

Bogotá D.C., 2 de Noviembre de 2010

Señor

ENRUIQUE CHARTUNI

Gerente Transcribe S.A.

Cartagena.

Asunto: Solicitud de aclaración y generación de adenda.

Estimado señor Gerente:

RAFAEL ARTURO MONROY USECHE de manera respetuosa acudo a su prolijo despacho en nombre y representación de la sociedad **CILAS EU** con el fin de solicitar se sirva aclarar y/o modificar el numeral 4.4 de los pliegos conforme a la siguiente manifestación:

El numeral 4.4 del contrato establece que se debe certificar que el proponente no ha sido objeto de multas o sanciones.

I. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SOLICITUD

1. Inconstitucionalidad del numeral 4.4.

El artículo 29 Constitucional, prevé:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se



presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.” (Cursiva y Negrillas fuera de texto)

La garantía constitucional del debido proceso dentro de la actuación administrativa, presupone entre otras que quien ha sido objeto de cuestionamiento y sanción por un determinado hecho, no pueda ser nuevamente controvertido por la propia administración pública para imponer consecuencias adversas en razón al mismo hecho por el que ya fue investigado y sancionado, pues con tal accionar se viola el contenido normativo del derecho fundamental del proceso debido y al derecho de la igualdad por la discriminación que de tal hecho se puede desprender, lo cual como habrá de probarse no es propio de un estado social de derecho.

Si bien es cierto, el principio del "non bis in ídem" no es absoluto, ello hace referencia a que pueden aplicarse diversas sanciones, pero de distinta naturaleza, como cuando por un mismo hecho se aplica una sanción de carácter penal por violarse el contenido de dicha normativa y la sanción disciplinaria como consecuencia directa de tal actuar.

Pero lo que no se permite, es que por un reproche de carácter administrativo, como es el caso de las sanciones, multas o incumplimientos contractuales impuestos por la administración pública, sean nuevamente objeto ya de valoración o factor de habilitación o rechazo por la propia administración pública en momento diferente, pues con tal obrar, se estaría juzgando dos veces por el mismo hecho, en contra de lo preceptuado Constitucionalmente.

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto al tema ha manifestado:

“Sobre el particular, la Sala reitera lo que ha sostenido en diversas oportunidades, entre ellas, en sentencia de 29 de noviembre de 2001, (exp. 6075, actor Autos y Camiones de Colombia S.A., consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en cuanto a que la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho, a que alude el artículo 29 de la Constitución Política, no implica considerar que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que no sólo puede dar lugar a una sanción penal, sino a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal),



sino que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza”¹.(Negrillas fuera de texto)

Conforme con este razonamiento, se solicita comedidamente al TRANSCARIBE S.A., se eliminen el numeral anotado, por violar de manera directa el contenido normativo del artículo 29 Constitucional.

2. Ilegalidad del numeral 4.4. del pliego

Al dar lectura de manera integral a las condiciones que tienen que ver con el tema de multas, sanciones y/o incumplimientos contractuales, en ninguna de ellas se hace mención alguna al hecho relevante del ejercicio de la defensa y contradicción que se hubiese realizado por parte de quien fue objeto de la imposición de las mismas, dejando así en igualdad de condiciones a quienes jamás discutieron la legalidad del acto administrativo sancionatorio y a aquellos que sí lo hicieron ya a través de la vía gubernativa o de la vía jurisdiccional y que a la fecha aún no se haya resuelto, pero donde se evidencia la no conformidad con la misma en razón a su no reconocimiento.

Y es que el tema es diametralmente opuesto y las consecuencias jurídicas en uno y otro caso diversas, toda vez, que quien no discutió el razonamiento del acto administrativo mediante el cual se impuso la multa, sanción y/o incumplimiento contractual, demuestra una conducta de reconocimiento de su incumplimiento y por consiguiente al no refutar lo decidido por la administración pública, implica el allanamiento a lo decidido y la carga de asumir la sanción que la misma involucra; por el contrario, quien discute, no acepta ya la multa o sanción y utiliza los mecanismos legales para argumentar el cumplimiento de sus obligaciones -recursos en vía gubernativa o acción en vía jurisdiccional-, realiza un acto de no sometimiento a la voluntad administrativa, bajo el entendido que dicho accionar impide tener como cierta la sanción y/o multa hasta tanto no se decida por el órgano jurisdiccional correspondiente.

