

**RESPUESTA A OBSERVACIONES HABITACIÓN FINANCIERA,
JURÍDICA Y TÉCNICA PROCESO DE INVITACIÓN PÚBLICA No. 05
DE 2021**

Señores
GOLDTOUR S.A.S.
Agencia de Viajes y Turismo

Observación:

En el Informe de evaluación se indica que la sociedad que represento no cumple con el requisito de la rentabilidad del patrimonio. Sobre el particular, sea lo primero advertir, que si bien es cierto que Positiva Compañía de Seguros tiene régimen jurídico de derecho privado, también lo es, que está obligado a observar los principios de la función administrativa. En efecto, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 señala que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. Según la autorización especial que recoge la norma anteriormente descrita se aplicarán las normas civiles y comerciales que rigen la materia así como se dará cumplimiento a los principios de la función administrativa. En desarrollo de lo anterior, el manual de contratación de positiva dispone que “3.1. RÉGIMEN LEGAL Por mandato legal, corresponde a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, un régimen de contratación excepcional por el derecho privado por disposición expresa de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011. Al proceso se le aplican, conforme a lo expuesto, las disposiciones civiles y comerciales que le sean pertinentes, debiéndose garantizar, en todos los casos, los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en la Constitución Política, así como por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto constitucional y legalmente para la contratación con entidades estatales, este manual, su código de ética y de buen gobierno. [...] Las actuaciones de quienes intervienen en el proceso de contratación previsto en este Manual, se deben desarrollar de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de que trata el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, los cuales se interpretarán conforme al papel de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, como sociedad de economía mixta, en un entorno de competencia. También se entienden incorporados, los principios generales del derecho y de los contratos previstos en la legislación mercantil y civil en cuanto no se opongan a lo expresamente previsto en éste [...]”. Y que quepa aquí resaltar, que “[...] Se quiere significar con lo anterior que, si bien es cierto a la administración le corresponde un grado relativo de autonomía en lo que a la facción de los pliegos corresponde, específicamente, el referido a la materia puramente

técnica propia de los requerimientos del proyectado contrato, no lo es menos que, respecto de la materia de naturaleza comercial que habrá de proyectarse a futuro en el contenido del contrato estatal, está sujeta a observar no solo la carga de claridad y precisión arriba mencionada, amén de la de legalidad, sino de la misma manera a adecuar su conducta en un todo a los dictados del principio de la buena fe, que adquiere relieve de particular importancia, en esta etapa prenegocial, no pudiendo la entidad licitante, so pretexto de la facultad de redacción unilateral de los pliegos de condiciones, introducir en ellos, contenidos negociales, que desatiendan el principio de igualdad o se materialicen en disposiciones predispuestas que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas [...]”¹. (las negrillas y subrayado no forman parte del texto original). 1 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999. MP Dr. Daniel Suárez Hernández. Exp. 12344: Carga de legalidad. Acá, conviene traer a colación que las entidades al margen del régimen jurídico que la gobierna está sujeta al principio de legalidad. Una vez definido este contexto, tenemos entonces que, con la entrada en vigencia decreto número 579 de 2021, para que los proponentes acrediten el mejor indicador financiero y organizacional de los últimos 3 años, con el fin de contribuir a la reactivación económica, razón por la cual, A partir del 1 de julio de 2021, las entidades estatales al estructurar sus procedimientos de selección tendrán en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que al evaluar las ofertas verificarán el cumplimiento de los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, con los indicadores del mejor año que se refleje en el registro de cada proponente. De ahí que, surge la primera conclusión consistente en que Positiva Compañía de Seguros al momento de evaluar la capacidad organizaciones debía dar cumplimiento al Decreto número 579 de 2021, que establece que se deben evaluar los indicadores financieros de los últimos tres (3) años. Interesa, así mismo destacar, que tanto en el caso de los servidores públicos como de los órganos que componen las ramas del poder público, dentro las que se encuentran las entidades descentralizadas del nivel nacional sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del estado, como es el caso de Positiva Compañía de Seguros, la Constitución en algunos casos directamente establece las funciones que deben cumplir, en otros deja a la ley o al reglamento su regulación, lo que permite concluir entonces que las facultades de unos y otros son regladas, es decir, sólo pueden hacer aquello que el ordenamiento jurídico les permite. Para lograr este propósito la Constitución Política estatuyó, la cláusula general de competencia² respecto de los servidores públicos, lo que de 2El artículo 6 de la Constitución Política contiene lo que se conoce como cláusula general de competencia cuando expresa “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. La Corte Constitucional, en Sentencia C 337 de 19 de Agosto de 1993., M.P. Vladimiro Naranjo Mesa sobre la cláusula general de competencia ha expuesto “El principio según el cual a los particulares se confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la Constitución y la ley, está recogido en el texto constitucional en su artículo 6. Es a todas luces contrario al principio, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquiera otra rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan sólo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las contera trae como consecuencia que éstos se encuentren bajo relación especial de sujeción. Tampoco puede perderse de vista,

que las variables y/o fórmulas que han de tenerse en cuenta para calcular los indicadores financieros y la capacidad organizacional es reglado, como quiera que, las mismas se encuentran previstas es el reglamento (Decreto 1082 de 2015). Para ello, es indispensable acudir al artículo el artículo 2.2.1.1.1.5.3 “Requisitos habilitantes contenidos en el RUP” del Decreto 1082 de 2015 según la cual “Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes: 4. Capacidad Organizacional los siguientes indicadores miden el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de patrimonio del interesado: [...] 4.1. Rentabilidad del patrimonio: utilidad operacional dividida por el patrimonio. 4.2. Rentabilidad del activo: utilidad operacional dividida por el activo total [...]”. De donde se concluye, que la fórmula que común, usual y ordinariamente se debe aplicar por disposición reglamentaria para calcular la rentabilidad del patrimonio es la utilidad operacional dividida por el patrimonio y no la que está aplicando de manera discrecional, unilateral y arbitraria durante la etapa de evaluación. Por tanto, mal podría exigirse a las proponentes que la verificación de la rentabilidad del patrimonio sobre una variable que es contraria a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia. Se trata, pues, de una situación que por su complejidad ha de ser analizada con detenimiento, con el fin de asegurar la vigencia efectiva de los principios de igualdad, transparencia, prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y selección objetiva. Así, en aquellos eventos en que la administración contemple estipulaciones en los pliegos de condiciones que resulten contrarias a la Ley de contempla como sanción la ineficacia de pleno derecho de las mismas. En efecto, el inciso l del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 establece que “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en estas leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores”. numeral, o dispongan renunciadas a las reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”. (las negrillas y subrayado son nuestros). Es importante recordar que la ineficacia se contrae a la sustracción de los efectos de las estipulaciones, en otras palabras, en la ineptitud para la producción de efectos jurídicos. Es así como, el artículo 897 del Código de Comercio define ineficacia al rezar “Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial”. (las negrillas y subrayado no forman parte del texto original). Una vez definido este contexto, es preciso entonces, acudir a las reglas de interpretación de los contratos contempladas en la legislación civil. Ciertamente, dado que el Código Civil, en su Título XIII de su Libro IV ofrece valiosos insumos para dilucidar los asuntos relacionados con la interpretación de los contratos, es necesario remitirse a esta reglamentación. De esta manera, la administración tiene la facultad de confeccionar los pliegos de condiciones, pero ésta ha de ser ejercida atendiendo a la carga de elaborarlos dentro del marco establecido en el ordenamiento jurídico. No obstante, en aquellos eventos en que esto no acontezca y ante la imposibilidad jurídica de modificar los pliegos a esta altura del proceso, debe acudirse a los criterios de interpretación de los contratos y de los documentos precontractuales, a efectos de poder fijar el alcance y contenido de cláusulas contrarias a derecho (contra legem), oscuras, ambiguas y anfibológicas o de imposible cumplimiento contenidas en los pliegos de condiciones, de manera que sea posible arribar a una decisión objetiva y razonable, que se ajuste a las exigencias que constitucional y

legalmente pesan sobre toda autoridad que ejerce función administrativa. Es esta una salida avalada por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, Corporación que al estudiar la naturaleza jurídica y las reglas de interpretación aplicables a los pliegos de condiciones, no ha vacilado en señalar que “[...] En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que, la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata, esto es, que habiendo sido fraccionado por la entidad licitante unilateralmente, por lo menos alguna parte de su contenido - por regla general aquél que no aparece debidamente disciplinado en el estatuto contractual - es susceptible de una valoración e interpretación, desde la perspectiva de las denominadas condiciones generales de contratación, pues que por este aspecto, dicho acto jurídico prenegocial se asimila en cuanto a su contenido a los denominados contratos predispuestos o de condiciones generales”³. (cursivas y negrillas extratextuales). Esto, para justificar la aplicación de la regla prevista al respecto por la legislación civil. Por tanto, en tratándose de reglas ambiguas o de imposible cumplimiento contenidas en los pliegos de condiciones, por ser ellas unilateralmente definidas e impuestas a la otra parte por la administración, debe obrarse con arreglo a lo previsto en el inciso II del artículo 1624 del Código Civil, a la luz del cual “las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran en contra de ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” (cursivas, negrillas y subrayado nuestros). Posición que se encuentra apoyada por la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado al sostener “Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno, que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar. La regla de interpretación contra el predisponente o proferentem contenida en el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Mayo 3 de 1999, C.P. Daniel Suarez Hernández, Exp. 12344. inciso final del artículo 1624 del Código Civil es de rancia raigambre pues se remonta al derecho romano clásico....Pues bien, en términos actuales y de una manera más general podríamos afirmar que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o dispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más vigor en él la



carga de la claridad pues así lo exige la buena fe contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por

su propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social. Ya se comprenderá entonces que estos deberes se aquilatan cuando se trata de la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y se utilizan para ello los esquemas contractuales [...]”4 (negritas y subrayado nuestros). En consecuencia, la legislación civil se constituye en la normatividad aplicable cuando se trate de interpretar el contenido de los pliegos de condiciones. En este orden de ideas, en el caso del proceso de selección sub examine, es claro que la administración, tenía la carga de claridad de no introducir en los pliegos de condiciones debía establecer reglas que se ajustaran a las disposiciones reglamentarias, así: Decreto número 579 de 2021, que permite acreditar la capacidad financiera y organizacional de los últimos tres (3) años y medir la rentabilidad del patrimonio utilidad operacional dividida por el patrimonio. No atender este planteamiento, no sólo sería sancionar al oferente por haber confiado en que la administración daría aplicación estricta a la Ley conforme lo preceptúan los artículos 6,121 y 123 de la Constitución Política ordenan imponiéndole una carga de sagacidad superior a la habitualmente exigible en este tipo de procedimientos, sino que comportaría además el desconocimiento de las reglas hermenéuticas que gobiernan la resolución de este tipo de conflictos. De tal suerte, por ser ostensible vulneración a la ley y al reglamento contenida en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta que se trata de una situación anormal, que propició la inclusión de un requisito que se estableció de manera diferente a los derroteros establecidos por el 4 Consejo de Estado, Sentencia del siete (7) de julio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 18762. ordenamiento jurídico, los cuales si son atendidos la propuesta de la sociedad que represento cumple como se observa a continuación:

	2.018	2.019	2.020
UTILIDAD BRUTA OPERACIONAL	1.519.404.000	769.083.000	519.238.000
ACTIVO	9.606.639.000	5.524.902.000	5.610.687.000
FORMULA	15,82	13,92	9,25

	2.018	2.019	2.020
UTILIDAD BRUTA OPERACIONAL	1.519.404.000	769.083.000	519.238.000
PATRIMONIO	4.854.810.000	4.942.131.000	4.958.747.000
FORMULA	31,30	15,56	10,47

	2.018	2.019	2.020
UTILIDAD NETA	167.324.000	87.320.000	16.616.000
ACTIVO	9.606.639.000	5.524.902.000	5.610.687.000
FORMULA	1,74	1,58	0,30



	2.018	2.019	2.020
UTILIDAD NETA	167.324.000	87.320.000	16.616.000
PATRIMONIO	4.854.810.000	4.942.131.000	4.958.747.000
	3,45	1,77	0,34

En este orden de ideas, la propuesta de la sociedad que represento cumple financieramente, con los indicadores de rentabilidad de activo y de patrimonio para el 2018, así mismo, si se aplica la fórmula del decreto 1082 de 2015, cumpliría con el indicador rentabilidad del patrimonio con corte a 31 de diciembre de 2020, de ahí que, SOLICITAMOS de manera respetuosa se habilite la oferta, en lo que a indicadores de capacidad organizacional se refiere.

Respuesta:

Positiva Compañía de Seguros S.A., es una entidad aseguradora organizada como sociedad anónima, que como consecuencia de la participación mayoritaria del Estado tiene el carácter de entidad descentralizada indirecta del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, sometida al régimen de empresa industrial y comercial del estado de conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

Por mandato legal, corresponde a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, un régimen de contratación excepcional por el derecho privado por disposición expresa de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011. Al proceso se le aplican, conforme a lo expuesto, las disposiciones civiles y comerciales que le sean pertinentes, debiéndose garantizar, en todos los casos, los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en la Constitución Política. (Negrita fuera de texto).

La Compañía tiene como objeto la comercialización de los ramos de seguros de personas que, dentro del aseguramiento público, debe adelantar todas sus actividades en un entorno competitividad, eficacia, eficiencia y transparencia, que garantice la sostenibilidad financiera y la excelencia en la prestación de los servicios.

Consecuente con el compromiso de promover la cultura de la legalidad, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. cuenta con el Manual para la Gestión de Abastecimiento. Mediante este manual, se establecen directrices y parámetros claros y coherentes, que



POSITIVA

COMPAÑÍA DE SEGUROS

sirven de guía para el desarrollo de la gestión contractual de los procesos adelantados por la Compañía, dentro del marco normativo que la rige.

El proceso de contratación es integral, ya que abarca los aspectos técnicos, financieros, económicos y jurídicos que se requieren para satisfacer las diferentes necesidades de la Compañía, cumpliendo con los estándares normativos que la gobiernan

Positiva está comprometida con la transparencia en los procesos de contratación y por ello, la definición de indicadores se hace con las garantías suficientes de asegurar la pluralidad de oferentes, como uno de los ejes fundamentales en cualquier tipo de contratación. De este modo, es importante destacar que el proceso de definición de los indicadores que realiza la compañía, parte de información sectorial, proveniente de bases de datos confiables que permite establecer referentes/parámetros que equilibran las condiciones financieras de los potenciales contratistas que participen del proceso.

Por otra parte, es preciso aclarar que Positiva Compañía de Seguros realizó la habilitación financiera con base a los Términos de Referencia, documento definitivo para el desarrollo del proceso de la Invitación Pública No. 5. En dicho documento, se exigía “Fotocopia legible de los Estados financieros firmados, comparados con corte a 31 de diciembre 2020 y 31 de diciembre 2019” requisitos fundamentales con los que, los posibles oferentes, al manifestar su interés, deciden participar en el proceso.

Dadas las razones expuestas anteriormente y después de analizar su solicitud de habilitar la oferta, la compañía se abstiene de aceptar dicha petición, ya que se establecieron los indicadores proporcionales al procedimiento de contratación, por estudio tanto del sector como de las actividades específicas, se consideran los indicadores y condiciones viables y sostenibles para que una empresa oferente pueda brindar garantías de cumplimiento del contrato.

Señores

QUINTA GENERACIÓN S.A.S.

Revisada la oferta presentada por el oferente Publica evidenciamos que no cumplen con los siguientes aspectos establecidos en los pliegos de condiciones:

- a.) Respecto del certificado de composición accionaria aportada por dicho oferente, se evidencia que si bien la misma esta suscrita por el representante legal de la sociedad conforme lo indicado en los pliegos, la misma debería estar igualmente suscrita por el revisor fiscal de la empresa, dado que es este último quien realmente tiene la facultad legal de certificar la composición accionaria de una compañía, por lo tanto, les solicitamos que le requiera a dicho proponente aportar igualmente la certificación de composición accionaria por el revisor fiscal de esta.





POSITIVA

COMPañIA DE SEGUROS

De acuerdo a lo anterior, les solicitamos NO HABILITAR la oferta presentada por el oferente Pública, dado que de acuerdo a lo aquí documentado no cumple con los requisitos habilitantes de acuerdo a lo señalado en los términos de referencia.

Respuesta:

De conformidad con el concepto establecido por Colombia Compra Eficiente No. "CCE-DES-FM-17" que establece:

“La regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección, prevista actualmente en los parágrafos 1o. y 4o. del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es el mandato normativo que ordena que las entidades estatales, al verificar la acreditación de los requisitos habilitantes por parte de los proponentes, permitan, por regla general, que los oferentes aporten o corrijan aquella información relacionada con tales requisitos de participación, de manera que no opere un rechazo de plano de las ofertas. En tal sentido, el primero de los parágrafos mencionados señala que «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos» y que «En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta». Si bien esta regla encuentra algunos límites, como por ejemplo, el previsto en el segundo inciso del mismo párrafo, que establece que «Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» o el consagrado en el párrafo 3o., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable

y será causal de rechazo de la misma», lo cierto es que la subsanabilidad de las ofertas debe interpretarse como una regla general en relación con la falta de entrega o con los defectos de los requisitos habilitantes.”

Por lo anterior descrito, toda vez que el documento fue aportado junto con la propuesta en el cierre, no es requisito para la comparación objetiva de las propuestas, ni se le otorga puntaje, Positiva Compañía de Seguros S.A. es su libre facultad y de conformidad a lo establecido en la normatividad y demás jurisprudencia, decide solicitar la aclaración del documento, el cual el oferente aporta cumpliendo los requisitos establecidos y firmado por el Revisor Fiscal. Razón por la cual su observación no se acepta.

