

Señor
JOSÉ ANTONIO ARIZA ALDANA
manager@colectivo.co
diazviloriamp@gmail.com
Ciudad

Asunto: Respuesta a petición Proceso
Licitación LP-CTCI-05-2023.

Reciba un saludo cordial.

De acuerdo con la petición radicada en la entidad en la que “Se solicita a la Entidad explicar el fundamento jurídico para desestimar la presentación de ofertas por parte de personas naturales y se cita la respuesta dada a observación presentada por el COLECTIVO BRAND HACKERS”, **LA CORPORACIÓN** se permite responder de fondo, lo siguiente:

LA CORPORACIÓN TURISMO CARTAGENA DE INDIAS (En adelante **LA CORPORACIÓN** o **CORPOTURISMO**) es una entidad descentralizada indirecta, perteneciente al sector descentralizado del Distrito de Cartagena de Indias, organizada en los términos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 como una entidad sin ánimo de lucro de participación mixta **cuyo régimen de contratación, debe hacerse especial énfasis, es el previsto en el Derecho Privado.**

En esa medida, todos los procesos contractuales que adelanta **CORPOTURISMO** están regidos y orientados por los principios del Derecho Privado, sin que ello implique que en su ejecución no se atiendan los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, los principios del control fiscal previstos en el artículo 267 de la Carta política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades desarrollado en la Ley 80 de 1993, tal como dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Para el caso particular de la licitación LP-CTCI-05-2023, cada una de las reglas previstas en este proceso licitatorio, se tuvo en cuenta **1).** La Constitución Política; **2).** Las normas del Derecho Civil y el Derecho Comercial, así como **3).** El manual de contratación de la entidad, en especial, los numerales que regulan el proceso de licitación privada.

En ese orden, en el artículo 10 del Manual de Contratación de **CORPOTURISMO** está establecido que “La Corporación Turismo procederá a realizar pliego de

condiciones y/o términos de Referencia cuando acuda a la modalidad de selección de licitación privada de conformidad con el numeral 2 del artículo 7 del presente manual de contratación, **la cual se regirá por lo establecido en el artículo 860 del Código de Comercio**". (Énfasis fuera de texto).

En el artículo 860 del Código de Comercio se señala que "en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica **la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás**". (Énfasis fuera de texto).

En efecto, debe destacarse que constituyéndose la licitación privada LP-CTCI-05-2023 como una **licitación privada**, que se rige como es evidente por la normatividad del Derecho Privado (Código Civil y Código de Comercio), la formulación de los requisitos para seleccionar al mejor proponente o la "mejor postura" obedece ante todo a que **CORPOTURISMO** goza de plena libertad y autonomía para definir los criterios que, de acuerdo con su experiencia, considera más favorables y garantistas para la entidad.

En este caso puntual, por factores de idoneidad, aptitud, experiencia y respaldo, los trabajadores de **CORPOTURISMO** encargados de este proceso licitatorio consideraron más eficiente, responsable y efectivo que el proponente seleccionado fuese una empresa o una persona jurídica especializada en estrategias de promoción y pauta paga, pues para cualquier experto en este sector, es una realidad que las empresas pueden obtener mejores resultados en tanto que garantizan más idoneidad, experiencia, respaldo y capacidad técnica, financiera y operativa que una persona natural.

En complemento, la contratación de una empresa o persona jurídica cumpliría de manera más eficiente y efectiva las condiciones y obligaciones que se estipulan en el contrato adjudicado, toda vez que en contraste con la capacidad técnica, financiera y operativa de una persona natural, una empresa podría cumplir mejor con factores de idoneidad, aptitud, experiencia y respaldo para ejecutar un proceso cuyo presupuesto es de **SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/Cte (\$648.207.353 COP) IVA incluido**.

Igualmente, debe agregarse, **CORPOTURISMO** también tuvo en cuenta a aquellas personas naturales que no hacen parte de una empresa y que tienen un interés legítimo en promocionar a la ciudad de Cartagena de Indias como destino nacional e internacional. Por esa razón, tal como se consignó en la respuesta referida en la petición, de acuerdo con el numeral 1 del acápite III "requisitos" (Pág. 20-21) de los Términos de Referencia, la facultad de presentar propuestas en este proceso tuvo dos modalidades:

1. Individual: la cual consiste en la presentación de propuestas individuales, ya sea por parte de una persona jurídica nacional o una persona jurídica extranjera:

2. Conjunta: la cual considera el interés que puede suscitar en este proceso en aquellos agentes o personas naturales que sean profesionales en publicidad y promoción y, en aras de garantizar solidez, respaldo y experiencia, puedan concurrir en esta convocatoria adquiriendo las formas que en este caso se requiere: Unión Temporal o Consorcio.

En consecuencia, **LA CORPORACIÓN** también consideró a las personas naturales en este proceso licitatorio, no obstante, con el propósito de garantizar un estándar aceptable de responsabilidad y debida gestión de riesgos, exigió que aquellas adquirieran una de las formas de asociación que el ordenamiento jurídico prevé para aquellos casos en que los agentes no reúnan las formalidades de Ley para constituir una persona jurídica y se cumpla con unos mínimos de responsabilidad y participación a través de las uniones temporales o los consorcios.

Al respecto, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, es por ello que en los mismos términos de referencia se establecieron las correspondientes reglas para que a través de estas formas de asociación se acudiera a esta convocatoria, no excluyendo a aquellas personas naturales que en conjunto, garantizaran un equipo de trabajo con participación y responsabilidad solidaria. Se cita:

La **CORPORACIÓN** aceptará que la propuesta sea presentada por dos (2) o más personas naturales o jurídicas, que acrediten poseer las calidades enunciadas anteriormente, quienes en forma conjunta deben informar si su participación es a título de Consorcio o Unión Temporal, señalando las reglas básicas que regularán las relaciones entre ellos, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley al respecto.

- I. **Acuerdo de Unión Temporal.** Esta forma asociativa deberá estar conformada a la fecha de cierre de la Invitación, mediante documento suscrito por cada uno de sus miembros, en el cual se establezcan las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes frente al total de la propuesta, el cual no deberá ser inferior al 30%, así mismo se indique la persona que para todos los efectos los representará. Específicamente el Acuerdo deberá contener al menos los dos regímenes que se detallan más adelante.
- II. **Acuerdo Consorcial.** Esta forma asociativa deberá estar conformada a la fecha de cierre de la invitación, mediante documento suscrito por cada uno de sus miembros, en el cual se establezcan las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y sus respectivas responsabilidades dentro del total de la propuesta. También deberá indicarse el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes o partícipes el cual no deberá ser inferior al 30%, frente al total de la

propuesta. Debe indicarse la persona que para todos los efectos los representará.

Tanto el Acuerdo de Unión Temporal como Consorcial deberá contener al menos los dos regímenes que se detallan a continuación:

a. Régimen de Obligaciones

Si la propuesta es presentada en Consorcio o en Unión Temporal, sus integrantes se obligan en forma conjunta y solidaria, tanto en la invitación como en la ejecución del contrato que se llegue a celebrar. En consecuencia, la **CORPORACIÓN** podrá aplicar un régimen de solidaridad tal que podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la convocatoria o del contrato, a cualquiera de los integrantes del Consorcio o de la Unión Temporal, a varios de ellos o a todos.

b. Régimen Sancionatorio

Las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la propuesta y el contrato se impondrán de acuerdo con la participación y las responsabilidades en la ejecución que se haya definido para cada uno.

En consecuencia, se deberán indicar los términos y extensión de la participación y responsabilidades de cada uno de los miembros de la unión temporal y del consorcio, respectivamente, en la propuesta y en la ejecución del contrato, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de **LA CORPORACIÓN**. Los consorcios deberán indicar también el porcentaje de participación de cada partícipe.

c. Cumplimiento

En el caso de la Unión Temporal, si además del porcentaje de participación, ha habido una asignación de actividades y responsabilidades de cada uno de sus miembros y si se presenta un incumplimiento parcial de una actividad asignada a uno de los partícipes, su cumplimiento podrá exigirse a cualquiera.

d. Registro Único Tributario

Si el proponente asociado resultare favorecido con la adjudicación, para efectos de la celebración del contrato y el respectivo pago, deberá constituir el Registro Único Tributario -RUT- del proponente asociado (Consorcio o Unión Temporal).

Ahora bien, vale la pena señalar también que la exigencia de admitir solo dos tipos de proponentes en este proceso atiende de manera efectiva principios cardinales de la contratación estatal, tales como la selección objetiva, la libre concurrencia y la responsabilidad.

Así pues, el Consejo de Estado ha señalado respecto del principio de selección objetiva que su finalidad esencial es escoger la oferta más favorable, excluyendo motivos subjetivos o caprichosos, y aplicando criterios que garanticen la escogencia de la propuesta con mejores factores de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, entre otros. Se cita:

“Consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas (...) Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen –transparencia, economía y responsabilidad- **y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc.**, los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa.

Por lo tanto, el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, **que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad**¹. (Énfasis fuera de texto).

De manera paralela, la adjudicación de este proceso de licitación privada también se ajustó a los rasgos esenciales del principio de libre concurrencia, en especial, porque garantiza la posibilidad de participar a todos aquellos que tengan un interés real en promocionar y posicionar a la ciudad de Cartagena de Indias en un entorno nacional e internacional, toda vez que, como ya se indicó, también se tuvo en cuenta a aquellos actores que no siendo una empresa o haciendo parte

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de mayo de 2012, rad: 7001-23-31-000-1999-00546-01(21489), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

de una, pudiesen asociarse en las formas contempladas en la Ley: como consorcio o unión temporal.

En ese escenario, la Corte Constitucional ha precisado el alcance del Principio de Libre Concurrencia y su correlación el de igualdad, haciendo hincapié en que no es absoluto y admite excepciones siempre que se pretenda asegurar la capacidad, la idoneidad y las calidades profesionales, económicas y financieras del proponente:

“(…) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso de contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que **tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.**

Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión”². (Énfasis fuera de texto).

Lo anterior tiene plena lógica, ya que, en efecto, la imposibilidad de que las personas naturales presenten propuestas individuales en esta licitación privada coincide plenamente con aquella motivación que impulsó al Legislador a incorporar las figuras del consorcio y la unión temporal en la Ley 80 de 1993, toda vez que lo que se pretende (en ambos casos) es evitar mayores costos en la ejecución de actividades, a través de dos figuras que sin reunir las formalidades de Ley para personas jurídicas, garantizan una mayor ventaja comparativa en relación con las personas naturales. Se cita:

“Sobre este aspecto, es importante resaltar que el citado artículo 6° confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 7°.

Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada ‘ventaja comparativa’ ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los

² Corte Constitucional, sentencia C-815 de 2001.

mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsele. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios"³.

Aunado a lo anterior, con la debida aplicación de los principios de selección objetiva y libre concurrencia, también se materializa el cumplimiento del principio de Responsabilidad en tanto que la entidad se obligó a fijar en etapa precontractual aquellas calidades y requisitos que asegurarían la correcta ejecución del objeto que se contrata:

“La oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa’. Así las cosas, ‘tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas’⁴.

Conforme lo expuesto, se ratifica en este punto que la incorporación de los requisitos establecidos en la Licitación LP-CTCI-05-2023 tiene pleno fundamento jurídico en la normatividad referida, en especial, en aquella establecida en el Código de Comercio que habilita a **LA CORPORACIÓN** a fijar aquellos criterios que de acuerdo con su experiencia y rigor considere más favorables y garanticen una mayor ventaja comparativa en la ejecución del contrato.

Igualmente, tal como se evidencia, los requisitos establecidos el numeral 1 del acápite III “requisitos” (Págs. 20-21) de los Términos de Referencia se ajustan plenamente al contenido de los principios de selección objetiva, libre concurrencia y responsabilidad toda vez que las dos modalidades de proponentes habilitados se erigen sobre criterios de idoneidad, capacidad y respaldo, que solo pueden garantizar las empresas (nacionales o extranjeras) o las personas naturales que en conjunto conformen consorcios o uniones temporales.

Bajo esos términos, la segunda solicitud plasmada en la petición **no es de recibo**, por cuanto el respaldo o fundamento normativo solicitado está fehacientemente probada en este escrito y en los fundamentos jurídicos de los términos de referencia LP-CTCI-05-2023.

³ Exposición de motivos, artículo 7 Ley 80 de 1993, Gaceta del Congreso de la República.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 31 de enero de 2011, rad: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), C.P. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

Por lo demás, se ratifica en esta respuesta que **CORPOTURISMO** actuó conforme la normatividad que regula su naturaleza y su régimen de contratación privado, de conformidad con los principios de la función administrativa que han orientado cada una de las etapas de este proceso de licitación, en especial, el debido proceso atendiendo oportunamente las observaciones y solicitudes que la comunidad ha puesto a su consideración.

Cordialmente,

CORPOTURISMO. 