La ley 901 de 2004 relativa al saneamiento contable de las entidades y organismos públicos, con base en los informes remitidos por la Contaduría General de la Nación, la Contraloría General de la República o por la autoridad fiscal correspondiente, en las que se involucra necesariamente los saldos a favor de la administración pública en razón a las multas o incumplimientos contractuales ciertos con el Estado, la cual fue promulgada el 27 de julio de 2004 entrando en vigencia en la misma fecha, estableció en los incisos 1º y 2º del párrafo 3º del artículo 2º lo siguiente:

¹ Sentencia 5863 de marzo 14 de 2002 C.E. Sección Primera – C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

"Las entidades estatales para relacionar las acreencias a su favor pendientes de pago deberán permanentemente en forma semestral, elaborar un boletín de deudores morosos, cuando el valor de las acreencias supere un plazo de seis (6) meses y una cuantía mayor a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes. Este boletín deberá contener la identificación plena del deudor moroso, bien sea persona natural o jurídica, la identificación y monto del acto generador de la obligación, su fecha de vencimiento y el término de extinción de la misma.

Las personas que aparezcan relacionadas en este boletín no podrán celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto demuestren la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas o acrediten la vigencia de un acuerdo de pago². (Negrillas fuera de texto)

Esta normativa generó una restricción para contratar con el Estado, dejando un vacío en relación con la certeza de las acreencias u obligaciones de los asociados, situación ésta que fracturaba el derecho de igualdad de los interesados a ofertar con el Estado, respecto de quienes discutían o no, aceptaban o no la voluntad administrativa sancionatoria, por lo que, en ejercicio de la facultad reglamentaria, la Contaduría General de la Nación, expidió la Circular Externa No. 59 de fecha 22/Oct/2004, en la que se establece en el numeral 4.7:

“En todo caso, las acreencias reportadas en el BDME deben ser ciertas, reconocidas en firme a favor del Estado, aceptadas por la persona natural o jurídica, que no estén siendo objeto de discusión en vía gubernativa, en la jurisdicción ordinaria o contencioso, ni en proceso de responsabilidad fiscal.”

Quiere ello decir, que el sancionado al agotar la vía gubernativa inicialmente y posteriormente al instaurar la correspondiente acción ante la jurisdicción, no está aceptando la voluntad de la Administración Pública manifestada en los actos administrativos, que impongan multa o sanción. En lo que hace relación a la DISCUSIÓN, bajo el análisis expuesto y en el entendido que la discusión hace relación directa a que para tal efecto, el reclamante debe encontrarse dentro de los

² Declarado Inexequible mediante Sentencia 1083 de 2005 I - Corte Constitucional M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

términos previstos por la ley para ello, es decir, que no le hubiese caducado o prescrito la acción, es que debe entenderse dicha expresión.

Es claro, que si el Administrado guardó silencio y dejó transcurrir el término previsto para accionar, se allanó indefectiblemente a la posición asumida por la Administración y por consiguiente, ha fenecido la posibilidad de DISCUTIR la legalidad antes cuestionada. Por lo tanto, bajo el juicio de razonabilidad y de comprensión de la norma en comento, la DISCUSIÓN presupone la asunción de una conducta de no acatamiento a lo dispuesto, por parte de quien da una consecuencia determinada a una actuación, situación ésta que se vislumbra, desde el momento mismo en que se instaura los recursos en vía gubernativa y continúa ante la jurisdicción al incoar la acción dentro de los términos previstos legalmente; es decir, que existe una secuencia en la conducta, acorde a la posición inicial de no observancia.

En Sentencia 1083 de 2005 la Corte Constitucional después de un razonamiento de confrontación entre la normativa constitucional del artículo 13 y del inciso 2º del párrafo 3º del artículo 2º de la ley 901 de 2004, determinó la "inexequibilidad de la restricción en la celebración de contratos con el Estado", dejando incólume el contenido de la Circular Externa No. 59 de octubre 22 de 2004, al no haber sido objeto de cuestionamiento alguno dentro del ejercicio de la demanda de inconstitucionalidad. (Negrillas fuera de texto)

Bien podría argumentarse, que conforme a las previsiones del código contencioso administrativo (decreto 01 de 1984), la legalidad de los actos administrativos se presume una vez ejecutoriados; no obstante, en legislación posterior que data del año 2004³ se establece para ello, la certeza de las acreencias y la no discusión ya en vía gubernativa o ante la jurisdicción.

