos en el presente escrito, en caso que el funcionario que evaluó nuestra oferta sea el mismo que revise estos

argumentos, seguramente confirmará su decisión, por estar atado a sus propias convicciones, y por no serle el asunto extraño.

De modo que, con el fin de garantizar la imparcialidad en el trámite, pedimos que vía recusación se designe un nuevo evaluador o evaluadores jurídicos, que puedan revisar de manera experta y muy profesional, nuestros argumentos, para que la decisión que adopte la Entidad sea en derecho.

Como quiera que, el evaluador actual ya conoció sobre este asunto, estaría inmerso en la causal de recusación, y debería apartarse, para que se designe un nuevo grupo o nuevo evaluador.

La anterior petición además de tipificarse como una causal de recusación, tienen pleno soporte normativo también en lo previsto en el artículo 3º del CPACA, que prevé el principio de imparcialidad, principio que a su vez constituye uno de los parámetros orientadores de la actuación administrativa, como a continuación se explica:

*“[...] **ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

[...]

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva [...]”.

De conformidad con el precepto normativo arriba transcrito, es evidente que este principio exige a la Administración garantizar que los funcionarios encargados de resolver estén despojados de cualquier atadura o incursos en una situación que pueda comprometer su recto entendimiento y la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, y en general, desprovistos de cualquier motivación o interés que pueda afectar la decisión.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha hecho referencia a la imperiosa necesidad de garantizar el principio de imparcialidad en las actuaciones judiciales y **administrativas, en cuanto**, de su correcta observancia depende la

legitimidad de la decisión que tome el juez o la Administración y la protección a los derechos fundamentales del administrado.

Al efecto, en sentencia C-095 de 2003, el Tribunal Constitucional señaló:

*“[...] Precisamente, los artículos 209, 228 y 230 de la Constitución Política contemplan como característica de la propia esencia y sustantividad de la administración de justicia y, en general, de la función pública, la sujeción en la adopción de sus decisiones al principio de imparcialidad. En este orden de ideas, (...) cualquier decisión judicial o administrativa, es la concreción de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el juez o servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, **intervenga con la más absoluta imparcialidad, despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, ya sea por haber emitido concepto previo sobre el asunto sometido a su consideración, o por la presencia de alguna de las causales de impedimento previstas en la ley, como la existencia de vínculos de parentesco o amistad íntima con una de las partes, o de un marcado interés personal en la decisión, etc.***

*En esta medida, la legitimidad de la decisión judicial o administrativa, descansa en la imparcialidad del órgano encargado de aplicar la ley, lo que significa **que dicha garantía se convierte en el atributo que por excelencia debe tener un servidor público para que pueda considerarse como juez en un Estado de Derecho. Lo contrario es propio de los regímenes despóticos y arbitrarios, en dónde no impera el reino de las leyes sino el dominio de los príncipes representados en las sociedades modernas por servidores públicos prepotentes que sólo siguen los dictados de su voluntad o capricho**”.* (Destacado fuera de texto).

En otra providencia, esta Honorable Corporación se refiere al principio de imparcialidad para desarrollar dos conceptos, la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva. La primera se refiere a la necesidad de que el juzgador no haya tenido una relación o contacto o cercanía anterior con la parte o partes involucradas en la controversia que debe resolver; por su parte, la imparcialidad objetiva, se refiere a la necesidad de que el juzgador no haya conocido previamente el asunto, con el fin de que pueda atender el asunto libremente y sin prevenciones:

“[...] La doctrina distingue entre la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva. La primera exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto; mientras que la imparcialidad objetiva hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y

orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. En esa medida la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer, y la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo.¹ [...]”

A su turno, la Corte Constitucional también ha reconocido que, en sede administrativa, es evidente que los funcionarios que conocen de un mismo asunto **están predispuestos a resolver de la misma manera** que en una primera oportunidad, circunstancia contraria al principio de imparcialidad:

“[...] Al haberse pronunciado la referida funcionaria sobre el recurso de reposición, tenía la obligación de declararse impedida para resolver el recurso de apelación, por hallarse incurso en causal de recusación. La imparcialidad de los órganos de la administración al pronunciar decisiones definitivas que afectan los derechos de las personas, en cuanto aplican el derecho al igual que los jueces, no obstante admitirse por la doctrina administrativa el interés de la administración en la solución del conflicto, según lo demanden los intereses públicos o sociales, comporta para aquéllos la asunción de una conducta recta, ausente de todo juicio previo o prevenido, acerca del sentido en que debe adoptarse la decisión. El trato imparcial y por lo tanto ajeno a todo favoritismo, traduce del mismo modo, no solamente la garantía de independencia con que deben actuar dichos órganos, sino la observancia y vigencia del principio de igualdad, en el sentido de que debe darse un tratamiento igualitario a todas las personas que se encuentren dentro de una misma situación fáctica y jurídica. Es evidente que la funcionaria de la DIAN que resolvió los recursos de reposición y apelación, violó los principios de imparcialidad, independencia e igualdad, porque al haber resuelto el recurso de reposición tenía predispuesto su ánimo y su criterio en el sentido de sostener el mismo punto de vista que ya había expresado en anterior oportunidad. Por lo tanto era su deber declararse impedida.²[...]”

De conformidad con lo anterior, es dable concluir que la imparcialidad del funcionario público que tiene la facultad de adoptar decisiones definitivas que afectan los derechos de las personas exige que su conducta esté ausente de todo juicio previo respecto del sentido en que debe adoptarse la

¹ T-1034 de 2006

² T-297 de 1997.

decisión³³; así mismo, exige que el asunto le sea ajeno, de forma tal que no tenga interés alguno (ni directo ni indirecto) en la actuación que se adelanta.

