RESOLUCIÓN NÚMERO 4468

(29 DE JULIO DE 2020)

Por medio de la cual se Adjudica el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía SAMC-00-004-2020

EL SUBDIRECTOR DE GESTIÓN DE RECURSOS FISICOS DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

En uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por la ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, Decreto Reglamentario 1082 de 2015, Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008 y Resolución de Delegación 005282 del 19 de julio de 2019 y

C O N S I D E R A N D O

Que mediante Resolución No. 003400 del 24 de junio de 2020, el **SUBDIRECTOR DE GESTIÓN DE RECURSOS FISICOS** de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**, ordenó la apertura del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía SAMC-00-004-2020 que tiene por objeto "Contratar a precios unitarios fijos las obras de adecuación, mantenimiento y reparación de la sede de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Arauca".

Que el presupuesto oficial para el proceso de Selección de Abreviada de Menor Cuantía, incluido el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), (A.I.U) Administración Imprevistos y Utilidad y demás impuestos, tasas, contribuciones de carácter nacional y/o municipales legales, costos directos e indirectos es hasta la suma de **OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO TRES PESOS ($ 869.999.103) MCTE**, con cargo al Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 25020 de 2 de abril de 2020,expedido por la Coordinación de Presupuesto de la Subdirección de Gestión de Recursos Financieros de LA DIAN.

Que el Pliego de Condiciones Definitivo del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía SAMC-00-004-2020 y demás documentos, así como el Acto que ordena la apertura del Proceso, fueron publicados en el Sistema Electrónico para la Contratación Publica (SECOP II) a partir del 24 de junio de 2020.

Que en la hora y fecha prevista para el cierre del proceso de selección y presentación de ofertas en el SECOP II, establecido para el 10 de julio de 2020 a las 9:00 am, se dejo constancia de la presentación de cuatro (4) propuestas a saber:

Referencia de oferta	Entidad	Evaluación	Presentada
IPEMO SAMC-00-004-2020	IPEMO	Oferta en evaluación	9/07/2020 10:09 PM
PROPUESTA CONSORCIO MANTENIMIENTOS ER 2020	CONSORCIO MANTENIMIENTOS ER 2020	Oferta en evaluación	9/07/2020 8:57 PM
DIAN 004 BROKA	BROKA S.A.S	Oferta en evaluación	9/07/2020 8:41 PM
SAMC-00-004-2020Contratar a precios unitarios fijos las obras de adecuación, mantenimiento y reparación de la sede d Selección abreviada menor cuantía	CONSORCIO INGEVAR	Oferta en evaluación	9/07/2020 7:44 PM

Que el Comité Evaluador rindió su informe de verificación y ponderación de las ofertas, arrojando un consolidado inicial, el cual fue puesto a disposición de los oferentes en el Portal Único de contratación (SECOP II), el día 15 de julio de 2020, para su verificación y presentación de observaciones, durante el término estipulado en el cronograma de la Plataforma de SECOP II.

El resultado del Informe Preliminar de Evaluación fue el siguiente:

I. Verificación de requisitos habilitantes y de ofrecimiento técnico

No.	PROPONENTE	CAPACIDAD JURÍDICA	CAPACIDAD FINANCIERA	CAPACIDAD DE ORGANIZACION	EXPERIENCIA DEL PROPONENTE	EXPERIENCIA ACREDITADA ESPECIFICA	REQUERIMIENTOS TECNICOS (ANEXO TECNICO)	RESULTADO
A	CONSORCIO INGEVAR	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO HABILITADO
B	BROKA SAS	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	HABILITADO
C	CONSORCIO MANTENIMIENTOS ER 2020	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO HABILITADO
D	IPEMO	NO CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO HABILITADO

II. Ponderación de las ofertas habilitadas

No.	PROPONENTE	6.1.1. PONDERACIÓN ECONOMICA	6.1.2. PONDERACION ELEMENTOS DE CALIDAD)	6.1.3. Estímulo a la industria nacional colombiana.	RESULTADO
A	BROKA SAS	50	40	10	*100*

III. Orden de elegibilidad

No.	PROPONENTE
A	BROKA SAS

Que durante el término de traslado del informe de verificación de requisitos habilitantes y de ponderación de las propuestas, esto es, desde el 15 de julio de 2020 hasta el 23 de julio de 2020, los oferentes presentaron observaciones por la opción de mensajes de la plataforma SECOP II, las cuales fueron objeto de análisis por parte del Comité Técnico, respuestas publicadas en la Plataforma de SECOP II .

Que el análisis y respuesta a las observaciones presentadas es el siguiente:

1. **OBSERVACIÓN PRESENTADA POR IVAN PEÑA** ***(17/07/2020 11:07:09 AM(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)***

1.1. Observación:

En el informe de evaluación la DIAN nos inhabilita jurídicamente por no presentar el registro mercantil para personas naturales que ejercen como profesión liberal.

Conforme a esto, en el Anexo no. 5 Pliego de Condiciones numeral 5.1.1.2 se estableció: “El Oferente PERSONA NATURAL NACIONAL debe presentar copia de la cedula de ciudadanía y en el evento en que se encuentre obligada a la inscripción como comerciante adjuntar el certificado de matrícula mercantil, expedido por la Cámara de Comercio respectiva expedida dentro de los 30 días calendarios anteriores a la fecha definitiva del cierre del proceso. Esta copia también debe ser presentada por el representante legal del proponente, cuando se trate de persona jurídica, consorcio o unión temporal”. (Subrayado/Negrilla fuera del texto)

Sobre el pliego de condiciones el Consejo de Estado ha dicho “El pliego de condiciones es ley para las partes.” “Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular, no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como “la ley del contrato”. Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las

especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato.

En derecho no puede afirmarse, como piensan algunos, que toda empresa, esto es, toda actividad económica organizada es mercantil, teniendo en cuenta la simple forma organizada de la actividad, independientemente del objeto de la misma. Porque el derecho del país sigue siendo rígidamente objetivo y para efectos de aplicar las leyes comerciales o las leyes meramente civiles no es del caso distinguir entre empresarios y no empresarios, sino entre comerciantes y no comerciantes, según que se desarrollen profesionalmente o no actos calificados o calificables como de comercio. Por lo cual puede hablarse de empresas comerciales y de empresas meramente civiles, ya que tanto los actos mercantiles como los que no tienen esa calidad pueden ser desarrollados en forma organizada."

Concepto de Colombia compra eficiente respecto a:

CONTRATACIÓN CON PERSONA NATURAL – PROFESIÓN LIBERAL
Tema: Persona natural que desarrolla profesión liberal – Requisito de contratación estatal. Documento: Concepto 4201813000005027 de mayo 08 de 2018. Entidad: Colombia Compra Eficiente.

