

**DOCUMENTO RESPUESTA A LAS ACLARACIONES DE LA EVALUACIÓN JURIDICA  
PRELIMINAR DE LOS REQUISITOS HABILITANTES Y DE PUNTUACIÓN DE LA INVITACIÓN  
ABIERTA 010 FFIE DE 2019**

En cumplimiento de lo establecido en los Términos de Condiciones Contractuales, Adendas publicadas, respuesta a la solicitud de aclaraciones y a las observaciones de los interesados, en desarrollo de la INVITACIÓN ABIERTA No. FFIE- 010 DE 2019, nos permitimos dar respuesta a las subsanaciones y observaciones realizadas al informe preliminar de evaluación:

**Proponente 007 - AMEZQUITA & CÍA SAS**

1. *Adjuntamos la carta de presentación de la propuesta donde se incluye el objeto social del proceso conforme a la adenda No. 2.*

**Respuesta**

**Verificado el documento Carta de Presentación de la Propuesta Formato No. 1 se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

2. *Adjuntamos copia de la cédula de ciudadanía de la Representante Legal de la Firma.*

**Respuesta**

**Verificado el documento requerido copia de la cedula de ciudadanía, se observa que este fue subsanado.**

3. *Adjuntamos el RUP actualizado y en firme con una fecha de expedición no mayor a 30 días; con lo cual se subsana esta observación.*

**Respuesta**

**Verificado el Registro Único de Proponentes se observa que este cumple con la fecha de expedición exigida en los Términos de Condiciones Contractuales, por lo que el documento se entiende Subsanaado.**

4. *Adjuntamos la modificación a la póliza de garantía de seriedad de la oferta con los ajustes sugeridos por el comité de evaluación.*

**Respuesta**

**Revisado la póliza de garantía de seriedad de la propuesta se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

6. *Referente al Formato No. 17 referente a la Industria Nacional, queremos hacer los siguientes comentarios:*



- El numeral 11.7.3 de los TCC señala en uno de sus ítems: "Personas Jurídicas colombianas. Acreditarán su nacionalidad mediante el certificado de existencia y representación legal". Este certificado se adjuntó como uno de los documentos jurídicos de la oferta con lo cual se daría cumplimiento a este requisito de industria nacional
- El formato 17 señalado por ustedes como el que no se adjuntó a la oferta, de acuerdo con lo indicado en la adenda No.2, en la página 18 indica la modificación en los TCC del numeral 16 de los formatos y señala en el formato 17 lo siguiente: "Incentivo a la Industria Nacional proponentes extranjeros sin derecho a trato Nacional" (negrilla fuera de texto), el cual para nosotros no aplica y no existe ningún otro formato que se relacione con el tema.
- Por lo anterior, consideramos que hemos dado estricto cumplimiento a lo indicado en los TCC y con el certificado de existencia y representación legal demostramos nuestra nacionalidad y por consiguiente ser merecedores del puntaje que otorga este criterio; no obstante, adjuntamos un certificado de industria nacional que tenemos de otros procesos licitatorios, aunque este proceso no lo exige ni lo solicita.

### Respuesta

**Tal como lo manifiesta el oferente, y conforme lo estipulado en los Términos de Condiciones Contractuales numeral 11.7.3., la oferta de origen nacional, para personas jurídica colombianas, se acreditará mediante el certificado de existencia y representación legal.**

**VERIFICADOS LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS POR EL OFERENTE DENTRO DEL TERMINO DEL OBSERVACIONES DE EVALUACIÓN PRELIMINAR ESTOS FUERON SUBSANADOS DE MANERA CORRECTA POR LO QUE LA OFERTA SE ENCUENTRA HABILITADA JURÍDICAMENTE.**

### PROPONENTE 005 - CONSORCIO BDO CIATEL 2019

En relación con algunos aspectos jurídicos nos permitimos acompañar los siguientes documentos:

- a) Formato No. 1 "Carta de Presentación de la Propuesta" con el objeto social conforme a la Adenda No. 2.

### Respuesta

**Verificado el documento Carta de Presentación de la Propuesta Formato No. 1 se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

- b) Documento de conformación Consorcial del Consorcio BDO CIATEL 2019, con la



*duración señalada en la cláusula sexta de los TCC y con el objeto Social conforme a la Adenda No. 2.*

### **Respuesta**

**Verificado el documento de conformación de Consorcio o Unión Temporal Formato No. 3 se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

- c) *Aclaración de Garantía de Seriedad de la oferta con el objeto Social conforme a la Adenda No. 2.*

### **Respuesta**

**Revisada la póliza de garantía de seriedad de la propuesta se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

**VERIFICADOS LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS POR EL OFERENTE DENTRO DEL TERMINO DEL OBSERVACIONES DE EVALUACIÓN PRELIMINAR ESTOS FUERON SUBSANADOS DE MANERA CORRECTA POR LO QUE LA OFERTA SE ENCUENTRA HABILITADA JURÍDICAMENTE.**

### **PROPONENTE 009 - CONSORCIO AUDITORÍA INTEGRAL**

*Haciendo uso del derecho que nos asiste, contemplado en el numeral 2° del artículo 24 de la ley 80 de 1993, el cual permite que en el marco de los procesos contractuales los oferentes tengan la oportunidad de conocer y controvertir los "informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten", todo ello a través de la presentación de observaciones; presentamos a la entidad las siguientes observaciones que resultan oportunas y que deben ser objeto de consideración en aras de impedir un trato violatorio del principio de igualdad y de la selección objetiva.*

#### **1. INFORME DE EVALUACION JURIDICO**

##### **1.1. DOCUMENTO DE CONFORMACION DE CONSORCIO**

*En el documento informe de evaluación jurídica el PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE. Evalúa en el numeral 5. CARTA DE CONFORMACION CONSORCIO / UNION TEMPORAL*

*"EL DOCUMENTO DE CONFORMACION DE CONSORCIO – FORMATO No 3 DEBE SER SUSCRITO CONFORME LO SEÑALAN LOS TERMINOS DE CONDICIONES CONTRACTUALES."*

*En atención al requerimiento nos permitimos de manera muy respetuosa y comedida adjuntar el documento como adjunto 1 al presente documento de subsanación*



## Respuesta

Verificado el documento de conformación de Consorcio o Unión Temporal Formato No. 3, se observa que este no fue subsanado en el término de duración del Consorcio, tal y como fue solicitado en el informe de evaluación preliminar, por lo que se da aplicación al subnumeral 2 del numeral 11.9. de los Términos de Condiciones Contractuales que habla de las causales de rechazo y que e indica “Cuando el proponente se le haya requerido subsanar o aclarar un documento de la Propuesta y no lo efectúe dentro del plazo indicado o no lo realice correctamente o de acuerdo con lo solicitado”.

**EN VIRTUD DE LO ANTERIOR LA PROPUESTA SE ENCUENTRA RECHAZADA.**

### **1.2. GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA**

*En el documento informe de evaluación jurídica el PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE. Evalúa en el numeral 6. GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA:*

*“EL OBJETO DE LA PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA NO SE ENCUENTRA CONFORME A LA ADENDA NO. 2”*

*En atención al requerimiento nos permitimos de manera muy respetuosa y comedida adjuntar el documento como adjunto 2 al presente documento de subsanación.*

## Respuesta

Verificado el documento de la Garantía de Seriedad de la Oferta, se observa que este no fue subsanado en el objeto de la invitación pública tal y como fue solicitado en el informe de evaluación preliminar, por lo que se da aplicación al subnumeral 2 del numeral 11.9. de los Términos de Condiciones Contractuales que habla de las causales de rechazo y que e indica “Cuando el proponente se le haya requerido subsanar o aclarar un documento de la Propuesta y no lo efectúe dentro del plazo indicado o no lo realice correctamente o de acuerdo con lo solicitado”.

**EN VIRTUD DE LO ANTERIOR LA PROPUESTA SE ENCUENTRA RECHAZADA.**

**VERIFICADOS LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS POR EL OFERENTE DENTRO DEL TERMINO DEL OBSERVACIONES DE EVALUACIÓN PRELIMINAR ESTO NO FUERON SUBSANADOS CONFORME A LO INDICDO EN EL INFORME PRELIMINAR POR LO QUE LA OFERTA SE ENCUENTRA RECHAZADA N APLICACIÓN DEL SUBNUMERAL 2 DEL NUMERAL ESTOS FUERON SUBSANADOS DE MANERA CORRECTA POR LO QUE LA OFERTA SE ENCUENTRA HABILITADA JURÍDICAMENTE.**

**Proponente 008 - CONSORCIO AUDITORIA FFIE 2019**



Encontrándonos en el plazo establecido indicado por ustedes en el cronograma de la presente invitación, respetuosamente presentamos nuestras observaciones y documentos que permiten subsanar lo manifestado por el comité evaluador, en el informe de evaluación publicado, previa la siguiente consideración:

## **RESPECTO DE LA EVALUACIÓN JURÍDICA**

### **Solicitud No. 1**

1. La entidad indica que la Carta de presentación de la propuesta no incluye el objeto social conforme a la Adenda No. 2.

#### **Subsane**

Adjuntamos la Carta de presentación de la propuesta, donde se incluye el objeto social conforme a la Adenda No. 2.

[Ver anexo No. 1]

#### **Respuesta**

**Verificado el documento Carta de Presentación de la Propuesta Formato No. 1 se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

### **Solicitud No. 2:**

2. La entidad indica que:
  1. El objeto de la póliza de seriedad de la oferta no se encuentra conforme a la Adenda No. 2.

#### **Subsane**

Adjuntamos la Seriedad de la Oferta donde se incluye el objeto social conforme a la adenda No. 2

[Ver anexo No. 2]

#### **Respuesta**

**Revisado la póliza de garantía de seriedad de la propuesta se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

2. Modificar el asegurado y beneficiario teniendo en cuenta los TCC numeral 10.1.4.1.

#### **Subsane**

Adjuntamos la Seriedad de la Oferta donde se corrige el asegurado y beneficiario teniendo en cuenta los TCC numeral 10.1.4.1

[Ver anexo No. 2]

#### **Respuesta**



**Revisado la póliza de garantía de seriedad de la propuesta se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

3. La póliza de seriedad de la oferta no expresa los integrantes que conforman el Consorcio y su porcentaje de participación.

**Subsane**

En nuestra propuesta original a folio 000036, se adjuntó el documento anexo expedido por la Aseguradora, en el cual se indicaron los integrantes del Consorcio Auditoría FFIE 2019 y el correspondiente porcentaje de participación.

Sin embargo, en respuesta a su requerimiento, adjuntamos nuevamente la póliza donde se encuentra dicha información.

[Ver anexo No. 2]

**Respuesta**

**Revisado la póliza de garantía de seriedad de la propuesta se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

Conforme a lo anteriormente sustentado y soportado, cordialmente solicitamos a la entidad HABILITAR JURÍDICAMENTE nuestra propuesta.

**Respuesta**

**VERIFICADOS LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS POR EL OFERENTE DENTRO DEL TERMINO DEL OBSERVACIONES DE EVALUACIÓN PRELIMINAR ESTOS FUERON SUBSANADOS DE MANERA CORRECTA POR LO QUE LA OFERTA SE ENCUENTRA HABILITADA JURÍDICAMENTE.**

**PROPONENTE 004 - ERNST & YOUNG SAS**

**ASPECTOS JURÍDICOS**

*A título de subsanación, presentamos los siguientes documentos:*

1. Ajuste a la póliza número 18-45-101115154.

**Respuesta:**

**Revisado la póliza de garantía de seriedad de la propuesta se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

2. Documento aclaratoria de la carta de presentación de la propuesta.

**Respuesta:**



**Verificado el documento Carta de Presentación de la Propuesta Formato No. 1 se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

3. Documento aclaratorio del anexo anticorrupción.

### **Respuesta**

**Verificado el documento Compromiso Anticorrupción Formato No. 2, se observa que este fue subsanado conforme lo requerido en el informe de evaluación preliminar.**

**VERIFICADOS LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS POR EL OFERENTE DENTRO DEL TERMINO DEL OBSERVACIONES DE EVALUACIÓN PRELIMINAR ESTOS FUERON SUBSANADOS DE MANERA CORRECTA POR LO QUE LA OFERTA SE ENCUENTRA HABILITADA JURÍDICAMENTE.**

### **PROPONENTE 003 - CONSORCIO ALPHA**

#### **EVALUACIÓN REQUISITOS HABILITANTES**

*Manifestamos nuestro desacuerdo en el rechazo de nuestra oferta, toda vez que el objeto social del integrante O&P INGENIERÍA S.A.S, sí le permite al proponente desarrollar el objeto a contratar. Recordemos lo consignado en el Certificado de Existencia y Representación Legal donde se describe lo siguiente:*

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD PODRÁ REALIZAR CUALQUIER ACTIVIDAD COMERCIAL O CIVIL LÍCITA, AUNQUE EN EL OBJETO SOCIAL DE LA COMPAÑÍA SE ENCUENTRAN, SIN PERJUICIO DE OTRAS, LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: A) EXPLOTACIÓN DE LAS RAMAS DE LA INGENIERÍA CIVIL, ELÉCTRICA, MINAS Y PETRÓLEOS, MECÁNICA E INDUSTRIAL Y PROFESIONES AFINES. B) LA PROMOCIÓN, PROYECCIÓN, COMPRA Y VENTA, ADMINISTRACIÓN, DESARROLLO, REALIZACIÓN, INSTALACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS Y PROYECTOS DE INGENIERÍA Y PROFESIONES AFINES. C) LA ASESORÍA, CONSULTORÍA, INTERVENTORÍA, GERENCIA, CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE OBRAS Y PROYECTOS DE INGENIERÍA Y PROFESIONES AFINES. D) LA COMERCIALIZACIÓN, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN, REPRESENTACIÓN Y SERVICIO DE ALQUILER, MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE EQUIPOS, MAQUINARIAS Y PRODUCTOS QUE ESTÉN LIGADOS A LAS RAMAS DE INGENIERÍA Y PROFESIONES AFINES. E) TODOS LOS ACTOS Y CONTRATOS QUE FUEREN CONVENIENTES Y NECESARIOS EN EL CABAL CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO SOCIAL. F) LA PARTICIPACIÓN DIRECTA O EN REPRESENTACIÓN DE TERCEROS EN LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS DE CUALQUIER ENTIDAD ESTATAL O PARTICULAR, PUDIENDO EN CASO DE DICHA REPRESENTACIÓN ASUMIR TODA CLASE DE OBLIGACIONES EN SU NOMBRE O EN EL DE SUS REPRESENTADOS. EN EL DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRÁ: 1. ENAJENAR LOS DISTINTOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO, INDUSTRIALES, Y/O SERVICIOS QUE SE REQUIERAN PARA REALIZAR LOS FINES DE LA EMPRESA. 2. PRESTAR CUALQUIER CLASE DE ASESORÍA QUE SE REQUIERA POR PARTE DE OTRAS EMPRESAS PARA LOGRAR EL MEJORAMIENTO DEL OBJETO SOCIAL. 3. INTEGRARSE O FORMAR PARTE DE EMPRESAS NUEVAS, O YA



Teniendo en cuenta que el objeto del presente proceso es "Consultor que realizará una auditoría forense y evaluación integral independiente a los procesos contractuales realizados en el marco del ciclo del proyecto de infraestructura educativa, de la Unidad de Gestión del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa - FFIE del Ministerio de Educación Nacional – MEN". Se trata entonces de un proceso de contratación para una Consultoría la cual está relacionada con la construcción de obras de Infraestructura educativas y O&P INGENIERIA dentro de su objeto tiene alcance para realizar ACTIVIDADES DE LA RAMA DE LA INGENIRÍA CIVIL y también la CONSULTORÍA DE OBRAS Y PROYECTOS DE INGENIERÍA Y PROFESIONES AFINES.

Por lo anteriormente expuesto, el integrante O&P INGENIERIA S.A.S cuenta con la capacidad jurídica para contratar en el presente proceso por lo que solicitamos sea aceptada y habilitada en evaluación jurídica.

### **Respuesta**

La Invitación Pública No. 010 de 2019 cuyo objeto es "seleccionar, de los Proponentes que participen, al Consultor que realizará una **auditoría forense y evaluación integral** independiente a los procesos contractuales realizados en el marco del ciclo de proyectos de infraestructura educativa, de la Unidad de Gestión del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE del Ministerio de Educación Nacional – MEN, ..." surgió de la necesidad de realizar una evaluación integral externa a los procesos contractuales realizados a los proyectos de infraestructura con el fin de verificar si estos fueron realizados en el marco de la normatividad vigente requiriéndose la contratación de la prestación de servicios de auditoría externa y evaluación integral.

Bajo esta necesidad se estructuraron los Términos de Condiciones Contractuales, en los cuales se estipuló claramente que el objeto a desarrollar por parte del contratista es realizar la Auditoría Forense y la Auditoría Integral. Con fundamento en ello, se estableció el objetivo general señalado en el numeral 9.2., los objetivos específicos descritos en el numeral 9.2.1., el alcance del contrato descrito en el numeral 9.3. y los productos a entregar relacionados en el numeral 9.7.1., de los cuales todo guarda correspondiente relación con el objeto y fin del proceso, el cual es desarrollar una Auditoría.

### **Del Contrato de Consultoría**

Con independencia de la denominación que se le haya dado al contrato que se llegare a realizar si fuera de Consultoría o de Prestación de Servicios, es claro que el principio de *nomem iuris* impone la primacía de la realidad, en tanto que las cosas





son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

En este orden de ideas el Consejo de Estado en sentencia No. 40876 del 30 de noviembre de 2017 estableció claramente las diferencias que existen entre un contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría indicando lo siguiente:

*“Contrato de Prestación de Servicios.*

*Definición legal. Ley 80 de 1993. Artículo 32, numeral 3º.*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...).”*

*“Contrato de Consultoría*

*Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades de carácter eminentemente intelectual, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos está dirigidos, específicamente al cumplimiento de ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnósticos, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo de aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”*

Independientemente del contrato a suscribir, que fuera este de consultoría, no debió entender el oferente que teniendo dentro de su objeto social la capacidad de desarrollar actividades de esta naturaleza tendría así mismo la capacidad para desarrollar la actividad de Auditoría, principalmente si se tiene en cuenta que no todas la consultorías tienen el mismo alcance ni ejecutan las mismas actividades, y que no puede asumirse que toda consultoría representa en si misma, auditoria.

### **De la capacidad de la Sociedad, objeto social.**

El Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, para lograr el fin propuesto y satisfacer la necesidad del proceso



de la referencia, estipuló que los oferentes refiriéndose a personas jurídicas, deben contemplar dentro de su objeto social, la actividad que permitieran ejecutar el objeto contractual, el cual es Auditoría.

La Auditoría es una actividad especializada, que consiste en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros<sup>1</sup>. La Auditoría ha tenido una rápida evolución que ha permitido su clasificación según el objeto, destino, técnicas, métodos y es por ello que se habla de la auditoría interna, externa, operativa, pública, forense, etc., mientras que la Consultoría “consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, toda ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargada de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos”<sup>2</sup>

En este orden de ideas si bien son especialidades relacionadas, tienen marcadas diferencias pues ambas abarcan actividades totalmente distintas con enfoques y fines distintos, lo que obliga a que los oferentes o expertos tenga la experticia para desarrollar estas actividades, esto quiere decir que ser un consultor no demuestra la experticia en todos los temas, por ejemplo, ser un consultor especialista en estudios y diseños técnicos, o un consultor en interventoría, no demuestra la capacidad técnica para el desarrollo de actividades de auditoría. Teniendo en cuenta lo anterior el código de comercio en su artículo 99 establece “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”.