La presente disquisición obedece en el evento en que la administración pública no acoja la eliminación de la condición de ponderación de multas y sanciones, haciendo de esta manera el proceso más equitativo, efectivizando así el principio de equidad y de justicia preconizado desde el preámbulo mismo de la constitución política, como garantía del reconocimiento de los derechos de los asociados en igualdad de condiciones.

3. Violación de la ley anti trámite

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 20. de dicho estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, **salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.**

³ Ley 153 de 1887 ARTÍCULO 20. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

El artículo 8 ibídem estableció un claro y estricto régimen de inhabilidades para adelantar contratos con el estado, veamos su desarrollo:

Artículo 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.
- g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.
- h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.
- i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.



j) Literal adicionado por el art. 18, Ley 1150 de 2007, así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Parágrafo 1º.- La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

Parágrafo 2º.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

Como podrá verse son expresas las condiciones bajo las cuales cualquier proponente es inhábil para contratar, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007. En ese sentido, el numeral 4.4., de manera anti técnica e ilegal se erige en una nueva inhabilidad tácita, que evidentemente viola las previsiones del artículo 1 de la Ley 962 de 2005 que advierte:

Artículo 1º. Objeto y principios rectores. La presente ley tiene por objeto facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, **derechos o cumplimiento de obligaciones** se desarrollen de conformidad con los principios establecidos en los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Carta Política. En tal virtud, serán de obligatoria observancia los siguientes principios como rectores de la política de racionalización, estandarización y automatización de trámites, a fin de evitar exigencias injustificadas a los administrados:

1. Reserva legal de permisos, licencias o requisitos. Para el ejercicio de actividades, **derechos o cumplimiento de obligaciones**, únicamente podrán exigirse las autorizaciones, **requisitos** o permisos que estén previstos **taxativamente en la ley o se encuentren autorizados expresamente por esta**. En tales casos las autoridades públicas no podrán exigir certificaciones, conceptos o constancias.

Las autoridades públicas no podrán establecer trámites, **requisitos** o permisos para el ejercicio de actividades, **derechos o cumplimiento de obligaciones, salvo que se encuentren expresamente autorizados por la ley**; ni tampoco podrán solicitar la presentación de documentos de competencia de otras autoridades. (...)

En ese sentido no es aceptable que TRANSCARIBE S.A establezca requisitos u obligaciones adicionales a las expresamente previstas en la ley, pues sin justificación alguna adiciona una nueva inhabilidad o incumplimiento, que no se encuentra expresamente consagrado en la Ley 80 de 1993.

En ese sentido, no es admisible, que una sociedad que, por ejemplo, ya canceló la multa y que no tiene pago pendiente por este concepto con el Estado, es decir, que cumplió con la sanción impuesta, se le discrimine o se le trate con igual rasero frente a otra que cuenta con una sanción pendiente o que aún no la ha cancelado o aún se encuentra pendiente su cancelación.

En ese derrotero, la sanción derivada de una multa en ningún sentido se le puede considerar como un motivo de inhabilidad, sin embargo de manera ilegal, dicha entidad le está dando este trato. Al advertir que NO CUMPLE un propuesta por haberse presentado una sanción –por más que esta haya sido pagada o cancelada o que inclusive este demandada ante la jurisdicción-, se está estableciendo un requisito o una obligación no prevista en la ley 80 de 1993 o las normas reglamentarias de esta, con lo cual no solo se viola el régimen especial sino el previsto en la Ley 962 de 2005.

SOLICITUD

1. En virtud de lo expuesto solicito a su prolijo despacho disponga la aclaración del Numeral 4.4 de los pliegos en el sentido que se entenderán que NO CUMPLE aquellas empresas que siendo sancionadas y que cuentan con la vía gubernativa agotada aún no han demandado el acto ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ni han cancelado o se encuentran pendiente de cancelar la multa o sanción.
2. En virtud de la solicitud No. 1 se aclarará que los proponentes que hayan demandado ante la jurisdicción las sanciones o multas impuestas y que hayan cancelado la multa, se entenderán que CUMPLEN el contenido de la propuesta. Para ello deberán allegar prueba del auto admisorio de la demanda y constancia de cancelación de la multa o sanción.

Atentamente,



CILAS E.U.
CONSTRUCCIONES E INVERSIONES LOS ALPES E.U.
NIT. 830.512.540-4

RAFAEL ARTURO MONROY USECHE

REP. LEGAL CILAS E.U.

NIT 830.512.540-4