Se deberán inscribir en el registro mercantil quienes realizan alguna actividad comercial definida por el Código de Comercio. En este sentido, deben matricularse ante la Cámara de Comercio todas las personas naturales que realicen en forma permanente o habitual actividades mercantiles. La matrícula mercantil es un medio de identificación y da publicidad a la condición de comerciante, de tal forma que no se deberá realizar el registro por el simple hecho de participar en un Proceso de Contratación. En consecuencia, si la persona natural no tiene la calidad de comerciante no deberá contar con registro mercantil, como sucede con aquellas personas que ejercen profesiones liberales. En ese orden, las Entidades Estatales pueden contratar con personas naturales sin registro mercantil, sin embargo, debe verificar las condiciones del proponente a través del certificado del RUP emitido por la Cámara de Comercio respectiva. (Subrayado/Resaltado fuera del texto)

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia de mayo 16 de 1999, manifestó "a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de comercio definen lo que debe entenderse por "profesionales liberales", del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, confrontando los conceptos de "profesión" y de "arte liberal" y de acuerdo con la concepción tradicional que se ha tenido de aquel concepto, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico." La misma Corporación, en sentencia del 15 de agosto de 1.997, señaló: "De conformidad con el numeral 5º del artículo 23 del Código de Comercio, la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, no son mercantiles y no se pierde tal carácter con el hecho de que los mismos se realicen a través de una unidad económica organizada, pues el artículo 20 de la misma obra no cataloga como mercantiles a la prestación de servicios por un grupo de profesionales, ni porque se realice a través de una unidad económica organizada, lo que significa, que independientemente del medio que se utilice para prestar los servicios profesionales si estos corresponden a las profesiones liberales, no son mercantiles." (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado en la jurisprudencia relacionada en el numeral 3.4 en cuanto a que "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, no son mercantiles y no se pierde tal carácter con el hecho de que los mismos se realicen a través de una unidad económica organizada", las personas naturales que ejerzan profesiones liberales no pueden catalogarse como comerciantes, y, por tanto, no tienen el deber de matricularse en el registro mercantil. Por el contrario, las personas jurídicas conformadas por profesionales liberales que dentro de sus actividades realicen de manera profesional y permanente actos de comercio, serán comerciales y por tanto deberán cumplir con la obligación de inscripción en el registro mercantil. En consecuencia, es importante señalar que no se debe confundir la obligación de los comerciantes de inscribirse en el registro mercantil -artículo 19 del Código de Comercio- con la que tienen las personas jurídicas o naturales que ejercen profesiones liberales como la ingeniería civil o la arquitectura que deseen contratar con el Estado de inscribirse en el Registro Único de Proponentes –RUP- de conformidad con lo establecido en los artículos 6 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015 y de inscribir los contratos para efectos de acreditar experiencia en el objeto a contratar vgr. Contratos de obra. (Negrillas fuera del texto)

Finalmente, no sobra aclarar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 y el Artículo 4 del decreto 856 de 1994, quienes aspiren a celebrar con el Estado, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, están en obligación legal de inscribirse, clasificarse y calificarse en el Registro Único de Proponentes. Al respecto, se debe anotar que la obligación de inscribirse en dicho registro (Registro Único de Proponentes-RUP) es independiente de la obligación del comerciante persona natural o jurídica de matricularse en el registro mercantil, en virtud del deber establecido en el artículo 19 del Código de Comercio.

Resulta entonces evidente que exigir registro mercantil a las personas naturales que legalmente no están obligadas a tenerlo conforme lo señala el código de comercio, como es el caso de los profesionales liberales que no ejercen en forma permanente o habitual actividades consideradas como mercantiles, es contrario y violatorio de la Ley, discrimina y limita el proceso solo a quienes ostentan la calidad de comerciantes, lo que es una clara violación al derecho de igualdad y libre concurrencia.

NOTA: Contratos que he realizado como persona natural- profesión liberal para la DIAN
- 025-004-2005
- 025-015-2005

Procesos que he presentados como persona natural-profesión liberal para la DIAN
- Samc-00-006-2019

PETICION: solicito a la DIAN que se habilite jurídicamente nuestra oferta en lo referente a proponente con profesión liberal. Lo anterior es con el fin de dar cumplimiento a la normatividad y jurisprudencia en la contratación pública en cuanto a aspectos habilitantes. De lo contrario la DIAN estaría obrando en contra de las leyes de contratación como también de los lineamientos de Colombia Compra eficiente y esto sería causal de revocatoria del proceso licitatorio.

1.2. Análisis y respuesta de la Entidad

En atención a la observación presentada, la Entidad se permite aclarar que el Pliego de Condiciones es claro en establecer los requisitos que deben cumplir los proponentes dentro del proceso SAMC-00-004-2020, para participar en el mismo. Por cuanto para la Entidad es claro que el pliego de condiciones es ley para las partes.

Conforme a esto, y en lo relacionado específicamente con la matricula mercantil la Entidad estableció en el numeral 5.1.1.2:

> *"El Oferente PERSONA NATURAL NACIONAL debe presentar copia de la cedula de ciudadanía y en el evento en que se encuentre obligada a la inscripción como comerciante adjuntar el certificado de matrícula mercantil, expedido por la Cámara de Comercio respectiva expedida dentro de los 30 días calendarios anteriores a la fecha definitiva del cierre del proceso. Esta copia también debe ser presentada por el representante legal del proponente, cuando se trate de persona jurídica, consorcio o unión temporal".*

Indicando en el "evento" de que se encuentre obligado, por cuanto la presunción de encontrarse obligado esta condicionado a la actividad económica que ejecute el proponente, no a su condición de empresario, sino a la **actividad económica**, que como bien se ha definido por el código de comercio es ésta la que define si una persona esta obligada o no a obtener la matricula mercantil, independiente de que en su condición ejerza una profesión de mera liberalidad.

Requisito solicitado en el Pliego de Condiciones, teniendo presente el objeto y naturaleza del contrato a ejecutar mediante el proceso de selección abreviada de menor cuantía SAMC-00-004-2020, que tiene por objeto: "*Contratar a precios unitarios fijos las obras de adecuación, mantenimiento y reparación de la sede de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Arauca".*

Objeto que como ya se ha hecho mención en la respuesta a las observaciones y a los requerimientos efectuados y en torno a este tema, corresponde a una actividad mercantil conforme lo establece el articulo 20 del Código de Comercio al definir los actos, operaciones y empresas mercantiles y señalar que los contratos regulados por la ley mercantil son actos mercantiles, tal y como ocurre con los contratos estatales donde de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, que trata de la normatividad aplicable a los contratos estatales, señala que los contratos estatales se regirán por las disposiciones

comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Teniendo presente además que el contrato de obra no está considerado como un contrato de prestación de servicios de conformidad con lo indicado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, y no le es aplicable la excepción contenida en el numeral 5 del artículo 23 del Código de Comercio que define como actos no comerciales "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales".

Posición que la Entidad dejo en claro desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones y que reitero en la respuesta a las observaciones del proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo, y que enfatizo en la publicación definitiva de este. Aclaraciones que hacen parte del pliego de condiciones, por ello en los mismos se recomienda leer cuidadosamente el pliego de condiciones, anexos, adendas, y respuesta a observaciones o solicitudes de aclaración, antes de elaborar la propuesta. Dichos documentos fueron debidamente publicados en la Plataforma de Colombia Compra Eficiente para el conocimiento de todos los interesados en el proceso.

Ahora bien, la Entidad desde su etapa de planeación ha tenido en cuenta las normas, conceptos y jurisprudencia aplicables en torno a este tema:

- **Decreto 410 de 1971 Titulo II Articulo 20**

Son mercantiles para todos los efectos legales:

1. *La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;*
2. *La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;*
3. *El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;*
4. *La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda*, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;*
5. *La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;*
6. *El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;*
7. *Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;*
8. *El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;*
9. *La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;*
10. *Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;*
11. *Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;*
12. *Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;*
13. *Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;*
14. *Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;*
15. ***Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;***
16. *Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;*
17. *Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;*
18. *Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y*
19. *Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.*

- **Decreto 410 de 1971 Titulo II Articulo 23**

No son mercantiles:

1. *La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;*
2. *La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;*
3. *Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;*
4. *Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y*
5. *La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.*

- **Sentencia del 16 de mayo de 1991 del Consejo de Estado:**

"…De conformidad con las normas transcritas y con lo expuesto al principio de éste escrito, los entes camerales tienen a su cargo el registro mercantil, en el cual debe inscribirse entre otras cosas las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, entendiendo que las personas que ejercen profesionalmente el comercio son los comerciantes (definidos por el artículo 10 de Código de Comercio – artículo previamente transcrito), como también los establecimientos de comercio, definidos por la norma en el artículo 515 del Código de Comercio. Teniendo claro, cuales son los actos que se inscriben en el registro mercantil, es necesario traer a colación que la norma también nos establece que no se inscribirán en éste las personas que no ejerzan actividades mercantiles (artículo 23 Ibidem), estando entre éstas las que prestan servicios inherentes a profesiones liberales…"

"…A pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse por "profesiones liberales", del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, confrontando los conceptos de "profesión" y de "arte liberal" y de acuerdo con la concepción tradicional que se ha tenido de aquel concepto, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico.

La referencia que hace el ordinal 14 del artículo 20 del Código de Comercio a "las demás (empresas) destinadas a la prestación de servicios", no debe entenderse, como lo hace la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de comprender absolutamente todas las empresas destinadas a la prestación de servicios, sino que deben lógicamente entenderse excluidos aquellos servicios que por otras normas son expresamente exceptuados de la naturaleza mercantil, como es el caso precisamente de "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales", de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 23 del Código de Comercio, ***salvo lógicamente, que el servicio inherente a la profesión liberal esté, a su vez, tipificado en otra de las actividades o empresas que el artículo 2º del Código de Comercio califica expresamente de mercantiles.***

Para la Sala tampoco es cierto, como lo sostiene la superintendencia en la motivación de los actos acusados, que el carácter no mercantil de "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales" dependa de la forma de dicha prestación, de tal manera que si se presta a través de una empresa, como organización económica, o por medio de una sociedad, ello implique que adquiere el carácter comercial, ya que la norma excepcional contenida en el ordinal 5º del artículo 23 del Código de Comercio no hace ninguna distinción al respecto y, según un principio generalmente aceptado, si la ley no hace distinción, no le es permitido hacerla al intérprete".

- **Acuerdo 31 de 1991**

El artículo 46 del Acuerdo 31 de 1992 establece:

"El parágrafo del artículo 9 del Acuerdo 21 de 1983 quedará así: "Para efectos del gravamen de industria, comercio y avisos se define como actividad de profesión liberal aquella actividad regulada por el Estado, desarrollada por una persona natural que haya obtenido un título académico, otorgado por institución docente autorizada, que acredite conocimientos y estudios y habilite para el ejercicio de la profesión a que se refiere y **en cuya ejecución predomine el intelecto".**

- ***Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución 57783 del 31 de mayo de 2013.***

La Superintendencia de Industria y Comercio señalo:

*"(…) Así las cosas, quienes ejerzan exclusivamente profesiones liberales no pueden matricularse en el registro mercantil como comerciantes, al no ejercer actos de comercio de manera profesional (…)" Así las cosas y ya aterrizando los conceptos esbozados al caso concreto, se tiene que las personas que ejercen sus actividades, en las que predomina el ejercicio del intelecto y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico, tales como abogado, médico, contador, etc. no están en la obligación de inscribirse en el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio. Ahora bien, si estás personas tienen un conjunto de bienes organizados para realizar los fines de la empresa vr.gr. establecimiento de comercio, deben de registrarlos en el registro mercantil, toda vez que estos establecimientos de comercio, si están en la obligación de ser registrados ante los entes camerales, **lo mismo que en caso de desarrollar actividades que estén calificadas como mercantiles**" (subayado fuera de texto)*

- **Decreto número 3032 de 2013**

El artículo 1° del Decreto número 3032 de 2013 define la profesión liberal en los siguientes términos:

"Profesión liberal: Se entiende por profesión liberal, toda actividad personal en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere:

1. *Habilitación mediante título académico de estudios y grado de educación superior; o habilitación Estatal para las personas que sin título profesional fueron autorizadas para ejercer.*

2. *Inscripción en el registro nacional que las autoridades estatales de vigilancia, control y disciplinarias lleven conforme con la ley que regula la profesión liberal de que se trate, cuando la misma esté oficialmente reglada.*

Se entiende que una persona ejerce una profesión liberal cuando realiza labores propias de tal profesión, independientemente de si tiene las habilitaciones o registros establecidos en las normas vigentes" (Negrilla fuera de texto)

De las normas y jurispruencia citada, se concluye que las profesiones liberales corresponden a una actividad personal en la cual predomina el ejercicio del intelecto, y que por ende una persona ejerce una profesión liberal cuando realiza labores propias de tal profesión, por ello y en cuanto a la forma de ejercerla, esta debe hacerse directamente, es decir en forma personal por quien reúne todas las condiciones y características expresadas, porque es la persona que realiza la actividad quien efectivamente ejerce la profesión.

Por ello, es dable entender que para el contrato de obra que se pretende ejecutar no opera la figura de profesión liberal, ya que al ser un contrato de obra éste será desarrollado por otras personas en el ejercicio de sus actividades (equipo de trabajo) lo que puede denominarse componente material, en donde el proponente no ejercerá de manera personal y directa la ejecución del mismo, como sucede por ejemplo en contratos de prestación de servicios, en donde se contrata intuito personae a un profesional para el desarrollo de un contrato en donde impera el componente intelectual más no el material.

Para el caso en concreto y esbozando con lo ya previamente expuesto, se concluye que la prestación de servicios personales mediante el ejercicio de profesiones liberales debe involucrar la prestación directa de una actividad, labor o trabajo por una persona natural, que se concreta en

una obligación de hacer y en la que predomina el ejercicio del intelecto, como se desprende de una lectura conjunta de los artículos 329 del Estatuto Tributario y 1° del Decreto número 3032 de 2013.

Por ello, adicionalmente y teniendo presente que la actividad de construcción es considerada por la legislación vigente, la jurisprudencia y la doctrina como una actividad de naturaleza comercial, se reitera que no es posible tratar equiparar la prestación de servicios inherentes a profesiones liberales a una actividad relacionada con la ejecución de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones.

En relación con las causales de rechazo, se precisa que la Entidad estableció de manera especifica en el pliego de condiciones las causales de rechazo en su numeral 5.4 del Pliego de Condiciones en aras fijar reglas justas y objetivas, ciñéndose además a lo dispuesto en el parágrafo 1° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, que a tenor reza: "…*La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura Contratación o al Proponente, no necesarios para la comparación de las Propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"*. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las Entidades Estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del Informe de Evaluación que corresponda a cada Modalidad de Selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima Cuantía y para el Proceso de Selección a través del Sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos Proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la Entidad Estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Conforme a esto, puede apreciarse que durante la verificación de las propuestas la Entidad de manera oportuna requirió a los proponentes mediante mensaje en la Plataforma de Colombia Compra Eficiente SECOP II con la finalidad de solicitar los documentos faltantes para aquellos casos en donde no afectaban la asignación de puntaje y de esta forma no rechazar por la ausencia de requisitos derivada de la falta de documentos referentes a la contratación sin previo requerimiento y oportunidad de subsanar.

Sin embargo, y una vez recibidos los documentos y aclaraciones por parte de los proponentes en los términos establecidos en el cronograma del proceso, el Comité Evaluador da lugar a su revisión y procede a rechazar las ofertas de aquellos Proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la Entidad Estatal hasta el plazo anteriormente señalado, es decir hasta el vencimiento plazo del traslado del informe de evaluación.

1.2.1. **Conclusión de la Entidad.**

La Entidad no acepta la observación.

2. OBSERVACIÓN PRESENTADA POR CONSORCIO INGEVAR *(23/07/2020 2:43:02 PM(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)*

2.1.Observación:

REGISTRO MERCANTIL PERSONAS NATURALES:

Si bien la entidad en respuesta pasada me respondió a mi requerimiento respecto a la obligación de REGISTRO MERCANTIL del integrantes JESUS VARGAS RODRIGUEZ , si se mira el pliego respecto a ello la entidad dice ;

5.1.1.2. COPIA DE LA CÉDULA DE CIUDADANÍA.

El Oferente PERSONA NATURAL NACIONAL debe presentar copia de la cedula de ciudadanía y en el evento en que se encuentre obligada a la inscripción como comerciante adjuntar el certificado de matrícula mercantil, expedido por la Cámara de Comercio respectiva expedida dentro de los 30 días calendarios anteriores a la fecha definitiva del cierre del proceso. Esta copia también debe ser presentada por el representante legal del proponente, cuando se trate de persona jurídica, consorcio o unión temporal.

Como esta resaltado la entidad no fue claro ni objetivo al decir fue que en el evento de que se encuentre obligado deberá presentarlo, lo cual es un yerro en los pliegos de la entidad en ser subjetivo con este requerimiento, los pliegos son la ley entre las partes pero lo contraproducente del caso es que al entidad no emito leyes claras en sus apartes generando confusión .

Me permito compartir la normativa y pronunciamientos aplicables a este respecto:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209) una vez fijados los criterios de selección y sus mecanismos de ponderación ellos no sólo vinculan a los participantes, sino a la propia entidad estatal, quien viene así a autorregular, entre otros aspectos, su actividad de estudio y evaluación de las propuestas para determinar aquella que sea más favorable para los fines de la contratación que persigue en determinado proceso, lo cual excluye, de suyo, cualquier discrecionalidad en la aplicación o no de los mismos o en la asignación de los puntajes y las fórmulas o en la manera o forma que para este efecto ella misma consagró, conducta que pugna con el deber de selección objetiva de que trata el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, no le es dable a la administración apartarse de lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo expresamente regulado a este respecto, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicialmente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo, pues ello se contrapone a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso.

Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación (No. 1º), y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos "cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos" (No.

3). CONSEJO DE ESTADO.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006), Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041).- a) La carga de claridad y precisión en la elaboración de las reglas en los pliegos de condiciones y su obligatoriedad.

Se recuerda también que el numeral de 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, consagró las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia por violación a las mismas y del control de legalidad por parte del juez por vía de las acciones correspondientes; y además, que las cláusulas confusas o pobres serán interpretadas en contra de la administración, por ser quien las elaboró.
CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006), Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01 (16041).- 4.1.3. La validez de la consagración en los pliegos de disminución del puntaje por este aspecto. " …puede apartarse relativamente de las exigencias puramente formales en materia de presentación, de allí porqué, el pliego de condiciones constituya el punto común de referencia, que la entidad contratante considera esencial, así cada propuesta pueda diferir en asuntos de detalle o de pura forma, que se reitera, en tanto no comprometan la parte sustantiva de la propuesta, no permiten descalificarla apriorísticamente, o considerarla alejada del querer de la entidad demandante manifestado inequívocamente en los pliegos de condiciones que gobiernan el proceso de selección..."

¬Esta regla que desarrolla el principio de economía y el deber de selección objetiva, manifestación de que lo sustantivo debe primar sobre lo formal en el proceso de formación de la contratación, ha de entenderse que hace referencia a documentos o requisitos que resulten superfluos o intrascendentes desde el punto de vista del juicio comparativo de favorabilidad que debe adelantar la administración, de tal suerte que no puede aducirse su ausencia para desestimar ofertas, lo cual constituye una garantía adicional de la igualdad de oportunidades.

En esta línea de pensamiento, resulta claro ,el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la Administración, en la medida en que el oferente adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular, en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley o deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada.

Una vez presentada las oferta no le es dable a la entidad apartarse de lo que consigno en el para la calificación de las propuestas e ir mas allá de lo expresamente regulado en el proceso , o inventarse reglas como el caso puntual por no tener registro mercantil la persona natural de profesión liberal no contemplado inicialmente en los pliegos , para luego imponerlos en la etapa de la evaluación , pues ello contrapone claramente los principios y leyes de contratación , y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso y pone entredicho la parcialidad del comité evaluador.

Por ende solicito que sea habilitado respecto a este punto.

2.1.1. Análisis y respuesta de la Entidad

En atención a la observación presentada, la Entidad se permite aclarar que el Pliego de Condiciones es claro en establecer los requisitos que deben cumplir los proponentes dentro del proceso SAMC-00-004-2020, para participar en el mismo. Por cuanto para la Entidad es claro que el pliego de condiciones es ley para las partes.

Conforme a esto, y en lo relacionado específicamente con la matricula mercantil la Entidad estableció en el numeral 5.1.1.2:

> *"El Oferente PERSONA NATURAL NACIONAL debe presentar copia de la cedula de ciudadanía y en el evento en que se encuentre obligada a la inscripción como comerciante adjuntar el certificado de matrícula mercantil, expedido por la Cámara de Comercio respectiva expedida dentro de los 30 días calendarios anteriores a la fecha definitiva del cierre del proceso. Esta copia también debe ser presentada por el representante legal del proponente, cuando se trate de persona jurídica, consorcio o unión temporal".*

Indicando en el "evento" de que se encuentre obligado, por cuanto la presunción de encontrarse obligado esta condicionado a la actividad económica que ejecute el proponente, no a su condición de empresario, sino a la **actividad económica**, que como bien se ha definido por el código de comercio es ésta la que define si una persona esta obligada o no a obtener la matricula mercantil, independiente de que en su condición ejerza una profesión de mera liberalidad.

Requisito solicitado en el Pliego de Condiciones, teniendo presente el objeto y naturaleza del contrato a ejecutar mediante el proceso de selección abreviada de menor cuantía SAMC-00-004-2020, que tiene por objeto: "*Contratar a precios unitarios fijos las obras de adecuación, mantenimiento y reparación de la sede de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Arauca".*

Objeto que como ya se ha hecho mención en la respuesta a las observaciones y a los requerimientos efectuados y en torno a este tema, corresponde a una actividad mercantil conforme lo establece el articulo 20 del Código de Comercio al definir los actos, operaciones y empresas mercantiles y señalar que los contratos regulados por la ley mercantil son actos mercantiles, tal y como ocurre con los contratos estatales donde de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, que trata de la normatividad aplicable a los contratos estatales, señala que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Teniendo presente además que el contrato de obra no está considerado como un contrato de prestación de servicios de conformidad con lo indicado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, y no le es aplicable la excepción contenida en el numeral 5 del artículo 23 del Código de Comercio que define como actos no comerciales "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales".

Posición que la Entidad dejo en claro desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones y que reitero en la respuesta a las observaciones del proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo, y que enfatizo en la publicación definitiva de este. Aclaraciones que hacen parte del pliego de condiciones, por ello en los mismos se recomienda leer cuidadosamente el pliego de condiciones, anexos, adendas, y respuesta a observaciones o solicitudes de aclaración, antes de elaborar la propuesta. Dichos documentos fueron debidamente publicados en la Plataforma de Colombia Compra Eficiente para el conocimiento de todos los interesados en el proceso.

Ahora bien, la Entidad desde su etapa de planeación ha tenido en cuenta las normas, conceptos y jurisprudencia aplicables en torno a este tema:

- **Decreto 410 de 1971 Titulo II Articulo 20**

Son mercantiles para todos los efectos legales:

20. *La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;*
21. *La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;*
22. *El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;*
23. *La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda*, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;*
24. *La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;*
25. *El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;*
26. *Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;*
27. *El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;*
28. *La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;*
29. *Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;*
30. *Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;*
31. *Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;*
32. *Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;*
33. *Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;*
34. ***Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;***
35. *Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;*
36. *Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;*
37. *Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y*
38. *Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.*

- **Decreto 410 de 1971 Titulo II Articulo 23**

No son mercantiles:

6. *La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;*

7. *La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;*

8. *Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;*

9. *Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y*

10. *La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.*

- **Sentencia del 16 de mayo de 1991 del Consejo de Estado:**

"…De conformidad con las normas transcritas y con lo expuesto al principio de éste escrito, los entes camerales tienen a su cargo el registro mercantil, en el cual debe inscribirse entre otras cosas las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, entendiendo que las personas que ejercen profesionalmente el comercio son los comerciantes (definidos por el artículo 10 de Código de Comercio – artículo previamente transcrito), como también los establecimientos de comercio, definidos por la norma en el artículo 515 del Código de Comercio. Teniendo claro, cuales son los actos que se inscriben en el registro mercantil, es necesario traer a colación que la norma también nos establece que no se inscribirán en éste las personas que no ejerzan actividades mercantiles (artículo 23 Ibidem), estando entre éstas las que prestan servicios inherentes a profesiones liberales…"

"…A pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse por "profesiones liberales", del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, confrontando los conceptos de "profesión" y de "arte liberal" y de acuerdo con la concepción tradicional que se ha tenido de aquel concepto, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico.

La referencia que hace el ordinal 14 del artículo 20 del Código de Comercio a "las demás (empresas) destinadas a la prestación de servicios", no debe entenderse, como lo hace la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de comprender absolutamente todas las empresas destinadas a la prestación de servicios, sino que deben lógicamente entenderse excluidos aquellos servicios que por otras normas son expresamente exceptuados de la naturaleza mercantil, como es el caso precisamente de "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales", de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 23 del Código de Comercio, ***salvo lógicamente, que el servicio inherente a la profesión liberal esté, a su vez, tipificado en otra de las actividades o empresas que el artículo 2º del Código de Comercio califica expresamente de mercantiles.***

Para la Sala tampoco es cierto, como lo sostiene la superintendencia en la motivación de los actos acusados, que el carácter no mercantil de "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales" dependa de la forma de dicha prestación, de tal manera que si se presta a través de una empresa, como organización económica, o por medio de una sociedad, ello implique que adquiere el carácter comercial, ya que la norma excepcional contenida en el ordinal 5º del artículo 23 del Código de Comercio no hace ninguna distinción al respecto y, según un principio generalmente aceptado, si la ley no hace distinción, no le es permitido hacerla al intérprete".

- **Acuerdo 31 de 1991**

El artículo 46 del Acuerdo 31 de 1992 establece:

"El parágrafo del artículo 9 del Acuerdo 21 de 1983 quedará así: "Para efectos del gravamen de industria, comercio y avisos se define como actividad de profesión liberal aquella actividad regulada por el Estado, desarrollada por una persona natural que haya obtenido un título académico, otorgado por institución docente autorizada, que acredite conocimientos y estudios y habilite para el ejercicio de la profesión a que se refiere y **en cuya ejecución predomine el intelecto".**

- ***Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución 57783 del 31 de mayo de 2013.***

La Superintendencia de Industria y Comercio señalo:

> *"(…) Así las cosas, quienes ejerzan exclusivamente profesiones liberales no pueden matricularse en el registro mercantil como comerciantes, al no ejercer actos de comercio de manera profesional (…)" Así las cosas y ya aterrizando los conceptos esbozados al caso concreto, se tiene que las personas que ejercen sus actividades, en las que predomina el ejercicio del intelecto y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico, tales como abogado, médico, contador, etc. no están en la obligación de inscribirse en el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio. Ahora bien, si estás personas tienen un conjunto de bienes organizados para realizar los fines de la empresa vr.gr. establecimiento de comercio, deben de registrarlos en el registro mercantil, toda vez que estos establecimientos de comercio, si están en la obligación de ser registrados ante los entes camerales,* ***lo mismo que en caso de desarrollar actividades que estén calificadas como mercantiles****" (subayado fuera de texto)*

- **Decreto número 3032 de 2013**

El artículo 1° del Decreto número 3032 de 2013 define la profesión liberal en los siguientes términos:

> *"Profesión liberal: Se entiende por profesión liberal, toda actividad personal en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere:*
>
> 3. *Habilitación mediante título académico de estudios y grado de educación superior; o habilitación Estatal para las personas que sin título profesional fueron autorizadas para ejercer.*
>
> 4. *Inscripción en el registro nacional que las autoridades estatales de vigilancia, control y disciplinarias lleven conforme con la ley que regula la profesión liberal de que se trate, cuando la misma esté oficialmente reglada.*
>
> ***Se entiende que una persona ejerce una profesión liberal cuando realiza labores propias de tal profesión, independientemente de si tiene las habilitaciones o registros establecidos en las normas vigentes"*** (Negrilla fuera de texto)

De las normas y jurispruencia citada, se concluye que las profesiones liberales corresponden a una actividad personal en la cual predomina el ejercicio del intelecto, y que por ende una persona ejerce una profesión liberal cuando realiza labores propias de tal profesión, por ello y en cuanto a la forma de ejercerla, esta debe hacerse directamente, es decir en forma personal por quien reúne todas las condiciones y características expresadas, porque es la persona que realiza la actividad quien efectivamente ejerce la profesión.

Por ello, es dable entender que para el contrato de obra que se pretende ejecutar no opera la figura de profesión liberal, ya que al ser un contrato de obra éste será desarrollado por otras personas en el ejercicio de sus actividades (equipo de trabajo) lo que puede denominarse componente material, en donde el proponente no ejercerá de manera personal y directa la ejecución del mismo, como sucede por ejemplo en contratos de prestación de servicios, en donde se contrata intuito personae a un profesional para el desarrollo de un contrato en donde impera el componente intelectual más no el material.

Para el caso en concreto y esbozando con lo ya previamente expuesto, se concluye que la prestación de servicios personales mediante el ejercicio de profesiones liberales debe involucrar la prestación directa de una actividad, labor o trabajo por una persona natural, que se concreta en una obligación de hacer y en la que predomina el ejercicio del intelecto, como se desprende de una lectura conjunta de los artículos 329 del Estatuto Tributario y 1° del Decreto número 3032 de 2013.

Por ello, adicionalmente y teniendo presente que la actividad de construcción es considerada por la legislación vigente, la jurisprudencia y la doctrina como una actividad de naturaleza comercial, se reitera que no es posible tratar equiparar la prestación de servicios inherentes a profesiones

liberales a una actividad relacionada con la ejecución de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones.

En relación con las causales de rechazo, se precisa que la Entidad estableció de manera especifica en el pliego de condiciones las causales de rechazo en su numeral 5.4 del Pliego de Condiciones en aras fijar reglas justas y objetivas, ciñéndose además a lo dispuesto en el parágrafo 1° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, que a tenor reza: "…*La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura Contratación o al Proponente, no necesarios para la comparación de las Propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"*. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las Entidades Estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del Informe de Evaluación que corresponda a cada Modalidad de Selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima Cuantía y para el Proceso de Selección a través del Sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos Proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la Entidad Estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Conforme a esto, puede apreciarse que durante la verificación de las propuestas la Entidad de manera oportuna requirió a los proponentes mediante mensaje en la Plataforma de Colombia Compra Eficiente SECOP II con la finalidad de solicitar los documentos faltantes para aquellos casos en donde no afectaban la asignación de puntaje y de esta forma no rechazar por la ausencia de requisitos derivada de la falta de documentos referentes a la contratación sin previo requerimiento y oportunidad de subsanar.

Sin embargo, y una vez recibidos los documentos y aclaraciones por parte de los proponentes en los términos establecidos en el cronograma del proceso, el Comité Evaluador da lugar a su revisión y procede a rechazar las ofertas de aquellos Proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la Entidad Estatal hasta el plazo anteriormente señalado, es decir hasta el vencimiento plazo del traslado del informe de evaluación.

2.1.2. **Conclusión de la Entidad.**

La Entidad no acepta la observación.

3. OBSERVACIÓN PRESENTADA POR CONSORCIO INGEVAR *(23/07/2020 2:43:02 PM(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)*

3.1.Observación:

Con respecto a proceso de adquirir firmeza la ley es clara que el proponente puede adjuntarlo un día antes del acto de adjudicación, por ello adjunto el RUP con los indicadores que se encuentre en proceso de adquirlo con estados financieros 2019.

3.1.1. Análisis y Respuesta de la Entidad.

En análisis de la observación presentada, la Entidad se permite aclarar que el articulo 5 de la Ley 1882 de 2018 establece que para que el contenido actualizado del RUP pueda ser tenido en cuenta por la Entidad Estatal es necesario que adquiera firmeza dentro del termino de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para la Selección Abreviada por Subasta Inversa, tal como lo establece el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

Conforme a esto, para que el contenido actualizado del RUP pueda ser tenido en cuenta por la Entidad Estatal es necesario que adquiera firmeza dentro del termino de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, situación que NO se materializa para el presente caso:

FECHA	ACTUACION
9 de julio de 2020	Renovación RUP de Jesús Enrique Vargas Rodríguez (integrante Consorcio Ingevar)
23 de julio de 2020	No aporto RUP en firme al Termino traslado Informe de evaluación

El RUP del proponente no adquirió firmeza dentro del termino de traslado del informe de evaluación.

3.1.2. Conclusión de la Entidad

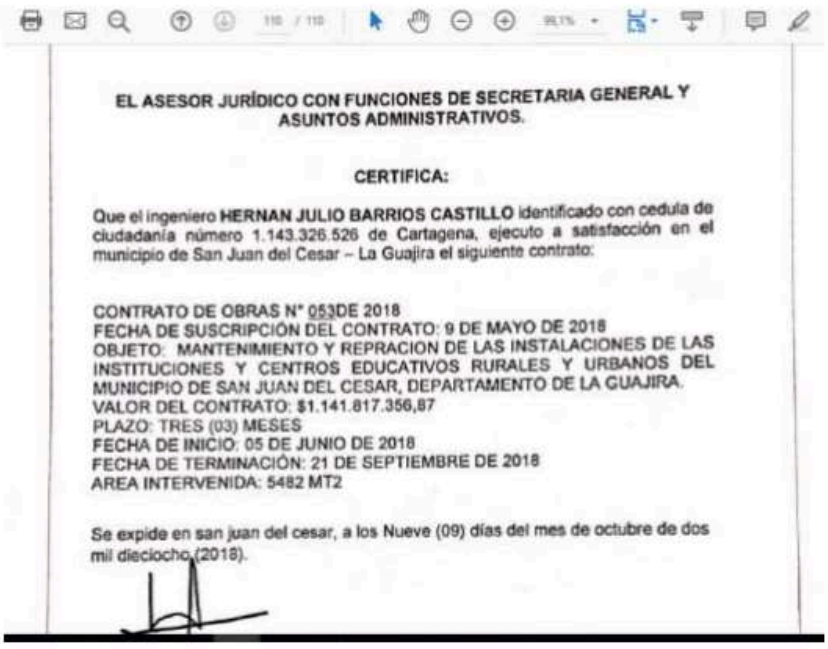
El RUP del proponente NO adquirió firmeza dentro del termino de traslado del informe de evaluación.

4. OBSERVACIÓN PRESENTADA POR CONSORCIO INGEVAR *(23/07/2020 2:43:02 PM(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)*

4.1. Observación:

RESPECTO PROPONENTE BROKA

Revisando la experiencia del proponente el cual aporta en el contrato a certificar No 3 con el Municipio de San Juan del Cesar la siguiente certificación:



EL ASESOR JURÍDICO CON FUNCIONES DE SECRETARIA GENERAL Y ASUNTOS ADMINISTRATIVOS.

CERTIFICA:

Que el ingeniero **HERNAN JULIO BARRIOS CASTILLO** identificado con cedula de ciudadanía número 1.143.326.526 de Cartagena, ejecuto a satisfacción en el municipio de San Juan del Cesar – La Guajira el siguiente contrato:

CONTRATO DE OBRAS N° 053DE 2018
FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO: 9 DE MAYO DE 2018
OBJETO: MANTENIMIENTO Y REPRACION DE LAS INSTALACIONES DE LAS INSTITUCIONES Y CENTROS EDUCATIVOS RURALES Y URBANOS DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CESAR, DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA.
VALOR DEL CONTRATO: $1.141.817.356,87
PLAZO: TRES (03) MESES
FECHA DE INICIO: 05 DE JUNIO DE 2018
FECHA DE TERMINACIÓN: 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018
AREA INTERVENIDA: 5482 MT2

Se expide en san juan del cesar, a los Nueve (09) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Ahora esta lo que cabe la sospecha de una posible arreglo de la certificación ya que como esta en el acta tiene una fecha de terminación del 21 de septiembre de 2018 el cual la certificación esta es a nombre de uno de los socios de la empresa BROKA SAS que es el señor HERNAN JULIO BARRIOS , y dicha empresa revisando el RUES fue creada y matriculada en la cámara el día 5 de junio de 2018 como lo muestra el reporte RUES;



Clasificación UNSCP | Información Contratos, Multas y Sanciones | Noticias

Acto	Noticia	Fecha	Hora
RENOVACIÓN	RENOVACION DEL PROPONENTE	20200611	170424
ACTUALIZACIÓN DE DATOS	ACTUALIZACION DEL PROPONENTE	20190712	104538
ACTUALIZACIÓN DE DATOS	ACTUALIZACION DEL PROPONENTE	20190704	080101
ACTUALIZACIÓN DE DATOS	ACTUALIZACION DEL PROPONENTE	20190607	084321
ACTUALIZACIÓN DE DATOS	ACTUALIZACION DEL PROPONENTE	20190514	170858
RENOVACIÓN	RENOVACION DEL PROPONENTE	20190301	101043
INSCRIPCIÓN	INSCRIPCION DEL PROPONENTE	20180605	143059

Lo que queda la duda es si bien el decreto 1082 de 2015 permite cuando una empresa es nueva adquirir la experiencia de sus socios EJECUTADA Y TERMINADA en este caso tomo la experiencia del socio mencionado, pero el inconveniente es como hizo la nueva empresa para certificar una experiencia de este contrato siendo que la certificación de experiencia 3 dice que se terminó el 21 de septiembre de 2018 mucho después de creada y registrada en la cámara BROKA SAS, para certificar la experiencia de sus socios cuando se va a crear y registrar en la cámara la experiencia tiene experiencia en estado de EJECUTADA Y TERMINADA POR SUS SOCIOS , caso que extrañamente para el caso certifico una experiencia ante la cámara que no se había terminado es mas solo tenía una día de lapso entre la creación de la empresa y la fecha de inicio expresada en este documento , por lo cual no aplica para este contrato en mención poder adquirir la experiencia de sus socios. Por ende solicito a la entidad aclarar este posible inconveniente porque se puede estar presentando una falsedad en documentos público en la cual también se puede ver afectada la entidad.

4.1.1. Análisis de la Entidad

En atención a la observación presentada, la Entidad procedió a solicitar al proponente Broka Construcciones e Interventorías SAS mediante mensaje publicado en la Plataforma de Colombia Compra Eficiente el día 27 de julio de 2020 para aclarar los argumentos expuestos por el proponente Consorcio Ingevar en cuanto a la certificación referente al Contrato No. 053 de 2018 celebrado con el Municipio de San Juan del Cesar, presentada para acreditar la experiencia especifica.

El proponente Broka Construcciones e Interventorías SAS mediante mensaje en la Plataforma de Colombia Compra Eficiente el día 27 de julio de 2020 presento las explicaciones del caso en los siguientes términos:

> "…*Solicita la entidad aclaremos respecto de la certificación aportada del Contrato 053 de 2018, registrado en nuestro RUP, en razón que el proponente INGEVAR, sospecha de un posible arreglo de la certificación ya que como está en el acta tiene una fecha de terminación del 21 de septiembre de 2018 el cual la certificación esta es a nombre de uno de los socios de la empresa BROKA SAS que es el señor HERNAN JULIO BARRIOS, y dicha empresa revisando el RUES fue creada y matriculada en la cámara el día 5 de junio de 2018 como lo muestra el reporte RUES.*
>
> *Piensa el observante que existe una presunta falsedad en la certificación de experiencia de nuestro socio mencionado, toda vez que dice que se terminó el 21 de septiembre de 2018 mucho después de creada y registrada en la cámara BROKA SAS, y para certificar la experiencia de sus socios cuando se va a crear y registrar en la cámara la experiencia tiene experiencia en estado de EJECUTADA Y TERMINADA POR SUS SOCIOS, caso que extrañamente para el caso se certificó una experiencia ante la cámara que no se había terminado es mas solo tenía una día de lapso entre la creación de la empresa y la fecha de inicio expresada en este documento, y por tal razón considera que no aplica para este contrato en mención poder adquirir la experiencia de sus socios.*
>
> *Ante la posición del observante, es imprescindible dejar patente de lo irresponsable e irrespetuosa de las insinuaciones del observante, las cuales rechazamos con vehemencia; este proceder evidencia el gran desconocimiento al respecto, y además de ello, suele suceder, que quien las hace, se las imagina. A continuación, aclaramos la situación:*
>
> *El Decreto 1082 de 2015 numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2, establece que, para la inscripción en el RUP de una persona jurídica, si su constitución es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes y la finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal.*
>
> *Es pertinente tener presente que esta situación fue ratificada por la Superintendencia de Sociedades en el oficio 220- 199376 del 5 de septiembre de*

2017 donde expresamente esta entidad dijo: "Conforme a lo anterior, y considerando que la experiencia es una "práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo", sería dable en principio suponer, que no puede ser transferida a otra persona natural o jurídica; sin embargo, la ley como excepción estableció, que si el término de constitución de la sociedad es inferior a 3 años, puede presentar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes. Es decir que, excepcionalmente, una sociedad de reciente constitución puede acreditar como propia aquella experiencia adquirida por sus "accionistas, socios o constituyentes", sean estos personas naturales o jurídicas, pues no existe restricción alguna sobre el particular, como tampoco la hay para quienes suscriben el contrato de sociedad, y como reza el principio general de interpretación jurídica, donde la norma no distingue, no corresponde al intérprete hacerlo.

En aplicación a esta norma nació el 5 de junio de 2018 nuestra sociedad BROKA SAS, la cual se nutre de la experiencia de sus socios durante los tres primeros años de su existencia. Significa ello que en vigencia esos 3 años, la experiencia con la que cuenten los socios al momento del nacimiento a la vida jurídica de la sociedad y aquellas que vayan adquiriendo en este tiempo, se traslada a la nueva sociedad.

En el presente caso, se inscribieron los contratos ejecutados con los que contaban nuestros socios al momento del nacimiento de nuestra SAS, y obviamente para esa época resultaba imposible la inscripción del Contrato 053 de 2018 ejecutado por uno de nuestros socios HERNAN JULIO BARRIOS, toda vez que como bien lo afirma el observante se terminó de ejecutar el día 21 de septiembre de 2018. Sin embargo, en la renovación del RUP de nuestra SAS realizada el día 7 de junio de 2019, se realizó la inclusión de esta experiencia adquirida por uno de nuestros socios, y es la razón por la cual en nuestro RUP aparece esta experiencia; y puede ser verificada por la respectiva cámara de comercio si así lo consideran"

El Comité Evaluador en revisión de la respuesta presentada por el proponente Broka Construcciones e Interventorias SAS, encuentra que el mismo da claridad frente al requerimiento efectuado por parte del proponente Consorcio Ingevar, en cuanto el Decreto 1082 de 2015 establece que para la inscripción en el RUP de una persona jurídica, si su constitución es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes, siendo La finalidad de esta norma permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal.

Sumado a esto, El Comité Evaluador procedió a verificar la información en la pagina web de la Camara de Comercio de Valledupar https://ccvalledupar.org.co/consulta-virtual-de-expedientes/. Para el efecto es dable tener presente que la DIAN como Entidad pública presume la buena fe de los particulares en sus actuaciones y máxime cuando las Cámaras de Comercio se encargan de hacer la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribir, renovar o actualizar su información en el RUP.

4.1.2. Conclusión de la Entidad.

La Entidad al revisar las razones expuestas las considera claras y objetivas y por lo tanto se mantiene la evaluación realizada al proponente Broka Construcciones e Interventorias SAS.

Que teniendo en cuenta las observaciones a los informes preliminares, la Entidad publico el informe consolidado de evaluación definitivo y lo publico en la plataforma de SECOP II.

El consolidado final y orden de elegibilidad definitivo fue el siguiente:

No.	PROPONENTE	CAPACIDAD JURIDICA	CAPACIDAD FINANCIERA	CAPACIDAD DE ORGANIZACION	EXPERIENCIA DEL PROPONENTE	EXPERIENCIA ACREDITADA ESPECIFICA	REQUERIMIENTOS TECNICOS (ANEXO TECNICO)	RESULTADO
A	CONSORCIO INGEVAR	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	RECHAZADO
B	BROKA CONSTRUCCIONES E INTERVENTORIAS SAS	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	HABILITADO
C	CONSORCIO MANTENIMIENTOS ER 2020	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	RECHAZADO
D	IVAN PEÑA MONRROY (PEMO)	NO CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	RECHAZADO

II. Ponderación de las ofertas habilitadas

No.	PROPONENTE	6.1.1. PONDERACIÓN ECONOMICA	6.1.2. PONDERACION ELEMENTOS DE CALIDAD)	6.1.3. Estímulo a la industria nacional colombiana.	RESULTADO
A	**BROKA CONSTRUCCIONES E INTERVENTORIAS SAS**	50	40	10	*100*

III. Orden de elegibilidad

No.	PROPONENTE
A	**BROKA CONSTRUCCIONES E INTERVENTORIAS SAS**

Que el proponente Ivan Peña Monrroy (IPEMO), no presento matricula mercantil dentro del termino de traslado de evaluación, configurando causal de rechazo conforme lo establecido en el numeral 5.4.3 "*Cuando el Oferente **NO** subsane los requisitos de verificación habilitantes que le sean requeridos por el **COMITÉ EVALUADOR**, dentro del término de traslado del Informe de Evaluación, bien sea porque no entrega la información o documentos requeridos, o porque acredita circunstancias ocurridas con posterioridad al Cierre del Proceso de Contratación (Art.5, L.1882/2018).*

Que Jesus Enrique Vargas integrante del Consorcio Ingevar no presento dentro del termino de traslado de evaluación matricula mercantil, ni RUP en firme conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, configurando causal de rechazo conforme lo establecido en el numeral 5.4.3 "*Cuando el Oferente **NO** subsane los requisitos de verificación habilitantes que le sean requeridos por el **COMITÉ EVALUADOR**, dentro del término de traslado del Informe de Evaluación, bien sea porque no entrega la información o documentos requeridos, o porque acredita circunstancias ocurridas con posterioridad al Cierre del Proceso de Contratación (Art.5, L.1882/2018).*

Que el Proponente Consorcio Mantenimientos ER 2020, no presento dentro del termino de traslado de evaluación el RUP en firme conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, configurando causal de rechazo conforme lo establecido en el numeral 5.4.3 "*Cuando el Oferente **NO** subsane los requisitos de verificación habilitantes que le sean requeridos por el **COMITÉ EVALUADOR**, dentro del término de traslado del Informe de Evaluación, bien sea porque no entrega la información o documentos requeridos, o porque acredita circunstancias ocurridas con posterioridad al Cierre del Proceso de Contratación (Art.5, L.1882/2018).*

Que, de conformidad con lo anterior, mediante acta del 28 de julio de 2020, el Comité Evaluador y dentro de sus competencias, **RECOMENDÓ** al **SUBDIRECTOR DE GESTIÓN DE RECURSOS FISICOS DE LA UAE-DIAN, ADJUDICAR** el proceso de Selección Abreviada de menor Cuantía SAMC-00-004-2020, cuyo objeto es el "Contratar a precios unitarios fijos las obras de adecuación, mantenimiento y reparación de la sede de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Arauca**"** de conformidad con las especificaciones, características y condiciones señaladas en el Pliego de Condiciones, aclaraciones, anexos, a la oferta presentada por el **PROPONENTE BROKA CONSTRUCCIONES E INTERVENTORIAS SAS** con **NIT. 901167911-0,** representada legalmente por **CARLOS ANDRES NARVAEZ GONZALEZ**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.065.634.367, hasta por la suma de ($**844.464.649,19**) **OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS,** incluido el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), (A.I.U) Administración Imprevistos y Utilidad, y demás impuestos, tasas, contribuciones de carácter nacional y/o municipal legal, costos directos e indirectos a que haya lugar y de conformidad con lo establecido en los numerales 3.7 "Valor del Contrato" y 5.3 "oferta económica", del Anexo No. 5 Pliego de Condiciones.

Que lo anterior, en consonancia con el principio de economía cuya finalidad es reducir los costos de la contratación y permitir que las normas de los procedimientos contractuales se interpreten de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos en la Ley.

Que, en mérito de las anteriores consideraciones y en uso de sus facultades legales que le fueron otorgadas mediante Resolución de Delegación No.005282 del 19 de julio de 2019, el

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN DE RECURSOS FISICOS de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con base en los informes de verificación de requisitos habilitantes y ponderación de las propuestas habilitadas y acogiendo la recomendación del comité evaluador.

R E S U E L V E:

ARTÍCULO PRIMERO: ADJUDICAR el proceso de **Selección Abreviada de Menor Cuantía SAMC-00-004-2020, que tiene por objeto "**Contratar a precios unitarios fijos las obras de adecuación, mantenimiento y reparación de la sede de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Arauca" a la sociedad **BROKA CONSTRUCCIONES E INTERVENTORIAS SAS** con **NIT. 901.167.911-0,** representada legalmente por **CARLOS ANDRES NARVAEZ GONZALEZ**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.065.634.367 hasta por la suma de ($**844.464.649,19**) **OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS** incluido el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), (A.I.U) Administración Imprevistos y Utilidad, y demás impuestos, tasas, contribuciones de carácter nacional y/o municipal legal, costos directos e indirectos, por cumplir con todos los requisitos exigidos y por no tratarse de un ofrecimiento artificialmente bajo que ponga en riesgo el proceso ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR de forma personal o por aviso según lo ordenado en el artículo 66 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a la sociedad **BROKA CONSTRUCCIONES E INTERVENTORIAS SAS**, a través de la representante legal, el señor **CARLOS ANDRES NARVAEZ GONZALEZ**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.065.634.367 o quien haga sus veces, en la siguiente dirección: CALLE 12 B No. 19 e -40 BARRIO GARUPAL en la ciudad de Valledupar Cesar.

ARTÍCULO TERCERO: PUBLICAR el presente acto administrativo en la plataforma del SECOP II, para conocimiento de los demás interesados, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la expedición del presente acto, por parte de la Coordinación de Contratos de la Subdirección de Gestión de Recursos Físicos, en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP II, cuyo sitio web es: **https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticePhases/View?PPI=CO1.PPI.8029409&isFromPublicArea=True&isModal=False.**

ARTÍCULO: CUARTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO QUINTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., 29 DE JULIO DE 2020

CAMILO OCTAVIO CONTRERAS BRAVO
Subdirector de Gestión de Recursos Físicos

Aprobó: Ana Sofia Martinez Castro / Jefe Coordinación de Contratos (A)

Proyectó: Diana Milena Romero Castro / Coordinación de Contratos