

Bogotá D.C., 22 de febrero de 2022

Señores

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ("ANI")

vjveappipb0012021@ani.gov.co

Ciudad

REFERENCIA: Licitación Pública No. **VJ-VE-APP-IPB-001-2021** (la "**Licitación**").

Respuesta al Informe Preliminar publicado el 15 de febrero de 2022 (el "**Informe**").

Señores,

Liu Jing, actuando en mi condición de apoderada de la **Estructura Plural Viales del Norte** (el "**Proponente**") y de cada uno de los miembros de esta de manera individual, me permito dar respuesta, dentro del plazo previsto en la Ley y en los pliegos de la Licitación (los "**Pliegos**"), a las observaciones formuladas por la Agencia Nacional de Infraestructura (la "**ANI**") a la propuesta presentada por el Proponente.

1. Observaciones Referentes a la Capacidad Jurídica y Representación Legal:

1.1. Vigencia de la Licencia de Funcionamiento de China Railway Construction Corporation International Investment Co. LTD ("CRCCII")

- 1.1.1. En relación con la Licencia de Funcionamiento de CRCCII, el Informe insistió en que el documento aportado no cumple con el término de

expedición exigido de máximo 4 meses anteriores al cierre del proceso. Puntualmente, estableció:

"El proponente dentro de la documentación entregada al momento del cierre del proceso aportó Licencia de Funcionamiento con fecha de expedición del 29 de agosto de 2019, esto es por fuera de los cuatro meses anteriores a la fecha de cierre del proceso (21 de enero de 2022)."

- 1.1.2. Al respecto, nos permitimos aclarar que la sociedad CRCCII se rige bajo la normatividad de la República Popular de China, específicamente, la Ley de Empresas. El Artículo 7 de la Ley de Empresas China establece que:

*"Una empresa establecida de conformidad con la ley deberá recibir una licencia comercial de la autoridad de registro de la empresa. La fecha de la emisión de la licencia de la empresa **es la fecha de establecimiento de la empresa**. La licencia comercial de la compañía deberá indicar el nombre de la compañía, domicilio, capital registrado, alcance comercial, nombre del representante legal y otros asuntos (...)"*

(Marcas fuera del texto original)

- 1.1.3. En ese sentido, las sociedades registradas no están obligadas a realizar renovaciones anuales de sus registros, ni actualizaciones de dichos certificados, como sí ocurre bajo el régimen legal colombiano. En resumen, las licencias de funcionamiento en China mantienen la fecha de la última anotación realizada en el registro.
- 1.1.4. Ahora bien, en aras de continuar con la presentación impecable de la Oferta, adjuntamos como **Anexo 4** la Licencia de Funcionamiento con la vigencia requerida por los Pliegos, con el fin de dar cumplimiento a los requerimientos de la ANI.
- 1.1.5. Asimismo, adjuntamos como **Anexo 1** la certificación de la Oficina del Consejero Económico y Comercial de la Embajada de la República Popular China en Colombia dirigida a la Agencia Nacional de Infraestructura especialmente para la Licitación y con fecha de febrero de 2022, mediante la cual se reafirman los argumentos expuestos en líneas precedentes.



- 1.1.6. Quedando, de esta manera subsanada cualquier supuesta falencia de la Propuesta del Proponente en este sentido.

1.2. