**RESPUESTA A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA AL PROYECTO DE PRE-PLIEGO DE CONDICIONES DEL PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA – SUBASTA INVERSA NUMERO SUB-096-2024, CUYO OBJETO ES: CONTRATAR A MONTO AGOTABLE EL SUMINISTRO DE FERTILIZANTES PARA FORTALECER LAS PRACTICAS Y EL MANEJO INTEGRADO DE LAS CADENAS PRODUCTIVAS DE LOS PEQUEÑOS PRODUCTORES AGRÍCOLAS, ASOCIADOS E INDIVIDUALES DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

**OBSERVACIÓN 1. PRESENTADA POR INVERSIONES INMOBILIARIAS 2020 S.A.S**

INVERSIONES INMOBILIARIAS 2020 S.A.S

Ibagué, Agosto 28 de 2024

Señores
**Gobernación del Tolima**
Ciudad

**Asunto:** Observación al Proyecto de pliego proceso No. SUB-096-2024

Una vez analizado el documento publicado por la Entidad dentro del proceso de la referencia, me permito realizar la siguiente observación, se evidencia que algunos de los indicadores de capacidad financiera y organizacional establecidos por la entidad se encuentran elevados a los indicadores de las empresas que participan en este sector de mercado.

Solicito a la entidad disminuir los indicadores de capacidad organizacional y financiera con el fin de garantizar los principios de contratación y permitir ampliar la participación de oferentes.

Disminuir RAZON DE COBERTURA mayor o igual 6,20.

Disminuir INDICE DE RENTABILIDAD DEL PATRIMONIO mayor o igual a 0,29

Cordialmente,

JAIME FERNANDO HERNANDEZ OLAYA
Representante Legal

**Respuesta:** Revisada la observación presentada **NO SE ACEPTA,** toda vez que el "Manual para Determinar y Verificar los Requisitos Habilitantes" dado por Colombia Compra Eficiente, a lo cual es prudente recordar que mediante sentencia del 11 de abril de 2019 (exp. 52.055) Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN.) el Consejo de estado declaro nulo solo siguientes apartados del Art. 2.2.1.2.5.2. estándares y documentos tipo del decreto 01823 de 2015 , así:

*"...Artículo 2.2.1.2.5.2. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-Ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:*

1. *Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios.*

*2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios.* ***(Numeral declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019 (exp. 52.055) Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN.)***

*3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación. (Numeral declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019 (exp. 52.055) Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN.)*

*4. Minutas tipo de contratos. (Numeral declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019 (exp. 52.055) Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN.)...".*

Razón por la cual no se puede pregonar una transgresión a un manual el cual no tiene fuerza vinculante en virtud a que fue declarado nulo. No obstante, lo que si es cierto es lo establecido en el mismo cuerpo normativo respecto del deber del análisis de las entidades estatales que señala:

> ***Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales.*** *La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.*

Como se observa la norma en comento no establece pautas concretas sobre la forma como se debe hacer el mismo y menos aún predica que este debe surgir de un muestro, puesto que existe muchas formas de hacer parametrizaciones de los diferentes sectores de nuestra económica, acudiendo a fuente como el Dane, Planeación Nacional, entre michas otras.

No obstante, los criterios financieros dados en el estudio sectorial son acordes a la realidad comercial, puesto que el mismo no solo se extrajo de fuentes directas como muestras de empresas del sector, sino además de las incidencias propias del sector agropecuario.

ANALISIS DE CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL PARA "SUMINISTRO DE FERTILIZANTES PARA FORTALECER LAS PRÁCTICAS Y EL MANEJO INTEGRADO DE LAS CADENAS PRODUCTIVAS DE LOS PEQUEÑOS PRODUCTORES AGRÍCOLAS, ASOCIADOS E INDIVIDUALES DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA"

| | | SAENZ FETY SAS | | SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION | | EXPOGANADOS INTERNACIONAL S.A.S. | | NOVUS DE COLOMBIA LTDA | | Flores Isabelita SAS | | WESTFALIA FRUIT COLOMBIA SAS | | CI TECNICAS BALTIME DE COLOMBIA SA | | DIANA AGRICOLA SAS | | AGRICOLA EL CAIMAN S.A.S. EN | | RIO FERTIL DEL PACIFICO SAS | | C.I. CARGILL DE COLOMBIA LTDA | | C.I. CARGILL DE COLOMBIA LTDA | | C.I. CARGILL DE COLOMBIA LTDA | | PROMEDIO |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| LIQUIDEZ | ACTIVO CORRIENTE | 37.381.613 | 1,37 | 61.969.551 | 1,85 | 32.622.041 | 1,44 | 21.068.466 | 4,39 | 40.966.423 | 1,59 | 20.897.290 | 1,45 | 235.419.522 | 1,32 | 148.054.786 | 1,53 | 4.196.668 | 3,63 | 14.651.004,00 | 2,71 | 150.185.830 | 1,52 | 8.588.100 | 1,42 | 6.939.378 | 1,78 | 2,00 |
| | PASIVO CORRIENTE | 27.202.741 | | 33.573.672 | | 22.682.018 | | 4.801.026 | | 25.686.434 | | 14.374.577 | | 177.701.963 | | 96.629.025 | | 1.156.671 | | 5.399.810,00 | | 99.096.977 | | 6.061.871 | | 3.908.291 | | |
| NIVEL DE ENDEUDAMIENTO | PASIVO TOTAL | 38.598.397 | 0,70 | 140.345.646 | 0,88 | 24.317.456 | 0,74 | 5.403.345 | 0,25 | 28.016.899 | 0,60 | 22.702.910 | 0,51 | 270.371.807 | 0,64 | 120.074.437 | 0,69 | 1.366.332 | 0,15 | 26.538.020,00 | 0,67 | 101.007.001 | 0,63 | 7.724.505 | 0,65 | 5.833.591 | 0,84 | 0,61 |
| | ACTIVO TOTAL | 55.530.885 | | 159.776.617 | | 32.748.128 | | 21.427.815 | | 46.584.760 | | 44.270.267 | | 423.881.254 | | 173.856.368 | | 9.364.522 | | 39.434.147,00 | | 160.402.485 | | 11.915.583 | | 6.972.126 | | |
| RAZON DE COBERTURA DE INTERES | UTILIDAD OPERACIONAL | 6.405.631 | 2,09 | 3.880.718 | INDETER | 1.905.626 | INDETER | 448.399 | INDETER | 9.862.991 | 2,86 | 3.561.957 | 4,65 | 23.178.166 | 1,01 | 21.240.523 | 2,33 | 492.391 | 137,50 | 1.622.602,00 | 0,77 | 12.062.832 | 0,96 | 5.101.668 | 3,25 | 1.311.582 | 0,98 | 15,64 |
| | GASTOS DE INTERES | 3.067.990 | | - | | - | | - | | 3.447.965 | | 765.769 | | 22.917.238 | | 9.130.473 | | 3.581 | | 2.104.410,00 | | 12.550.512 | | 1.568.893 | | 1.331.949 | | |
| | | | | | | | | | | - | | - | | - | | - | | - | | | | | | | | | | |
| RETABILIDAD DEL PATRIMONIO | UTILIDAD OPERACIONAL | 6.405.631 | 0,38 | 3.880.718 | 0,20 | 1.905.626 | 0,23 | 448.399 | 0,03 | 9.862.991 | 0,53 | 3.561.957 | 0,165 | 23.178.166 | 0,151 | 21.240.523 | 0,395 | 492.391 | 0,062 | 1.622.602 | 0,126 | 12.062.832 | 0,203 | 5.101.668 | 1,217 | 1.311.582 | 1,152 | 0,37 |
| | PATRIMONIO | 16.932.488 | | 19.430.971 | | 8.430.672 | | 16.024.470 | | 18.567.861 | | 21.567.357 | | 153.509.447 | | 53.781.931 | | 7.968.190 | | 12.896.127 | | 59.395.484 | | 4.191.078 | | 1.138.535 | | |
| RENTABILIDAD DEL ACTIVO | UTILIDAD OPERACIONAL | 6.405.631 | 0,12 | 3.880.718 | 0,02 | 1.905.626 | 0,09 | 448.399 | 0,02 | 9.862.991 | 0,21 | 3.561.957 | 0,080 | 23.178.166 | 0,055 | 21.240.523 | 0,122 | 492.391 | 0,053 | 1.622.602 | 0,041 | 12.062.832 | 0,075 | 5.101.668 | 0,428 | 1.311.582 | 0,188 | 0,13 |
| | ACTIVO TOTAL | 55.530.885 | | 159.776.617 | | 32.748.128 | | 21.427.815 | | 46.584.760 | | 44.270.267 | | 423.881.254 | | 173.856.368 | | 9.364.522 | | 39.434.147 | | 160.402.485 | | 11.915.583 | | 6.972.126 | | |

La información financiera aquí plasmada fue tomada de sistema integrado de información societaria SIIS- reportes bajo NIIF de la superintendencia de sociedades para la vigencia 2021, en la actividad económica CIIU 4620 - Comercio al por mayor de materias primas agropecuarias; animales vivos, de allí se toma una muestra de 13 empresas, donde se análisis de cada uno de los indicadores de financieros y de capacidad organizacional y al finalizar se establece un promedio de todos ellos.