Por su parte el numeral 4 del artículo 110 del citado código de comercio hace mención del objeto social contenido en la escritura pública de constitución de la sociedad comercial e indica “4. El Objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel”.

<sup>1</sup> <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448178971.pdf>

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección B MP Ramiro Pazos Guerrero sentencia No. 40876 30 de noviembre de 2017.



De las normas transcritas se observa que los estatutos de la sociedad, corresponden al documento por medio del cual se delimita la capacidad, conforme al fin que persigue la sociedad y obliga que la cláusula que hace mención del objeto debe ser explícita, a fin de evitar interpretaciones acerca de la extensión del objeto.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia No. 00896 del 14 de febrero de 2018 con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero, que al resolver un caso en el cual se analizó si el objeto de la sociedad actora le permitía llevar a cabo el contrato por celebrarse, destacó lo siguiente:

“ (...)

De lo expuesto se tiene que dentro del objeto social de las sociedades están comprendidos (i) los actos y actividades propias que permiten el desarrollo del mismo, en palabras de la Corte Suprema de Justicia “los actos expresivos del objeto social”, (ii) los indispensables para que la sociedad pueda existir y (iii) los que estén conectados con la actividad social (...) “

“(...)”

Se entiende por objeto principal las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes, y por objeto secundario, la variada serie de actos que la sociedad puede realizar en desarrollo de aquellas. En verdad, conforme a la teoría de la especialidad, la cláusula del objeto da a conocer el radio de acción dentro del cual han de moverse con plena libertad los órganos sociales de administración y representación. Y como en desarrollo de la finalidad primordial la sociedad lleva a cabo actos accesorios, la ley exige que tenga relación de medio a fin con aquella. Sobre el particular, el citado artículo 99 del Código dispone: “Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. Se refiere aquellos actos que sirven de medios instrumentales para alcanzar el lucro que se aspira a derivar las actividades enunciadas como principales. De ahí que la diversificación de la operación y negocios no relacionados directamente con ellas, aunque sean conexas o complementarios, en rigor jurídico no se ciñen a la especialidad y chocan abiertamente con la idea cardinal del legislador de tutelar a quienes se asocian impulsados por las halagüeñas perspectivas que ofrece el desarrollo de determinada actividad económica. Precisamente a los asociados les interesa saber cuáles son las operaciones o negocios que se dedicará la compañía, pues su ejecución compromete tanto sus aportaciones como los



incrementos patrimoniales del ente social, y en las sociedades de riesgo ilimitado puede afectar sus patrimonios individuales (...)"

"(...) Como se observa la doctrina nacional, a través de la distinción del objeto principal y secundario, coincide con la idea de la jurisprudencia citada y que aquí se recoge. Igualmente, esta Corporación, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver una consulta que giraba en torno al alcance del concepto de los contrato conexos que integran el giro de los negocios de las entidades financieras de carácter estatal precisó.

- Para que un acto o contrato celebrado por una persona jurídica sea válido debe encontrarse comprendido dentro del objeto señalado bien por la ley o por los estatuto, según el tipo de entidad de que se trate.
- El objeto social o de la empresa, se compone, a su vez, de: i) actos que están comprendidos en la noción de la actividad; ii) actos que están directamente relacionados con esa actividad; y iii) otros actos que tienen como finalidad ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad ... "

... Precisado lo anterior y al descender el presente asunto, la Sala recuerda que dentro del objeto social de la actora quedaron incluidas todas las labores inherentes al ejercicio de la profesiones de ingeniería y arquitectura, sus diferentes aspectos y modalidades (...)"

Como se puede apreciar en la sentencia que se trae a colación se resuelve la demanda de un oferente por no tenerse en cuenta su propuesta en virtud de que su objeto social no cumplía el objeto del proceso contractual, pero este caso se resolvió teniendo en cuenta que en el objeto social de la actora quedaron incluidas todas las labores inherentes al ejercicio de las profesiones de ingeniería y arquitectura, su diferentes aspectos y modalidades, y fue necesario para el fallador valerse de las definiciones de las profesiones y alcance de las mismas para determinar si se cumplía con el requisito o no.

En tal sentido, el Consejo de Estado tuvo primero que analizar si una de las actividades propias del objeto a contratar, ese ese caso, "restauración de edificaciones" se encontraba o no incluida dentro de las actividades propias de ingeniería y arquitectura, y solo al determinar que en la denominación de estas profesiones se incluía dicha actividad, pudo acceder a la solicitud de la actora.

Contrario a lo anterior, queda claro en la presente invitación No. 010 de 2019, que las actividades de Consultoría y Auditoría son diferentes y que la segunda no se



encuentra inmersa en la primera; sin ir muy lejos, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos de consultoría son los "(...) referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.", y claramente no incluye ninguna actividad relacionada con auditoría.

Adicionalmente, y volviendo al ejemplo de la Sentencia del Consejo de Estado 00896 del 14 de febrero de 2018, debe tenerse en cuenta que se falla a favor del actor porque el objeto del proceso de contratación estaba inmerso dentro de las actividades propias del objeto social; diferente situación, respecto de nuestra Invitación No. 010 de 2019, en que el objeto de la invitación no está inmerso dentro de las actividades propias de la consultoría, por cuanto son disciplinas totalmente distintas con especialidades diferentes, habida cuenta que la consultoría tiene un enfoque distinto al de la auditoría.

Es más, todas las actividades que están en los Términos de Condiciones Contractuales son referentes a la Auditoría.

Por otra parte, no sobra aclarar, que la presentación de la documentación solicitada en la Invitación abierta así como sus aclaraciones son carga del proponente, de conformidad con el principio de transparencia, la Entidad no deberá realizar interpretación alguna de los documentos presentados.

### ***De las Causales de Rechazo en los Términos de Condiciones Contractuales***

Los Términos de Condiciones Contractuales es el documento sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, se erige como la hoja de ruta o carta de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual, por consiguiente, todo su contenido es obligatoria para las partes.

Dentro de los Términos de Condiciones Contractuales se estipularon las causales de rechazo descritas en el numeral 11.9. y en el subnumeral 5 se consignó de manera clara que la propuesta se rechazará "*Cuando el objeto social no permita y/o no incluya desarrollar el objeto del Contrato a celebrarse*", tiene su sustento en la Ley 80 artículo 6 que hace mención de la capacidad para contratar, que sobre lo particular ha señalado el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. En igual sentido: sentencias de 23 de abril de 1992,



exp. 6224; 30 de noviembre de 1994, exp. 9652 y 18 de noviembre de 1997, exp. 10.402.

*"(...) [E]s pertinente tener en cuenta que hacen parte integrante del pliego de condiciones no sólo los específicos requisitos y reglas para participar en el correspondiente proceso de selección que fija la entidad pública de acuerdo con sus necesidades y el objeto a contratar, sino también todas aquellas normas legales que constituyen el contenido impuesto por la ley a propósito del proceso de selección, sin que sea menester estipulación de manera expresa en el mismo, pues en su silencio el vacío lo llena precisamente el legislador. Por ejemplo, en tratándose de las causales de rechazo de las propuestas bien pueden estar previstas u originarse directamente en la ley, como sucede, entre otros eventos, con la violación del régimen de inhabilidades (art. 8 de la Ley 80 de 1993, o la ausencia de capacidad art. 6 ibídem); o el ofrecimiento de precios artificialmente bajo (en aplicación del artículo 26 No. 6 de la Ley 80 de 1993); o como se explicará más adelante cuando existan propuestas con precios excesivos o sobrecostos.*

(...)

*Quiere con esto destacar la Sala que las causales de rechazo de las propuestas pueden ser legales y por lo mismo generan el efecto del descarte o exclusión de la oferta ope legis, sin necesidad de que se haga referencia a las mismas en el pliego de condiciones; o también pueden las causales de rechazo de las propuestas ser establecidas expresamente por la entidad en el respectivo pliego de condiciones. Lo cierto es que, sea que las causales de rechazo de la oferta emanen directamente de la ley o del pliego de condiciones, en uno y en otro caso se refieren a defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permiten deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva en la contratación.*

Teniendo en cuenta lo anterior para la presente invitación resulta relevante la consigna de la citada causal de rechazo y darle estricta aplicación, por cuanto que el incumplimiento en esta estipulación contraría el principio de planeación junto con el fin a satisfacer por parte del Patrimonio Autónomo, el cual es la Auditoría Forense e Integral a los procesos de contratación.

En ese orden de ideas y conforme lo argumentado anteriormente, que las actividades descritas en su objeto social deben, por supuesto, permitir la ejecución



del objeto de la invitación No. 010 de 2019, para lo cual se requiere justamente, que dentro de las mismas se encuentra la auditoria.

