

## FORMULARIO DE RESPUESTAS AL INFORME DE EVALUACIÓN FINAL

DOCUMENTO DE RESPUESTAS A OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN FINAL DEL PROCESO DE INVITACIÓN PÚBLICA No. 01 DE 2023 CUYO OBJETO ES: “LA CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 1 DEL EDIFICIO UBICADO EN LA MANZANA 6, DEL POLÍGONO 1, DEL PROYECTO MINISTERIOS LOCALIZADO EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C. MEDIANTE UN CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA”

### OBSERVACIONES INFORME PRELIMINAR

- **Mediante correo electrónico enviado** 05 de diciembre de 2023 a las 5:32 p.m. se recibieron las siguientes observaciones:

#### OBSERVACIÓN 1

“... Solicitamos al comité evaluador que en aras de aplicar en debida forma la normatividad sobre inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80, y normas complementarias, y honrando el principio de transparencia del proceso, sean acogidas las observaciones planteadas en este documento, so pena de tener que acudir a las acciones legales pertinentes ...”

#### RESPUESTA OBSERVACIÓN 1:

La Fiduciaria Scotiabank Colpatria S.A. quien actúa exclusivamente como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FC - PROYECTO MINISTERIOS, se permite informar que no se acepta la observación, a continuación, se esbozan las razones por la cuales se mantiene el RECHAZO:

Siguiendo la línea ya determinada en el formulario de respuesta al informe preliminar de evaluación, se reitera que en cumplimiento del manual operativo No 9, en especial a lo contenido en los artículos 6° y 7°, el cual establece, que las normas aplicables a los procesos de selección son civiles y comerciales. No obstante, en aras de garantizar el interés **general o público**, se contempla que están obligadas a observar los principios de la función administrativa.

Son extensos los pronunciamientos jurisprudenciales, en tal sentido se cita la Sentencia 00058 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil:  
(...)

Es decir, la creación de estas excepciones y la multiplicidad de regímenes especiales, supone seguir un camino peligroso, en tanto podría dar lugar a que una gran porción de la Administración pública se sujetara en exclusiva y totalmente al Derecho privado, lo cual no resulta conducente en un Estado de Derecho, en el que no es posible abandonar ni escapar integralmente del Derecho administrativo y sus controles, establecidos con fundamento en el interés general que se persigue alcanzar siempre en las actuaciones de las entidades públicas bajo este modelo. Sentencia 00058 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=139462&dt=S 16/73>.

Por la aludida razón –y quizá en atención a los clamores de la jurisprudencia y la doctrina–, el mismo legislador en la Ley 1150 de 2007, sin desconocer la naturaleza de los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal, que se encuentran sujetos a normas de carácter especial, e *inclusive a normas de derecho privado, estableció límites a las mismas, así: “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 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”*.

Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política [13], así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267 [14] y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

Este precepto irradia los principios de la función administrativa en los procesos contractuales de las entidades estatales con regímenes exceptuados, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, de donde se deduce que es intención expresa del Legislador la de sujetar su actividad contractual a unos mínimos del Derecho administrativo por la preponderancia de los intereses públicos que finalmente desarrollan y para precaver la arbitrariedad, el subjetivismo, la improvisación, los sobrecostos, etc. (con fundamento en el preámbulo y en los artículos 2º, 123 inciso 2º y 209 de la C.P)[15] , privilegiando así la transparencia y la selección objetiva en su contratación, aun cuando ellas se sirvan de herramientas, mecanismos e institutos del Derecho privado como estrategia y medios para favorecer y beneficiar la eficiencia en la gestión.

En efecto, la finalidad del legislador al establecer estas disposiciones se expresó así: *“Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.”* [16] Y, sobre el particular la Corporación en su jurisprudencia recalcó [17]: *“[L]as entidades estatales a las cuales se les conservó el régimen contractual de derecho privado -entre ellas las Empresas Sociales del Estado-, y por tanto mantuvieron la exclusión de la Ley 80, quedaron limitadas por la nueva filosofía fiscalizadora de la conveniencia de mantener esa exclusión. El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la Sentencia 00058 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil* <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=139462&dt=S> 17/73 actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no *regidas por la Ley 80 tienen claridad (...) sobre la mezcla de ordenamientos jurídicos* que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto.

El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió. El resultado que produjo esta combinación de normas de derecho privado con principios constitucionales es lo que experimentan las entidades excluidas, porque la pureza del derecho privado no la pueden aplicar, so pena de trasgredir los principios constitucionales. No obstante, esto tampoco significa que el régimen contractual de esas entidades haya pasado a ser la *Ley 80, porque de ninguna manera se dispuso algo semejante.”* (La Sala resalta).

Así las cosas, el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades *excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en “un régimen especial: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal”* [18] y *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que es de*

naturaleza pública, es decir, previsto en normas imperativas, de orden público, indisponibles y de obligatorio cumplimiento. En fin, debido a la naturaleza pública de la entidad y de los recursos que involucran, su actividad contractual y acuerdos de voluntades se rigen, de una parte, por las normas legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, y de otra, por los principios de la función administrativa [19] y de la gestión fiscal, así como por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para la contratación estatal. Por lo tanto, si bien es cierto que el Estatuto de Contratación Estatal excluyó de su aplicación a algunas entidades, también lo es que dicha exclusión no abarcó los principios constitucionales que rigen la función administrativa, a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales están llamados a gobernar la actividad contractual de este tipo de entidades. En otros términos, siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo que aplique al negocio jurídico, la entidad pública debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, según mandato expreso de la Ley 1150 de 2007.

(...)

Siendo así y teniendo clara la observancia de los principios que rigen la función pública y los principios rectores de la contratación estatal, en especial el de **selección objetiva**, es importante reiterar que en observancia a este principio se presentaron tres (3) postulaciones de lo cual da cuenta el acta de cierre y apertura de postulaciones publicada en la página web de la fiduciaria, entendiéndose así, que los términos de referencia establecieron los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

Aunado a lo anterior, el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[...] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación», iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del párrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva», vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, [...], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las

partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.<sup>1</sup>

Ahora bien, es deber de la AGENCIA NACIONAL INMOBILIARIA VIRGILIO BARCO VARGAS -ANIM-, garantizar desde su etapa precontractual la correcta ejecución del contrato y de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento, lo anterior desde la etapa pre-contractual garantizar que, en efecto el futuro contratista se encuentre en capacidad de cumplir con el objeto para el cual fue contratado, se relaciona nuevamente la jurisprudencia del Consejo de Estado:

En la etapa 1) precontractual, están las sub-etapas de: a) fase interna, mejor conocida como de planeación, que comprende, la denominada maduración del proyecto de contratación a través de varios elementos que dependen de la modalidad proceso de selección. Ellos son, los estudios y documentos previos, las autorizaciones, los permisos, licencias, los planes de adquisición, certificado de disponibilidades presupuestales y la elaboración del proyecto de pliego de condiciones; y b) fase externa o pública, la cual tiene por objeto la selección del oferente, una vez adelantadas las siguientes: i) el aviso de convocatoria, ii) el acto administrativo de apertura o acto administrativo de justificación de la contratación directa<sup>35</sup>, iii) el pliego de condiciones; y c) la adjudicación.<sup>2</sup>

De lo anterior se establece entonces que una sanción administrativa, es razón suficiente para RECHAZAR la postulación, ya que existe un elemento conductor, es decir el impacto de la sanción justifica el rechazo., los mismos se encuentran soportados en los principios de la función pública, en especial el principio de moralidad.

---

<sup>1</sup> Concepto C- 814 de 2022- Colombia Compra Eficiente.

<sup>2</sup> Sentencia 2012-00406 de 2020 Consejo de Estado