Además, es de recordar que las Entidades Públicas gozan de cierta discrecionalidad administrativa al momento de estructurar sus pliegos, los cuales deben perseguir los fines requeridos por la entidad, este precepto no solo se debe analizar desde la óptica del operador o colaborador, sino además desde la óptica de la entidad y la necesidad que se pretende satisfacer.

Si la entidad, como es el caso, cuenta con amplios recursos para garantizar estándares de ejecución técnico ampliamente calificado, pues debe en aras a la ejecución de los proyectos hacer uso de estos preceptos. Valores que están intrínsicamente estructurados en los presupuestos oficiales, en la medida que estos disponen de la calidad y cantidad de lo que se requiere.

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración.

Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable.

De que la Entidad goza de autonomía en la elaboración de los pliegos de condiciones de acuerdo con sus particulares necesidades, lo cual significa que esta está enmarcada en los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de deben ser congruentes con ellos y

comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella.

Así mismo ha explicado en el Consejo De Estado[1], que la configuración del pliego de condiciones constituye un paradigmático ejemplo útil a efecto de ilustrar la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohijando la Sala[2], partiendo de diferenciar entre las denominadas definiciones "materiales" o "positivas" de dicha figura y las catalogadas como "formales" o "negativas" de la misma, en cuanto las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley, lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto.

Para las segundas, por su parte las definiciones catalogadas como "formales" o "negativas" el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el *objeto* de la facultad misma y el *cómo* ella debe ser ejercida esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión, sino la *forma* en la cual se configura la *forma* en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas parcialmente por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera *libre*, eligiendo *cualquiera* de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que –supuestamente, según estas posturas– todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de *indiferentes jurídicos*[3].

---

[1] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431.

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001032600019950307401; Expediente número: 13074; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 11001032600019971350300.

[3] Entre tales definiciones formales o negativas de la discrecionalidad puede darse cuenta, en la doctrina alemana, de la propuesta por Martín Bullinger, autor a cuyo entender la discrecionalidad se configura como un margen de autodeterminación de la Administración frente a los demás poderes públicos ¾legislativo y judicial¾, por manera que la facultad discrecional comporta un «*margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada*». Cfr. BULLINGER, Martín, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en *La Ley*, 1.831, 30 de octubre de 1987, Madrid, p. 896. En España, entre muchos otros autores quienes se decantan por esta postura ¾claramente mayoritaria en dicho país¾ que concibe la discrecionalidad como un *"margen de libertad de decisión"* ¾Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 15ª edición,

Empero, esta Sala ha justificado ya por qué razón tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden la consagración constitucional de la entera actividad administrativa a la satisfacción del interés general prevista, en el ordenamiento colombiano, de forma expresa, en el artículo 209 superior, sino que no encajan adecuadamente en el diseño de un Estado Social y Democrático de Derecho si se tiene en cuenta que, al atribuir *libertad de elección* a la Administración.

Es por ello que los indicadores financieros y operacionales no se modificaran en la medida que son equivalentes y proporcionales a la naturaleza, valor, plazo y actividades del presente proceso, anexamos cuadro de análisis.

Ibagué, 28 de agosto de 2024.

**FERNANDO BORJA SÁNCHEZ**
Secretario de Desarrollo Agropecuario y Producción Alimentaria
Ordenador del Gasto

---

Trivium, Madrid, 1993, p. 317¾ conferido a la Administración por parte del legislador y, por tanto, inmune al control jurisdiccional, puede citarse la definición propuesta por Luciano Parejo Alfonso, quien considera que la discrecionalidad *«consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad»*, dentro del cual *«pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho aplicable»*. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121. En similar sentido, en la doctrina francesa, la definición de René Chapus. Cfr. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tomo I, 15ª edición, Montchrestien, París, 2001, p. 1056. También Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que *«el ejercicio de una potestad discrecional permite (...) una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho (...). La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración»*. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 455-456 y 460-461. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, José Luis. y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo,* II, cit., p. 26, afirman que *«potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrictamente regulados por la Ley. Frente a ello, la potestad discrecional se caracteriza por no tener los presupuestos de su ejercicio o su contenido predeterminados por la ley dejando su libre determinación a la Administración Pública»*. Por similares derroteros marcha el concepto que propone María José Alonso Más, para quien *«podemos definir la discrecionalidad como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso (...), de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas»*. Cfr. ALONSO MÁS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1998, p. 223.