#### **PROPONENTE 006 - UT AUDI FFIE 2019**

**EDIALA ESPERANZA RODRIGUEZ LÓPEZ** identificada con cedula de ciudadanía **51.731.672 de Bogotá**, actuando en nombre y representación de la Unión Temporal **AUDI FFIE 2019** participante dentro del proceso de contratación de la referencia y cuyo objeto es: **DEL CONSULTOR QUE REALIZARÁ UNA AUDITORIA FORENSE Y EVALUACIÓN INTEGRAL INDEPENDIENTE A LOS PROCESOS CONTRACTUALES REALIZADOS EN EL MARCO DEL CICLO DEL PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA, DE LA UNIDAD DE GESTIÓN DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA- FFIE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - MEN**; me permito presentar **OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN PRELIMINAR (TÉCNICO Y JURÍDICO)** en los siguientes términos:

##### **ANTECEDENTES:**

1. El **PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE**, convoca vía correo electrónico a posibles oferentes para participar en el proceso de la referencia el día 02 de agosto del año 2018.
2. Una vez adelantadas todas las etapas del proceso de selección, el día 30 de agosto de 2019 se efectúa la presentación de las propuestas, oportunidad en la cual se presenta oferta a nombre de la Unión Temporal **AUDI FFIE 2019** integrada por: **NEXIA INTERNATIONAL MONTES & ASOCIADOS SAS - PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN 60% INTEGRANTE 2 INTEGRATED CONSULTANTS SAS - PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN 40%**
3. Que nos permitimos hacer las siguientes observaciones en referencia a las propuestas de los siguientes proponentes:

#### **Proponente 006 - UT AUDI FFIE 2019 - SUBSANACIONES**

El suscrito, **JOSÉ ROBERTO MONTES MARIN**, identificado con la cédula de ciudadanía número **10.251.301**, actuando en nombre y representación de la Unión Temporal **AUDI FFIE 2019** participante dentro del proceso de contratación de la referencia y cuyo objeto es: **DEL CONSULTOR QUE REALIZARÁ UNA AUDITORÍA Y EVALUACIÓN INTEGRAL INDEPENDIENTE A LOS PROCESOS CONTRACTUALES REALIZADOS EN EL MARCO DEL CICLO DEL PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA, DE LA UNIDAD DE GESTIÓN DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – MEN**; me permito presentar **OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN PRELIMINAR (TÉCNICO Y JURÍDICO)** publicado por la entidad el 12 de septiembre de 2019.

##### **OBSERVACIÓN NO. 1.**

Dentro de la Evaluación Jurídica Preliminar realizada a la **UNIÓN TEMPORAL AUDI FFIE 2019**, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA**



**INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE**, señaló:

**PROPONENTE RECHAZADO CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL SEÑALADA EN EL SUB NUMERAL 5) DEL NUMERAL 11,9 CAUSALES DE RECHAZO DE LOS TÉRMINOS DE CONDICIONES CONTRACTUALES QUE DISPONE LO SIGUIENTE: "Cuando el objeto social no permita y/o no incluya desarrollar el objeto del Contrato a celebrarse".**

**El Objeto social del integrante INTEGRATED CONSULTANTS SAS – no incluye el objeto a desarrollar en la presente invitación, y que corresponde a Auditoría.**

Debemos manifestar nuestro desacuerdo con los motivos expuestos respecto de la no inclusión del objeto a desarrollar en el objeto social de **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S.**, miembro de la Unión Temporal **AUDI FFIE 2019**, toda vez que en el Certificado de existencia y representación legal aportado con la propuesta, claramente se evidencian las siguientes actividades dentro del objeto social de **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S.**, las cuales permiten desarrollar el objeto del contrato a suscribir, como las siguientes: :

- Prestación de servicios profesionales de consultoría y asesoría de toda índole en empresas públicas y privadas en cualquiera de los sectores económicos
- Consultoría integral incluyendo la financiera, administrativa contable, jurídica y técnica en proyectos desarrollados por las diferentes entidades públicas
- Servicios de formulación y evaluación de proyectos.
- Asesoría jurídica general a entidades públicas y empresas privadas.
- Servicios de interventora.
- Cualquier actividad económica lícita.

Visto el anterior, debe tenerse en cuenta que los servicios de consultoría que contratan las entidades estatales, son los referidos a estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, **así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.**

En ese sentido, es claro que el objeto social de **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S.** incluye actividades que le van a permitir ejecutar el objeto del Proceso de Selección, adicionalmente porque la empresa **puede realizar cualquier actividad económica**, así como la consultoría integral y evaluación de proyectos. Al respecto, es importante indicar que de conformidad con lo establecido en la Adenda No. 2 a los términos y condiciones contractuales de la invitación abierta No. 010 FFIE de 2019, el objeto de la invitación es el siguiente:

La presente invitación tiene como objeto seleccionar, de los Proponentes que participen, **al Consultor** que realizará una auditoría forense y evaluación integral independiente a los procesos contractuales realizados en el marco del ciclo del proyecto de infraestructura educativa, de la Unidad de Gestión del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa - FFIE del Ministerio de Educación Nacional – MEN, que permita verificar si cumplieron con la normatividad vigente aplicable a la naturaleza de los contratos y acuerdos, de conformidad con los criterios de las invitaciones, y los estándares de calidad, financieros, administrativos, normativos, de seguridad y de prevención de riesgos a fin de detectar posibles acciones de mejora y plantear recomendaciones para el control interno de la organización.

(Negrilla fuera del texto)





Por otra parte, es importante manifestar que dentro de los términos y condiciones contractuales de la invitación se estableció que el objeto social del proponente debe permitirle desarrollar el objeto del contrato, y de no ser así, la oferta debía ser rechazada, veamos lo que se estableció al respecto:

- Numeral 10.1.2.2. de los TCC:

**10.1.2.2. Personas jurídicas nacionales y extranjeras con sucursal y/o domicilio en Colombia:** (...) El Proponente, persona jurídica nacional o extranjera, deberá acreditar su existencia y representación legal, mediante certificado expedido por la Cámara de Comercio correspondiente o por la entidad que resulte competente para tal efecto, en el cual se verificará: (...)

Objeto social: **Deberá contemplar las actividades que incluyan y/o permitan ejecutar el objeto a contratar.** (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

- Numeral 11.9 de los TCC:

### **11.9 Causales de rechazo**

Se rechazará la Propuesta cuando se presente cualquiera de los siguientes eventos: (...)

5. Cuando **el objeto social no permita y/o no incluya desarrollar el objeto del Contrato a celebrarse.** (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De los apartes transcritos anteriormente, es claro que en los TCC no se exigió que dentro del objeto de los proponentes se incluyera de manera taxativa y expresamente la realización de auditorías, sino que el requisito con el que se debía cumplir el proponente para ser habilitado jurídicamente era que las actividades descritas en su objeto social le **PERMITIERAN** ejecutar el contrato. En ese sentido, teniendo en cuenta que una de las actividades descritas en el objeto social de **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S.** es la realización de Consultorías de empresariales (sic) de diversa índole, además de cualquier **ACTIVIDAD LÍCITA**, es claro que la empresa **PUEDE** ejecutar el contrato y en esa medida, la descalificación o rechazo de la oferta no está sustentada en las condiciones establecidas en los pliegos, los cuales son de obligatorio cumplimiento por todas las partes.

Adicional a lo anterior **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S** se encuentra registra (sic) en la Junta Nacional de Contadores como revisores fiscales bajo la matrícula No. 1726, logrando acreditar de esta manera la idoneidad para participar en el presente proceso, así como de igual manera acreditar la misma por medio de la entidad competente para tal fin.

De otro lado, teniendo en cuenta que el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE**, pretende por medio del proceso de selección contratar: **AL CONSULTOR QUE REALIZARÁ UNA AUDITORÍA Y EVALUACIÓN INTEGRAL INDEPENDIENTE A LOS PROCESOS CONTRACTUALES REALIZADOS EN EL MARCO DEL CICLO DEL PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA, DE LA UNIDAD DE GESTIÓN DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - FFIE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – MEN;** es claro que si los miembros de la estructura plural tienen dentro de su objeto la ejecución de **consultorías** pueden ejecutar el objeto del contrato, toda vez que el objeto de la invitación es la celebrar (sic) un **CONTRATO DE CONSULTORÍA**, en el



*cual se realizarán diferentes actividades encaminadas a auditar y evaluar todos los procesos contractuales adelantados por la entidad, lo que está incluido en los servicios de consultoría que acreditan las empresas oferentes.*

*Lo anterior queda también ratificado en los mismos mismos pliegos, cuando en el numeral **8.23** de la invitación a participar se estableció que el contrato a celebrar “**será un contrato de consultoría** de (i) naturaleza jurídica privada; (ii) comercial; (iii) oneroso y (iv) bilateral. De acuerdo con lo anterior, el contrato no dará lugar a ser considerado como uno de carácter laboral, por cuanto no implica una subordinación del contratante sobre el contratista a seleccionar”.*

*Ahora veamos lo que establece el objeto de social de la empresa **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S.**, en el cual se demuestra que sí puede desarrollar el objeto del contrato a celebrar:*



Objeto Social: La sociedad tendrá como objeto principal la prestación de servicios profesionales de consultoría y asesoría de toda índole en empresas públicas y privadas en cualquiera de los sectores económicos. en lo concerniente a la administración pública: asesorías en a en la toma de decisiones financieras y administrativas de empresas públicas; asistencia técnica en planeación a entidades del sector público, acompañamiento en la gestión de proyectos de cooperación internacional; elaboración de informes de evaluación y seguimiento de gestión para el sector público; estructuración de planes de desarrollo, diseño de políticas públicas, formulación de proyectos, elaboración y gestión de proyectos de inversión; elaboración de líneas de base estadística y desarrollo de indicadores; suministro de personal para el funcionamiento y la gestión: diseño, capacitación y operación de sistemas de. Información para la gestión pública; construcción de todo tipo de documentos técnicos; y consultoría integral incluyendo la financiera, administrativa contable, jurídica y técnica en proyectos desarrollados por las diferentes entidades públicas. Referente al área de la comunicación: construcción de estrategias y modelos de comunicación e información; planes de medios; comunicaciones internas y externas: producción de medios (radio, televisión, prensa e internet); diseño gráfico, marketing y publicidad en todas las áreas; recolección, análisis y digitalización de información en lo; relacionado con el medio ambiente: elaboración de estudios ambientales; proyectos de educación, capacitación y formación; asesoría para la certificación de calidad ambiental; ejecución de todo tipo de proyectos ambientales. En lo concerniente a educación, formación y capacitación: inversión, ejecución y operación de proyectos de educación para el trabajo y el desarrollo humano; firma de convenios para ejecutar proyectos de formación educativa,

En esa medida, se reitera que el contrato que se va a celebrar como consecuencia del proceso de selección es un contrato de CONSULTORÍA, y las Empresa **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S.** contempla dentro de su objeto esta actividad por lo que no existe motivos fácticos ni legales para el rechazo de la oferta.

Queda plenamente confirmado y ratificado lo que se viene exponiendo, al leer lo que consagra el artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

**CONTRATO DE CONSULTORÍA.** *Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para*



programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

En el mismo sentido el Consejo de Estado en sentencia 00896 del 14 de febrero de 2018 manifiesta que:

*“Se entiende por objeto principal las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes, y por objeto secundario, la variada serie de actos que la sociedad puede realizar en desarrollo de aquellas. En verdad, conforme a la teoría de la especialidad, la cláusula del objeto da a conocer el radio de acción dentro del cual han de moverse con plena libertad los órganos sociales de administración y representación. Y como en desarrollo de la finalidad primordial la sociedad lleva a cabo actos accesorios, la ley exige que tengan relación de medio a fin con aquella. Sobre el particular, el citado artículo 99 del Código dispone: “Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. Se refiere a aquellos actos que sirven de medios instrumentales para alcanzar el lucro que se aspira a derivar de las actividades enunciadas como principales. De ahí que la diversificación de operación y negocios no relacionados directamente con ellas, aunque sean conexos o complementarios, en rigor jurídico no se ciñen a la especialidad y chocan abiertamente con la idea cardinal del legislador de tutelar a quienes se asocian impulsados por las halagüeñas perspectivas que ofrece el desarrollo de determinada actividad económica. Precisamente a los asociados les interesa saber cuáles con las operaciones o negocios a que se dedicará la compañía, pues su ejecución compromete tanto sus aportaciones como los incrementos patrimoniales del ente social, y en las sociedades de riesgo ilimitado puede afectar sus patrimonios individuales. (...)*

*En síntesis, el objeto es un conjunto de facultades en potencia, pues se enuncian como posibles. En cambio, el giro social es el desarrollo práctico de los negocios contemplados en la cláusula del objeto, concretados en actos objetivos, subjetivos, unilaterales o mixtos (Se subraya)”*

Reiteramos entonces que si el objeto social **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S** es “la prestación de servicios profesionales de **consultoría** y asesoría de toda índole en empresas públicas y privadas en cualquiera de los sectores económicos en lo concerniente a la administración pública”, es claro que puede ejecutar el contrato que se celebrará como consecuencia de la invitación y por lo tanto no es válido impedir la participación de la unión temporal, ya que **INTEGRATED CONSULTANTS S.A.S.** dentro de su objeto social puede desarrollar actividades que le permitirán ejecutar el contrato.

En virtud de los argumentos expuestos solicitamos que se habilite jurídicamente la



Unión Temporal **AUDI FFIE 2019**, ya que la misma no se encuentra incurso en ninguna de las causales de rechazo establecidas en el numeral 11.9 de los términos de condiciones.

### **Respuesta**

La Invitación Pública No. 010 de 2019 cuyo objeto es “seleccionar, de los Proponentes que participen, al Consultor que realizará una **auditoría forense y evaluación integral** independiente a los procesos contractuales realizados en el marco del ciclo de proyectos de infraestructura educativa, de la Unidad de Gestión del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE del Ministerio de Educación Nacional – MEN, ...” surgió de la necesidad de realizar una evaluación integral externa a los procesos contractuales realizados a los proyectos de infraestructura con el fin de verificar si estos fueron realizados en el marco de la normatividad vigente requiriéndose la contratación de la prestación de servicios de auditoría externa y evaluación integral.

Bajo esta necesidad se estructuraron los Términos de Condiciones Contractuales, en los cuales se estipuló claramente que el objeto a desarrollar por parte del contratista es realizar la Auditoría Forense y la Auditoría Integral. Con fundamento en ello, se estableció el objetivo general señalado en el numeral 9.2., los objetivos específicos descritos en el numeral 9.2.1., el alcance del contrato descrito en el numeral 9.3. y los productos a entregar relacionados en el numeral 9.7.1., de los cuales todo guarda correspondiente relación con el objeto y fin del proceso, el cual es desarrollar una Auditoría.

### **Del Contrato de Consultoría**

Con independencia de la denominación que se le haya dado al contrato que se llegare a realizar si fuera de Consultoría o de Prestación de Servicios, es claro que el principio de *nomem iuris* impone la primacía de la realidad, en tanto que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

En este orden de ideas el Consejo de Estado en sentencia No. 40876 del 30 de noviembre de 2017 estableció claramente las diferencias que existen entre un contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría indicando lo siguiente:

“*Contrato de Prestación de Servicios.*

*Definición legal. Ley 80 de 1993. Artículo 32, numeral 3º.*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades*



*estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)*"

*"Contrato de Consultoría*

*Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades de carácter eminentemente intelectual, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos está dirigidos, específicamente al cumplimiento del ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnósticos, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo de aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos."*

Independientemente del contrato a suscribir, que fuera este de consultoría, no debió entender el oferente que teniendo dentro de su objeto social la capacidad de desarrollar actividades de esta naturaleza tendría así mismo la capacidad para desarrollar la actividad de Auditoría, principalmente si se tiene en cuenta que no todas la consultorías tienen el mismo alcance ni ejecutan las mismas actividades, y que no puede asumirse que toda consultoría representa en si misma, auditoria.

### **De la capacidad de la Sociedad, objeto social.**

El Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, para lograr el fin propuesto y satisfacer la necesidad del proceso de la referencia, estipuló que los oferentes refiriéndose a personas jurídicas, deben contemplar dentro de su objeto social, la actividad que permitieran ejecutar el objeto contractual, el cual es Auditoría.

La Auditoría es una actividad especializada, que consiste en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros<sup>3</sup>. La Auditoría ha tenido una rápida evolución que ha permitido su clasificación según el objeto, destino, técnicas, métodos y es por ello que se habla de la auditoría interna, externa, operativa, pública, forense, etc., mientras que la Consultoría "consiste,

<sup>3</sup> <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448178971.pdf>



*básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, toda ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargada de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos”<sup>4</sup>*

En este orden de ideas si bien son especialidades relacionadas, tienen marcadas diferencias pues ambas abarcan actividades totalmente distintas con enfoques y fines distintos, lo que obliga a que los oferentes o expertos tenga la experticia para desarrollar estas actividades, esto quiere decir que ser un consultor no demuestra la experticia en todos los temas, por ejemplo, ser un consultor especialista en estudios y diseños técnicos, o un consultor en interventoría, no demuestra la capacidad técnica para el desarrollo de actividades de auditoría. Teniendo en cuenta lo anterior el código de comercio en su artículo 99 establece “la capacidad de la sociedad se circunscribe 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”.

Por su parte el numeral 4 del artículo 110 del citado código de comercio hace mención del objeto social contenido en la escritura pública de constitución de la sociedad comercial e indica *“4. El Objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel”*.

De las normas transcritas se observa que los estatutos de la sociedad, corresponden al documento por medio del cual se delimita la capacidad, conforme al fin que persigue la sociedad y obliga que la cláusula que hace mención del objeto debe ser explícita, a fin de evitar interpretaciones acerca de la extensión del objeto.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia No. 00896 del 14 de febrero de 2018 con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero, que al resolver un caso en el cual se analizó si el objeto de la sociedad actora le permitía llevar a cabo el contrato por celebrarse, destacó lo siguiente:

“ (...)

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección B MP Ramiro Pazos Guerrero sentencia No. 40876 30 de noviembre de 2017.



De lo expuesto se tiene que dentro del objeto social de las sociedades están comprendidos (i) los actos y actividades propias que permiten el desarrollo del mismo, en palabras de la Corte Suprema de Justicia "los actos expresivos del objeto social", (ii) los indispensables para que la sociedad pueda existir y (iii) los que estén conectados con la actividad social (...)"

"(...)

Se entiende por objeto principal las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes, y por objeto secundario, la variada serie de actos que la sociedad puede realizar en desarrollo de aquellas. En verdad, conforme a la teoría de la especialidad, la cláusula del objeto da a conocer el radio de acción dentro del cual han de moverse con plena libertad los órganos sociales de administración y representación. Y como en desarrollo de la finalidad primordial la sociedad lleva a cabo actos accesorios, la ley exige que tenga relación de medio a fin con aquella. Sobre el particular, el citado artículo 99 del Código dispone: "Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad". Se refiere aquellos actos que sirven de medios instrumentales para alcanzar el lucro que se aspira a derivar las actividades enunciadas como principales. De ahí que la diversificación de la operación y negocios no relacionados directamente con ellas, aunque sean conexo o complementarios, en rigor jurídico no se ciñen a la especialidad y chocan abiertamente con la idea cardinal del legislador de tutelar a quienes se asocian impulsados por las halagüeñas perspectivas que ofrece el desarrollo de determinada actividad económica. Precisamente a los asociados les interesa saber cuáles son las operaciones o negocios que se dedicará la compañía, pues su ejecución compromete tanto sus aportaciones como los incrementos patrimoniales del ente social, y en las sociedades de riesgo ilimitado puede afectar sus patrimonios individuales (...)"

"(...) Como se observa la doctrina nacional, a través de la distinción del objeto principal y secundario, coincide con la idea de la jurisprudencia citada y que aquí se recoge. Igualmente, esta Corporación, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver una consulta que giraba en torno al alcance del concepto de los contrato conexos que integran el giro de los negocios de las entidades financieras de carácter estatal precisó.





- Para que un acto o contrato celebrado por una persona jurídica sea válido debe encontrarse comprendido dentro del objeto señalado bien por la ley o por los estatuto, según el tipo de entidad de que se trate.
- El objeto social o de la empresa, se compone, a su vez, de: i) actos que están comprendidos en la noción de la actividad; ii) actos que están directamente relacionados con esa actividad; y iii) otros actos que tienen como finalidad ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad ... ”

... Precisado lo anterior y al descender el presente asunto, la Sala recuerda que dentro del objeto social de la actora quedaron incluidas todas las labores inherentes al ejercicio de la profesiones de ingeniería y arquitectura, sus diferentes aspectos y modalidades (...).”

Como se puede apreciar en la sentencia que se trae a colación se resuelve la demanda de un oferente por no tenerse en cuenta su propuesta en virtud de que su objeto social no cumplía el objeto del proceso contractual, pero este caso se resolvió teniendo en cuenta que en el objeto social de la actora quedaron incluidas todas las labores inherentes al ejercicio de las profesiones de ingeniería y arquitectura, su diferentes aspectos y modalidades, y fue necesario para el fallador valerse de las definiciones de las profesiones y alcance de las mismas para determinar si se cumplía con el requisito o no.

En tal sentido, el Consejo de Estado tuvo primero que analizar si una de las actividades propias del objeto a contratar, ese ese caso, “restauración de edificaciones” se encontraba o no incluida dentro de las actividades propias de ingeniería y arquitectura, y solo al determinar que en la denominación de estas profesiones se incluía dicha actividad, pudo acceder a la solicitud de la actora.

Contrario a lo anterior, queda claro en la presente invitación No. 010 de 2019, que las actividades de Consultoría y Auditoría son diferentes y que la segunda no se encuentra inmersa en la primera; sin ir muy lejos, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos de consultoría son los “(...) referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”, y claramente no incluye ninguna actividad



relacionada con auditoría.

Adicionalmente, y volviendo al ejemplo de la Sentencia del Consejo de Estado 00896 del 14 de febrero de 2018, entre otras cosas por usted citado en su observación, debe tenerse en cuenta que se falla a favor del actor porque el objeto del proceso de contratación estaba inmerso dentro de las actividades propias del objeto social; diferente situación, respecto de nuestra Invitación No. 010 de 2019, en que el objeto de la invitación no está inmerso dentro de las actividades propias de la consultoría, por cuanto son disciplinas totalmente distintas con especialidades diferentes, habida cuenta que la consultoría tiene un enfoque distinto al de la auditoría.

Es más, todas las actividades que están en los Términos de Condiciones Contractuales son referentes a la Auditoría.

Por otra parte, no sobra aclarar, que la presentación de la documentación solicitada en la Invitación abierta así como sus aclaraciones son carga del proponente, de conformidad con el principio de transparencia, la Entidad no deberá realizar interpretación alguna de los documentos presentados.

### **De las Causales de Rechazo en los Términos de Condiciones Contractuales**

Los Términos de Condiciones Contractuales es el documento sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, se erige como la hoja de ruta o carta de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual, por consiguiente, todo su contenido es obligatoria para las partes.

Dentro de los Términos de Condiciones Contractuales se estipularon las causales de rechazo descritas en el numeral 11.9. y en el subnumeral 5 se consignó de manera clara que la propuesta se rechazará "*Cuando el objeto social no permita y/o no incluya desarrollar el objeto del Contrato a celebrarse*", tiene su sustento en la Ley 80 artículo 6 que hace mención de la capacidad para contratar, que sobre lo particular ha señalado el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. En igual sentido: sentencias de 23 de abril de 1992, exp. 6224; 30 de noviembre de 1994, exp. 9652 y 18 de noviembre de 1997, exp. 10.402.

*"(...) [E]s pertinente tener en cuenta que hacen parte integrante del pliego de condiciones no sólo los específicos requisitos y reglas para participar en el correspondiente proceso de selección que fija la entidad pública de acuerdo con sus necesidades y el objeto a contratar, sino también todas aquellas normas legales que constituyen el contenido impuesto por la ley a*



*propósito del proceso de selección, sin que sea menester estipulación de manera expresa en el mismo, pues en su silencio el vacío lo llena precisamente el legislador. Por ejemplo, en tratándose de las causales de rechazo de las propuestas bien pueden estar previstas u originarse directamente en la ley, como sucede, entre otros eventos, con la violación del régimen de inhabilidades (art. 8 de la Ley 80 de 1993, o la ausencia de capacidad art. 6 ibídem); o el ofrecimiento de precios artificialmente bajo (en aplicación del artículo 26 No. 6 de la Ley 80 de 1993); o como se explicará más adelante cuando existan propuestas con precios excesivos o sobre costos.*

(...)

*Quiere con esto destacar la Sala que las causales de rechazo de las propuestas pueden ser legales y por lo mismo generan el efecto del descarte o exclusión de la oferta ope legis, sin necesidad de que se haga referencia a las mismas en el pliego de condiciones; o también pueden las causales de rechazo de las propuestas ser establecidas expresamente por la entidad en el respectivo pliego de condiciones. Lo cierto es que, sea que las causales de rechazo de la oferta emanen directamente de la ley o del pliego de condiciones, en uno y en otro caso se refieren a defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permiten deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva en la contratación.*

Teniendo en cuenta lo anterior para la presente invitación resulta relevante la consigna de la citada causal de rechazo y darle estricta aplicación, por cuanto que el incumplimiento en esta estipulación contraría el principio de planeación junto con el fin a satisfacer por parte del Patrimonio Autónomo, el cual es la Auditoría Forense e Integral a los procesos de contratación.

En ese orden de ideas, y respecto a su observación relacionada con la no exigencia que dentro del objeto de los proponentes se incluyera de manera taxativa y expresamente la realización de auditorías, sobra decir, conforme lo argumentado anteriormente, que las actividades descritas en su objeto social deben, por supuesto, permitir la ejecución del objeto de la invitación No. 010 de 2019, para lo cual se requiere justamente, que dentro de las mismas se encuentra la auditoría.



## PROPONENTE 001 – ARBITRIUM

**JUAN RAMÓN VARGAS QUIMBAYA**, obrando en nombre y representación de la empresa ARBITRIUM S.A.S., de manera atenta y estando dentro del término otorgado por la entidad para el efecto, acudo a su despacho para presentar las siguientes observaciones al informe de evaluación dentro del proceso de selección arriba referido.

### **OBSERVACIONES A LA EVALUACIÓN DE NUESTRA OFERTA (ARBITRIUM S.A.S.)**

#### **PRIMERA PARTE. A LA EVALUACIÓN JURÍDICA.**

De conformidad con la evaluación publicada, nos referiremos en primera medida al RECHAZO de nuestra oferta en su componente jurídico. Indica el evaluador jurídico que:

"PROPONENTE RECHAZADO CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL SEÑALADA EN EL SUB NUMERAL 5) DEL NUMERAL 11,9 CAUSALES DE RECHAZO DE LOS TERMINOS DE CONDICIONES CONTRACTUALES QUE DISPONE LO SIGUIENTE: "Cuando el objeto social no permita y/o no incluya desarrollar el objeto del Contrato a celebrarse." El Objeto social del proponente no incluye el objeto a desarrollar en la presente invitación, y que corresponde a Auditoría."

A continuación, exponemos los argumentos de autoridad legal y administrativa que desestiman la conclusión adoptada por el evaluador jurídico:

La Superintendencia de sociedades en concepto No. 220-62623, del 30 de septiembre de 20031 definió sobre el tema de capacidad de las sociedades:

"Ref: Objeto Social Me refiero a su solicitud vía E-mail, radicada con el No. 2003-01-153976, a través de la cual formula la siguiente consulta: ¿Se consideran incluidos dentro de la capacidad jurídica los actos que tengan como finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones legales o convencionalmente derivados de la actividad de la sociedad?"

Al respecto se tiene que de acuerdo con el artículo 99 del Código de Comercio, la capacidad de la sociedad mercantil se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, dentro de la cual se entienden incluidos todos los actos directamente relacionados con el mismo, y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones que legal o convencionalmente se deriven de la existencia y actividad de la sociedad.

En ese sentido la entidad se ha pronunciado, precisando que la disposición invocada señala los límites de la capacidad de las sociedades mercantiles, admitiendo dentro de ella la realización de tres clases de actos:

"a. Los que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social;

b. Los que se relacionan directamente con las actividades principales, y

c. Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la compañía.

Para una mejor comprensión de los alcances que tienen las diferentes clases de actos enunciados, resulta oportuno traer a colación algunos apartes del concepto emitido por esta entidad mediante Resolución 320-2279 del 22 de septiembre de



1995, en el que a su vez se incluyen algunas citas del ensayo titulado "LAS DESVIACIONES DEL OBJETO SOCIAL EN LA EMPRESA COLOMBIANA" elaborado por los doctores Rafael Bernal G. y Adriana Polanía. "Objeto social. Es el conjunto de actividades para cuya realización se constituyó la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones, para alcanzar un fin común y determinado por todos los socios. ... **La otra parte del objeto social, que es accesoria, se compone de una serie de actividades que conducen a la sociedad a alcanzar su fin,**... De manera que, integrando estas definiciones tendríamos que: **Constituye el objeto principal el fin y, el objeto complementario, las actividades o medios que contribuyen a su cumplimiento. Esas actividades que integran el objeto complementario deben cumplir con un requisito indispensable que es el de tener una relación directa de medio a fin con el objeto principal. De otra parte, no es indispensable hacer de ellos una enunciación exhaustiva, sino que se entienden incluidos dentro del objeto social". Los comentarios anteriores son suficientes para colegir que la sociedad no está limitada a realizar exclusivamente las actividades descritas en su objeto social, sino que puede además desarrollar otras accesorias, siempre y cuando que exista una relación directa de medio a fin con aquellas que constituyen el mismo."** (Resolución 360-1498 julio 31 de 1997)."

