

Bogotá, 4 de mayo de 2021

Señores

**Agencia Nacional de Infraestructura**

Calle 26 No. 59 – 51 y/o Calle 24 A No. 59-42 Torre 4. Piso 2.

Oficina de Correspondencia.

Vía correo electrónico: [app001@ani.gov.co](mailto:app001@ani.gov.co)

Estimados señores:

Por medio de la presente, de acuerdo con la oportunidad prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-001-2020 (el “Pliego”), nos referimos al documento denominado “Observaciones al Informe Preliminar” y “Observaciones al Informe de Verificación y Evaluación Preliminar”, presentado este último por la EP Rutas del Valle, publicado por la ANI el pasado 27 de abril de 2021, en el que se formulan algunos comentarios a la oferta (la “Oferta”) presentada dentro de dicho proceso por Sacyr Concesiones Colombia S.A.S. (“Sacyr”).

En particular, hacemos referencia a las siguientes observaciones,

### **1. Cupo de Crédito Específico.**

Se señala que el Cupo de Crédito Específico presentado por Sacyr no cumple con lo previsto en la Sección 4.3.6 (c) del Pliego, la cual establece que:

*“Quienes no hayan resultado Adjudicatarios podrán revocar el Cupo de Crédito Específico luego de la Adjudicación bajo las siguientes condiciones:*

*(i) Quienes quedaren en segundo lugar podrán revocar el Cupo de Crédito Específico únicamente después del perfeccionamiento del Contrato de Concesión con el respectivo Adjudicatario.*

*(ii) Los demás Oferentes distintos del Adjudicatario y de quienes quedaren en segundo lugar, podrán revocar el Cupo de Crédito Específico una vez publicada la resolución de Adjudicación.*

La pretendida contradicción supuestamente se debe a que el Cupo de Crédito Específico emitido por el Banco Santander y presentado por Sacyr señala lo siguiente, en la parte relevante:

*“Este cupo estará vigente por un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la fecha de cierre de la Licitación Pública y/o hasta que se realicen los Giros de Equity de que trata la sección 4.6 de la Parte Especial del Contrato de Concesión.*

*En caso de que el beneficiario del cupo de crédito no resulte adjudicatario (ya sea como Proponente individual o como miembro de Estructura Plural) de la Licitación Pública No VJ-VE-APP-IPB-001-2020, el cupo de crédito perderá su vigencia”.*

En consecuencia, el citado documento parece dar a entender que al disponer el Cupo de Crédito Específico que perderá vigencia si Sacyr no resulta adjudicatario, se estaría permitiendo su “revocatoria” en un momento anterior al contemplado en el Pliego, que correspondería al perfeccionamiento del Contrato de Concesión para el caso en que la Oferta de Sacyr resultara en segundo lugar.

Al respecto, debemos formular las siguientes consideraciones:

1.1 El texto del Cupo de Crédito Específico coincide exactamente con el borrador contenido en el Anexo 11 del Pliego, el cual contiene el modelo del Cupo de Crédito Específico y fue redactado por la ANI. En consecuencia, es absolutamente claro e indiscutible que Sacyr presentó su oferta en las condiciones puntuales exigidas por el Pliego, sin que pueda considerarse que su Oferta no las cumple por el hecho de que su texto no refleja un cierto entendimiento que otro proponente tiene del contenido del Pliego.

De hecho, como puede observarse en las Observaciones comentadas, todos los demás Oferentes presentaron el Cupo de Crédito Específico con exactamente el mismo texto, lo cual es prueba de que, en general, los Oferentes entendieron que no era necesario adicionar o modificar el borrador del Cupo de Crédito Específico propuesto por la ANI para adaptarlo a lo previsto en la Sección 4.3.6 (c) del Pliego. Como pasamos a explicarlo, la supuesta inconsistencia se fundamenta en una interpretación sesgada e implausible de lo previsto en el Pliego.

1.2 En primer lugar, la hipótesis a la que se refiere la Sección 4.3.6 (c) del Pliego es claramente diferente de aquella regulada en el párrafo citado del Cupo de Crédito Específico. Mientras la primera se refiere a la “revocatoria” de la respectiva garantía, la segunda hace relación a su “pérdida de vigencia”.

Tanto en el lenguaje común como en los usos legales, es claro que el término “revocatoria” se refiere a la posibilidad de dar por terminado unilateralmente un contrato, mediante decisión de una de las partes, la cual puede estar autorizada por la ley o por el propio contrato, de manera general o mediando alguna justa causa previamente definida.

La “pérdida de vigencia”, por el contrario, se refiere a la ocurrencia de una condición extintiva o resolutoria, que consiste en que si Sacyr no resulta adjudicatario de la Licitación Pública, la garantía debe, como es apenas natural, extinguirse por la desaparición del interés que pretende garantizar, dado que para ese momento ya no sería posible que Sacyr actuara como contraparte de la ANI en el marco del Contrato de Concesión.

El Cupo de Crédito Específico presentado por Sacyr no contiene ninguna estipulación que regule su revocatoria. En este sentido, es incluso más favorable para la ANI que la propia regla señalada en la citada Sección 4.3.6 (c) del Pliego, pues mientras esta última permite la revocatoria en un caso concreto, el Cupo de Crédito Específico presentado por Sacyr ni

siquiera contempla esta hipótesis y se limita a regular el caso en el cual la extinción de la garantía es una consecuencia obvia y natural de la desaparición del interés garantizado. En consecuencia, la Sección 4.3.6 (c) del Pliego parece habilitar, favor del proponente, una hipótesis de terminación unilateral de la que simplemente no se hizo uso en el documento remitido por Sacyr.

1.3 La estipulación contenida en el documento presentado por Sacyr en manera alguna es contraria con la prevista en la citada Sección 4.3.6 (c) del Pliego. Es de resaltar que el Cupo de Crédito Específico no señala que el mismo pierda vigencia luego de la Adjudicación, caso en el cual claramente podría ocurrir que la ANI quedara sin garantía en el tiempo que media entre dicho acto y el perfeccionamiento del Contrato de Concesión con un segundo proponente que deba ser elegido a consecuencia del incumplimiento del seleccionado en primer lugar.

El documento clara y expresamente señala que dicha pérdida de vigencia se producirá siempre que sea cierto que Sacyr “no resulte adjudicatario”, lo cual, de acuerdo con las normas legales vigentes, no depende exclusivamente del acto de adjudicación, sino que también depende de si Sacyr ocupa o no el segundo lugar en el orden de selección y de si el oferente que ocupe el primer puesto cumple o no con su obligación de concurrir al perfeccionamiento del Contrato de Concesión. Al respecto, el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dispone:

*“Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.*

*En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”.* (Subrayas fuera de texto).

En consecuencia, la condición negativa que consiste en que Sacyr “no resulte adjudicatario” solo se tiene por fallida cuando ocurran todas las circunstancias de hecho y de derecho requeridas para que adquirir dicha calidad resulte imposible. Al respecto, el artículo 1539 del Código Civil señala lo siguiente:

*“Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado”.* (Subrayas fuera de texto).

En este caso, únicamente llega a ser cierto que Sacyr no ha sido adjudicatario, asumiendo que su Oferta resulte calificada en segundo lugar, una vez se perfeccione el Contrato de Concesión con el oferente seleccionado en primer lugar. Antes de ese momento, el interés

garantizado de la ANI no habrá desaparecido, por lo cual la garantía contenida en el Cupo de Crédito Específico no habrá perdido su vigencia.

1.4 Igualmente, no puede perderse de vista que, de conformidad con las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, estos deben ser entendidos y ejecutados de acuerdo con la intención de las partes (artículo 1618) y de conformidad con el principio de la buena fe contractual (artículo 1603).

En consecuencia, interpretar el párrafo citado del Cupo de Crédito Específico presentado por Sacyr en el sentido de que produciría la terminación de la garantía aún en el caso en que su Oferta quedare en segundo lugar y, por consiguiente, fuere posible que resultare seleccionado si el primer oferente no perfeccionase el Contrato de Concesión, claramente iría en contravía de la intención de las partes, que no es otra que la de mantener el interés garantizado de la ANI debidamente protegido mientras subsista, es decir, en tanto sea posible que Sacyr resulte elegido como adjudicatario y contratista.

También sería incompatible con el principio de la buena fe, al pretender negarle vigencia a una garantía cuya función naturalmente debe extenderse hasta el momento en que sea claro que Sacyr ya no tiene, en absoluto, la posibilidad de resultar elegido como adjudicatario y contratista de la ANI.

Sobre el particular, cabe recordar la regla de interpretación contenida en el artículo 1621 del Código Civil, la cual señala que *“en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”*. En este caso, lo que mejor cuadra con la naturaleza de un contrato de garantía es que su vigencia se extienda hasta tanto subsista el respectivo interés garantizado, sin que de su texto pueda inferirse que la intención del emisor fuera la de recortar dicha vigencia o atarla a la ocurrencia de un hecho anterior o diferente a aquel momento en que sea cierto que Sacyr ya no puede resultar elegido como adjudicatario o contratista.