Por lo brevemente expuesto, solicitamos aceptar la recusación para que sea un nuevo comité o un nuevo evaluador el que decida sobre la habilitación o no de Servientrega S.A.

3. DE LA PETICIÓN EN CONCRETO.

Conforme lo explicado en antecedencia, muy respetuosamente solicitamos lo siguiente:

PRIMERO: Se le solicita a la Entidad dar trámite a la petición de Recusación formulada contra el comité encargado de proferir la decisión de inhabilitar jurídicamente a Servientrega.

SEGUNDA: Cumplido lo anterior, solicitamos resolver la solicitud de reconsideración al informe final jurídico, habilitando a Servientrega, conforme los argumentos expuestos en este documento.

TERCERA: Se le solicita al Ordenador del Gasto y/o responsable contractual adoptar de oficio, cualquier medida o mecanismo que garantice el principio de transparencia, selección objetiva y libre concurrencia.

Cordialmente,



MARTHA YANETH SIERRA MARTÍNEZ
Representante Legal Suplente
SERVIENTREGA S.A.

³³ Ver Sentencias Corte Constitucional T-1034 de 2006 y T-297 de 1997.

ANEXO 2

Bogotá D.C., 26 de Noviembre de 2020.

Señores
PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER – FONTIC TIENDAS VIRTUALES
Ciudad

Referencia: CONVOCATORIA No PAF-MINTICTV-C-022-2020

Asunto: **INFORME DEFINITIVO VERIFICACION DE REQUISITOS HABILITANTES CONVOCATORIA No. PAF-MINTICTV-C-022-2020**

Respetados Señores

Una vez revisados los siguientes documentos publicados por la entidad: **INFORME DEFINITIVO DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES y RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES Y SOLICITUD DE SUBSANACIONES**, es importante precisar que los documentos del presente proceso publicados por FINDETER contemplan, entre otros, los requisitos de experiencia de forma clara que deben cumplir los posibles oferentes y que son de obligatorio cumplimiento para las partes a través del acatamiento estricto de las mismas, las cuales **NO** deben estar sujetas a interpretación y/o subjetividades por ninguna de los interesados en participar y más aún por la entidad, tal como se pretende realizar por la misma, sobre limitándose de sus funciones y pasando por alto el principio de objetividad y transparencia, al generar una interpretación subjetiva no establecida en la literalidad de los términos de referencia enunciados para la acreditación de la experiencia del proponente y generando el rechazo de nuestra oferta.

La anterior extralimitación podría generar implicaciones de índole disciplinario y jurídico al igual que una responsabilidad de carácter patrimonial, tanto a los miembros del comité evaluador, al ordenador del gasto y todos los que participaron en la proyección del acto administrativo, al no acatar el cumplimiento estricto de la aplicación de los términos de referencia que es ley para las partes y que no pueden ser modificados de manera unilateral o subjetiva como se pretende con lo expuesto en el informe de evaluación, al no aceptar la capacidad y el cumplimiento aportado con la oferta por parte de Carvajal Tecnología y Servicios SAS.

Es inadmisibles la respuesta de la entidad por medio de la cual mantienen el rechazo de la experiencia de Carvajal Tecnología y Servicios SAS:

“Si bien es cierto que en la observación se aclara que se incluyen varias “O”, las cuales por definición son disyuntivas, también lo es que la experiencia debe ser analizada de manera integral con todas las disposiciones de los documentos de la convocatoria y conforme a la intención plasmada por la Entidad, la cual no es otra que las soluciones acreditadas por los oferentes hayan sido desarrolladas en plataformas de comercio electrónico, pues ello corresponde a la esencia y naturaleza de la contratación. De otro lado, interpretar que la experiencia puede ser acreditada



mediante soluciones relacionadas con aspectos diferentes a los de comercio electrónico, no tendría relación alguna con el objeto a ejecutar lo cual pone en riesgo el correcto y adecuado desarrollo del contrato.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que los contratos aportados no se corresponden a la experiencia específica solicitada, se mantiene lo establecido en el informe de verificación de requisitos habilitantes.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La experiencia no debe ser sujeta de análisis u interpretaciones, debe ser clara y expresa en el contenido de los pliegos, sin dejar posibilidad a dudas o subjetividades, con ese “análisis” que pretende realizar la entidad se está faltando a los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, lesionando los intereses de un proponente que cumple estrictamente con la experiencia según se encuentra textualmente consignada en los pliegos de condiciones, poniendo en riesgo jurídico a la entidad y a los funcionarios intervinientes.


Colombia Compra Eficiente se ha manifestado con relación a la sujeción a los pliegos de condiciones:

***“14.2.1. Sujeción a los pliegos de condiciones. Una entidad pública debe sujetarse estrictamente a las reglas señaladas en el pliego de condiciones para la elección de las propuestas, por lo que la resolución de adjudicación que no cumple con esos criterios adolece de nulidad. Por lo anterior, la entidad no se puede apartar de manera caprichosa de los criterios de escogencia del pliego de condiciones, porque ese proceder desconoce el deber de efectuar la selección con estricta sujeción a los mandatos legales y a los criterios de escogencia contemplados en el pliego de condiciones.”** (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Atendiendo lo anterior, se solicita al comité ajustar el informe con relación a la evaluación de la oferta de Carvajal Tecnología y Servicios SAS indicando que CUMPLE los requisitos técnicos y por consiguiente su resultado sea HABILITADO, y de esta manera seamos invitados a participar de la audiencia de apertura de sobres económicos programada para el día de hoy a las 2:30 pm.

Agradecemos su atención y quedamos atentos a sus comentarios.

Cordial Saludo,



ALEXANDRA REYES GÓMEZ

C.C. 52.259.752

Representante Legal Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S.