De conformidad con lo consignado en el certificado de existencia y representación legal de la empresa ARBITRIUM SAS (el cual hace parte de la oferta) se tiene que:

"Objeto Social: La sociedad tendrá por objeto principal: La asistencia y representación jurídica permanente a personas naturales y jurídicas, de derecho público y de derecho privado a través de medios físicos, presenciales o electrónicos; la sociedad podrá dictar capacitaciones, seminarios, consultorías y conferencias a entidades públicas y privadas, de manera directa o por interpuestas personas jurídicas públicas y privadas. La sociedad podrá realizar estudios, diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, gestión predial y social, actualización catastral, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento de obras de infraestructura y obras civiles con entidades de derecho público y privado. Tramitar la adquisición de predios, bien por compra o por procesos jurídicos en uso de la declaratoria de utilidad pública interés social de esos inmuebles, realizar estudios de títulos y actualización catastral de los predios en donde se desarrollarán los proyectos, legalización de las compraventas de los predios adquiridos. La sociedad podrá llevar a cabo, en general, todas las operaciones de cualquier naturaleza que ella fueren, relacionadas con el objeto mencionado, así como cualesquiera actividades similares, conexas o complementarias o que permitan desarrollar la sociedad."

En el mismo documento (certificado de existencia y representación legal) expedido por la cámara de comercio de Bogotá, también se menciona:

CERTIFICA:

Actividad Principal:

6910 (Actividades Jurídicas)

Actividad Secundaria:

7020 (Actividades De Consultoría De Gestión)

Otras Actividades:

6820 (Actividades Inmobiliarias Realizadas A Cambio De Una Retribución O Por Contrata)



Queda más que demostrado que ARBITRIUM SAS tiene como rol principal todo tipo de actividad que de suyo contenga una gestión jurídica implícita. Vale la pena resaltar que de conformidad con la actividades declaradas estatutariamente y registradas en la respectiva Cámara de Comercio de Bogotá se tiene como actividad complementaria o secundaria la "consultoría de gestión", marco o rol comercial que encuadraría perfectamente con el proyecto a ejecutar dentro de la INVITACIÓN ABIERTA No. 010 FFIE DE 2019.

Ahora bien, en el mismo objeto social declarado, esta sociedad tiene la posibilidad de "llevar a cabo, en general, todas las operaciones de cualquier naturaleza que ella fueren, relacionadas con el objeto mencionado, así como cualesquiera actividades similares, conexas o complementarias o que permitan desarrollar la sociedad."

Tal como lo explica la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en el aparte transcrito anteriormente, "Esas actividades que integran el objeto complementario deben cumplir con un requisito indispensable que es el de tener una relación directa de medio a fin con el objeto principal. De otra parte, no es indispensable hacer de ellos una enunciación exhaustiva, sino que se entienden incluidos dentro del objeto social."

El diccionario de la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA Define Auditoría como:

"Revisión sistemática de una actividad o de una situación para evaluar el cumplimiento de las reglas o criterios objetivos a que aquellas deben someterse."

En la adenda 2 publicada para la INVITACIÓN ABIERTA No. 010 FFIE DE 2019 en su numeral 3 se estableció:

"TERCERO: Modificar en los TCC el numeral 9.2 Objetivo de la Invitación Abierta, el cual quedará así:

"9.2 Objetivo General de la Auditoría

Determinar en forma independiente, si los procesos ejecutados por la Unidad de Gestión del FFIE cumplieron eficazmente **de acuerdo al marco legal aplicable y si hubo dentro de dichos procesos fraudes y actos consientes para la eludir la normatividad legal vigente**. Adicionalmente revisar y evaluar los criterios de las invitaciones antes ejecutadas bajo el marco de los principios de la administración pública, y proponer los controles y recomendaciones necesarios para prevenir, detectar y corregir errores, para que la Unidad de Gestión del FFIE las desarrolle en un plan de acción".

En el mismo sentido el TCC también dispone:

"9.2.1 Objetivos Específicos de la Auditoría

a) Verificar que los proyectos contratados cuenten con un expediente que, dé cuenta de toda la trazabilidad de las decisiones adoptadas, desde la suscripción de los acuerdos de obra y actas de servicio, hasta la entrega de las obras a la Entidades Territoriales.

b) Verificar que todas las novedades de los contratos (suspensiones realizadas y proyectadas, diseños adicionales, terminación anticipada, cesiones, prórrogas, obras complementarias, etc.) cuenten con las respectivas aprobaciones, estén justificadas y se tramitaron con la debida diligencia y oportunidad.

c) Verificar que los procesos contractuales ejecutados en las Invitaciones abiertas



anteriores por la Unidad de Gestión del FFIE funcionaron eficazmente, de acuerdo con el marco legal aplicable y los criterios definidos en las Invitaciones abiertas, para proponer los controles y recomendaciones necesarios para prevenir, detectar y corregir errores, para que la Unidad de Gestión las desarrolle en un plan de acción.

d) Revisar y evaluar los criterios de las invitaciones abiertas antes ejecutadas bajo el marco de los principios de la administración pública, y proponer los controles y recomendaciones necesarios para prevenir, detectar y corregir errores, para que la Unidad de Gestión las desarrolle en un plan de acción.

e) Determinar si se cumplieron con las obligaciones pactadas en los convenios interadministrativos, convenios derivados, contratos marco, acuerdos de obra y actas de servicio; y en caso de que se identifiquen inconsistencias, cuáles serían las medidas para corregirlas."

Que comprobado que el objetivo de esta contratación es principalmente jurídico, es decir, la auditoría que se va a realizar y la necesidad de la entidad, tiene un sustento primordialmente legal o jurídico.

Como conclusión a lo anterior, se tiene que una auditoría de contenido legal es una actividad que por su naturaleza ("Revisión sistemática de una situación para evaluar el cumplimiento de las reglas o criterios objetivos a que aquellas deben someterse.") es perfectamente encuadrable dentro del objeto social de la empresa ARBITRIUM SAS puesto que esta actividad conduciría, ineludiblemente, a la sociedad a alcanzar su fin principal cual sería la asistencia jurídica.

Vale la pena revisar la experiencia contractual demostrada por ARBITRIUM SAS en la cual es verificable que ya hemos ejecutado para entidades públicas del nivel nacional y regional actividades de "Revisión sistemática de documentos para evaluar el cumplimiento de las reglas o criterios objetivos" (definición de auditoría), actividades que se encuadraron en el cumplimiento de nuestra actividad social principal y que apuntaban al cumplimiento de nuestro fin empresarial o social declarado. Invitamos a los evaluadores a verificar la experiencia que tenemos con la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- donde ejecutamos numerosas auditorías a expedientes públicos.

En ese orden de ideas, y de conformidad con los argumentos expuesto, solicitamos se sirvan habilitar en el componente JURÍDICO a la empresa ARBITRIUM SAS pues como quedó demostrado, nuestro objeto social si permite ejecutar el presente contrato, ya que como se definió en el objetivo de esta consultoría, la presente es una auditoría basada en verificaciones legales y jurídicas.

## Respuesta

La Invitación Pública No. 010 de 2019 cuyo objeto es "seleccionar, de los Proponentes que participen, al Consultor que realizará una **auditoría forense y evaluación integral** independiente a los procesos contractuales realizados en el marco del ciclo de proyectos de infraestructura educativa, de la Unidad de Gestión del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE del Ministerio de Educación Nacional – MEN, ..." surgió de la necesidad de realizar una evaluación



integral externa a los procesos contractuales realizados a los proyectos de infraestructura con el fin de verificar si estos fueron realizados en el marco de la normatividad vigente requiriéndose la contratación de la prestación de servicios de auditoría externa y evaluación integral.

Bajo esta necesidad se estructuraron los Términos de Condiciones Contractuales, en los cuales se estipuló claramente que el objeto a desarrollar por parte del contratista es realizar la Auditoría Forense y la Auditoría Integral. Con fundamento en ello, se estableció el objetivo general señalado en el numeral 9.2., los objetivos específicos descritos en el numeral 9.2.1., el alcance del contrato descrito en el numeral 9.3. y los productos a entregar relacionados en el numeral 9.7.1., de los cuales todo guarda correspondiente relación con el objeto y fin del proceso, el cual es desarrollar una Auditoría.

### **Del Contrato de Consultoría**

Con independencia de la denominación que se le haya dado al contrato que se llegare a realizar si fuera de Consultoría o de Prestación de Servicios, es claro que el principio de *nomem iuris* impone la primacía de la realidad, en tanto que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

En este orden de ideas el Consejo de Estado en sentencia No. 40876 del 30 de noviembre de 2017 estableció claramente las diferencias que existen entre un contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría indicando lo siguiente:

*“Contrato de Prestación de Servicios.*

*Definición legal. Ley 80 de 1993. Artículo 32, numeral 3º.*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...).”*

*“Contrato de Consultoría*

*Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades de carácter eminentemente intelectual, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos está dirigidos, específicamente al cumplimiento de ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para*





*la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnósticos, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo de aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos."*

Independientemente del contrato a suscribir, que fuera este de consultoría, no debió entender el oferente que teniendo dentro de su objeto social la capacidad de desarrollar actividades de esta naturaleza tendría así mismo la capacidad para desarrollar la actividad de Auditoría, principalmente si se tiene en cuenta que no todas la consultorías tienen el mismo alcance ni ejecutan las mismas actividades, y que no puede asumirse que toda consultoría representa en si misma, auditoria.

#### **De la capacidad de la Sociedad, objeto social.**

El Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, para lograr el fin propuesto y satisfacer la necesidad del proceso de la referencia, estipuló que los oferentes refiriéndose a personas jurídicas, deben contemplar dentro de su objeto social, la actividad que permitieran ejecutar el objeto contractual, el cual es Auditoría.