1.5 Todas las consideraciones anteriores deben entenderse sin perjuicio de que si la ANI llega a considerar necesario que el Cupo de Crédito Específico presentado por Sacyr y otros oferentes debe ser modificado para ajustar su contenido a la interpretación de la Sección 4.3.6 (c) del Pliego propugnada en las Observaciones comentadas, deberá solicitarle a todos los oferentes que se encuentran en la misma situación que procedan a hacerlo, concediéndoles una oportunidad suficiente y razonable para el efecto, pues se trataría, en ese caso hipotético, de un error inducido por la propia ANI, al proponer un borrador de garantía que no contenía expresamente ninguna referencia a lo previsto en dicha Sección del Pliego. En ningún caso este supuesto error podría ser usado por la ANI como fundamento para justificar el rechazo de las respectivas Ofertas.

Teniendo en consideración los anteriores comentarios, respetuosamente les solicitamos desestimar el comentario contenido en el documento de Observaciones comentado en cuando el mismo se refiere a una supuesta inconsistencia entre la Sección 4.3.6 (c) del Pliego y el texto del Cupo de Crédito Específico aportado por Sacyr con su Oferta.

## **2. Vigencia de la Póliza de Seriedad de la Oferta.**

En el documento presentado por la EP Rutas del Valle se señala que la Garantía de Seriedad presentada por Sacyr no cumple con la vigencia mínima establecida en la Sección 4.1.14 (v) (2) del Pliego, que es de seis (6) meses.

Al respecto, basta señalar que mediante documento de fecha 23 de febrero de 2021 y que se encuentra en el folio 313 de la oferta presentada, Sacyr presentó una actualización de la Garantía de Seriedad de la Oferta, una póliza expedida por Nacional de Seguros, la cual expresamente señala lo siguiente:

*“VIGENCIA DE LA PRESENTE POLIZA: DESDE LAS 00:00 HORAS DEL 26/02/2021 HASTA LAS 24:00 HORAS DEL 26/08/2021”.*

En consecuencia, actualmente la vigencia de esta Garantía coincide en términos precisos con la mínima exigida por el Pliego.

## **3. Firma de la Póliza de Seriedad de la Oferta.**

Señala el documento presentado por la EP Rutas del Valle que la firma incluida en la Garantía de Seriedad presentada por Sacyr es inválida por ser escaneada, lo cual implica que no puede ser considerada como una firma electrónica o digital.

Al respecto, cabe señalar que si bien una firma escaneada puede no ser equivalente a una firma electrónica o digital bajo el principio de equivalencia funcional contemplado en la Ley 527 de 1999, eso no quiere decir que carezca de validez. Por el contrario, su validez, como firma mecánica usada conforme a la costumbre mercantil, está expresamente reconocida en el artículo 827 del Código de Comercio:

*“La firma que procede de algún medio mecánico no se considerará suficiente sino en los negocios en que la ley o la costumbre lo admitan”.*

En este caso, es claro y de conocimiento de la ANI que es costumbre mercantil, es decir, constituye una práctica uniforme, reiterada, pública, vigente y entendida como vinculante por sus operadores, el que las pólizas de seriedad de las ofertas, así como otros contratos de seguro, sean firmados mediante firmas escaneadas. En consecuencia, la Garantía de Seriedad presentada por Sacyr tiene plena validez legal y efecto vinculante para su emisor, Nacional de Seguros.

## **4. Solicitudes:**

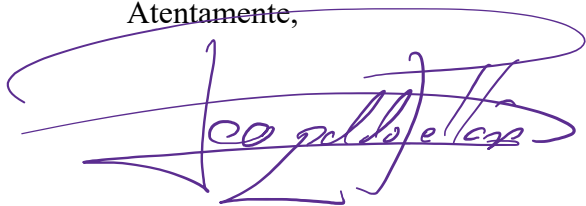
Teniendo en consideración los anteriores comentarios, respetuosamente les solicitamos:

- 4.1 Desestimar el comentario contenido en el primer documento de Observaciones comentado en cuanto el mismo se refiere a una supuesta inconsistencia entre la

Sección 4.3.6 (c) del Pliego y el texto del Cupo de Crédito Específico aportado por Sacyr con su Oferta y reconocer que dicho Cupo de Crédito Específico cumple con los requerimientos del Pliego.

- 4.2 Desestimar el comentario presentado por la EP Rutas del Valle, en cuanto señala que la vigencia de la Garantía Seriedad de la Oferta presentada por Sacyr no cumple con la vigencia mínima requerida por la Sección 4.1.14 (v) (2) del Pliego y reconocer que, en su versión actual, dicha Garantía de Seriedad cumple con los requisitos del Pliego.
- 4.3 Desestimar el comentario presentado por la EP Rutas del Valle, en cuanto indica que la firma de la Póliza de Seguridad de la Oferta presentada por Sacyr no es legalmente válida y reconocer que la misma es válida y vinculante para su emisor.

Atentamente,



Leopoldo José Pellón Revuelta  
Representante legal  
Sacyr Concesiones Colombia S.A.