La Auditoría es una actividad especializada, que consiste en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros<sup>5</sup>. La Auditoría ha tenido una rápida evolución que ha permitido su clasificación según el objeto, destino, técnicas, métodos y es por ello que se habla de la auditoría interna, externa, operativa, pública, forense, etc., mientras que la Consultoría "consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, toda ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargada de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos"<sup>6</sup>

En este orden de ideas si bien son especialidades relacionadas, tienen marcadas diferencias pues ambas abarcan actividades totalmente distintas con enfoques y fines distintos, lo que obliga a que los oferentes o expertos tenga la experticia para desarrollar estas actividades, esto quiere decir que ser un consultor no demuestra la

<sup>5</sup> <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448178971.pdf>

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección B MP Ramiro Pazos Guerrero sentencia No. 40876 30 de noviembre de 2017.



experticia en todos los temas, por ejemplo, ser un consultor especialista en estudios y diseños técnicos, o un consultor en interventoría, no demuestra la capacidad técnica para el desarrollo de actividades de auditoría. Teniendo en cuenta lo anterior el código de comercio en su artículo 99 establece “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”.

Por su parte el numeral 4 del artículo 110 del citado código de comercio hace mención del objeto social contenido en la escritura pública de constitución de la sociedad comercial e indica *“4. El Objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel”*.

De las normas transcritas se observa que los estatutos de la sociedad, corresponden al documento por medio del cual se delimita la capacidad, conforme al fin que persigue la sociedad y obliga que la cláusula que hace mención del objeto debe ser explícita, a fin de evitar interpretaciones acerca de la extensión del objeto.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia No. 00896 del 14 de febrero de 2018 con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero, que al resolver un caso en el cual se analizó si el objeto de la sociedad actora le permitía llevar a cabo el contrato por celebrarse, destacó lo siguiente:

“ (...)

De lo expuesto se tiene que dentro del objeto social de las sociedades están comprendidos (i) los actos y actividades propias que permiten el desarrollo del mismo, en palabras de la Corte Suprema de Justicia “los actos expresivos del objeto social”, (ii) los indispensables para que la sociedad pueda existir y (iii) los que estén conectados con la actividad social (...) “

“( ...)

Se entiende por objeto principal las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes, y por objeto secundario, la variada serie de actos que la sociedad puede realizar en desarrollo de aquellas. En verdad, conforme a la teoría de la especialidad, la



cláusula del objeto da a conocer el radio de acción dentro del cual han de moverse con plena libertad los órganos sociales de administración y representación. Y como en desarrollo de la finalidad primordial la sociedad lleva a cabo actos accesorios, la ley exige que tenga relación de medio a fin con aquella. Sobre el particular, el citado artículo 99 del Código dispone: "Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad". Se refiere aquellos actos que sirven de medios instrumentales para alcanzar el lucro que se aspira a derivar las actividades enunciadas como principales. De ahí que la diversificación de la operación y negocios no relacionados directamente con ellas, aunque sean conexo o complementarios, en rigor jurídico no se ciñen a la especialidad y chocan abiertamente con la idea cardinal del legislador de tutelar a quienes se asocian impulsados por las halagüeñas perspectivas que ofrece el desarrollo de determinada actividad económica. Precisamente a los asociados les interesa saber cuáles son las operaciones o negocios que se dedicará la compañía, pues su ejecución compromete tanto sus aportaciones como los incrementos patrimoniales del ente social, y en las sociedades de riesgo ilimitado puede afectar sus patrimonios individuales (...)"

"(...) Como se observa la doctrina nacional, a través de la distinción del objeto principal y secundario, coincide con la idea de la jurisprudencia citada y que aquí se recoge. Igualmente, esta Corporación, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver una consulta que giraba en torno al alcance del concepto de los contrato conexos que integran el giro de los negocios de las entidades financieras de carácter estatal precisó.

- Para que un acto o contrato celebrado por una persona jurídica sea válido debe encontrarse comprendido dentro del objeto señalado bien por la ley o por los estatuto, según el tipo de entidad de que se trate.
- El objeto social o de la empresa, se compone, a su vez, de: i) actos que están comprendidos en la noción de la actividad; ii) actos que están directamente relacionados con esa actividad; y iii) otros actos que tienen como finalidad ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad ... "

... Precisado lo anterior y al descender el presente asunto, la Sala recuerda



que dentro del objeto social de la actora quedaron incluidas todas las labores inherentes al ejercicio de la profesiones de ingeniería y arquitectura, sus diferentes aspectos y modalidades (...)"

Como se puede apreciar en la sentencia que se trae a colación se resuelve la demanda de un oferente por no tenerse en cuenta su propuesta en virtud de que su objeto social no cumplía el objeto del proceso contractual, pero este caso se resolvió teniendo en cuenta que en el objeto social de la actora quedaron incluidas todas las labores inherentes al ejercicio de las profesiones de ingeniería y arquitectura, su diferentes aspectos y modalidades, y fue necesario para el fallador valerse de las definiciones de las profesiones y alcance de las mismas para determinar si se cumplía con el requisito o no.

En tal sentido, el Consejo de Estado tuvo primero que analizar si una de las actividades propias del objeto a contratar, ese ese caso, "restauración de edificaciones" se encontraba o no incluida dentro de las actividades propias de ingeniería y arquitectura, y solo al determinar que en la denominación de estas profesiones se incluía dicha actividad, pudo acceder a la solicitud de la actora.

Contrario a lo anterior, queda claro en la presente invitación No. 010 de 2019, que las actividades de Consultoría y Auditoría son diferentes y que la segunda no se encuentra inmersa en la primera; sin ir muy lejos, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos de consultoría son los "(...) referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.", y claramente no incluye ninguna actividad relacionada con auditoría.

Adicionalmente, y volviendo al ejemplo de la Sentencia del Consejo de Estado 00896 del 14 de febrero de 2018, debe tenerse en cuenta que se falla a favor del actor porque el objeto del proceso de contratación estaba inmerso dentro de las actividades propias del objeto social; diferente situación, respecto de nuestra Invitación No. 010 de 2019, en que el objeto de la invitación no está inmerso dentro de las actividades propias de la consultoría, por cuanto son disciplinas totalmente distintas con especialidades diferentes, habida cuenta que la consultoría tiene un enfoque distinto al de la auditoría.

Es más, todas las actividades que están en los Términos de Condiciones



Contractuales son referentes a la Auditoría.

Por otra parte, no sobra aclarar, que la presentación de la documentación solicitada en la Invitación abierta así como sus aclaraciones son carga del proponente, de conformidad con el principio de transparencia, la Entidad no deberá realizar interpretación alguna de los documentos presentados.

### **De las Causales de Rechazo en los Términos de Condiciones Contractuales**

Los Términos de Condiciones Contractuales es el documento sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, se erige como la hoja de ruta o carta de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual, por consiguiente, todo su contenido es obligatoria para las partes.

Dentro de los Términos de Condiciones Contractuales se estipularon las causales de rechazo descritas en el numeral 11.9. y en el subnumeral 5 se consignó de manera clara que la propuesta se rechazará "Cuando el objeto social no permita y/o no incluya desarrollar el objeto del Contrato a celebrarse", tiene su sustento en la Ley 80 artículo 6 que hace mención de la capacidad para contratar, que sobre lo particular ha señalado el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. En igual sentido: sentencias de 23 de abril de 1992, exp. 6224; 30 de noviembre de 1994, exp. 9652 y 18 de noviembre de 1997, exp. 10.402.

*"(...) [E]s pertinente tener en cuenta que hacen parte integrante del pliego de condiciones no sólo los específicos requisitos y reglas para participar en el correspondiente proceso de selección que fija la entidad pública de acuerdo con sus necesidades y el objeto a contratar, sino también todas aquellas normas legales que constituyen el contenido impuesto por la ley a propósito del proceso de selección, sin que sea menester estipulación de manera expresa en el mismo, pues en su silencio el vacío lo llena precisamente el legislador. Por ejemplo, en tratándose de las causales de rechazo de las propuestas bien pueden estar previstas u originarse directamente en la ley, como sucede, entre otros eventos, con la violación del régimen de inhabilidades (art. 8 de la Ley 80 de 1993, o la ausencia de capacidad art. 6 ibídem); o el ofrecimiento de precios artificialmente bajo (en aplicación del artículo 26 No. 6 de la Ley 80 de 1993); o como se explicará más adelante cuando existan propuestas con precios excesivos o sobrecostos.*

(...)



*Quiere con esto destacar la Sala que las causales de rechazo de las propuestas pueden ser legales y por lo mismo generan el efecto del descarte o exclusión de la oferta ope legis, sin necesidad de que se haga referencia a las mismas en el pliego de condiciones; o también pueden las causales de rechazo de las propuestas ser establecidas expresamente por la entidad en el respectivo pliego de condiciones. Lo cierto es que, sea que las causales de rechazo de la oferta emanen directamente de la ley o del pliego de condiciones, en uno y en otro caso se refieren a defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permiten deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva en la contratación.*

Teniendo en cuenta lo anterior para la presente invitación resulta relevante la consigna de la citada causal de rechazo y darle estricta aplicación, por cuanto que el incumplimiento en esta estipulación contraría el principio de planeación junto con el fin a satisfacer por parte del Patrimonio Autónomo, el cual es la Auditoría Forense e Integral a los procesos de contratación.

En ese orden de ideas y conforme lo argumentado anteriormente, que las actividades descritas en su objeto social deben, por supuesto, permitir la ejecución del objeto de la invitación No. 010 de 2019, para lo cual se requiere justamente, que dentro de las mismas se encuentra la auditoría.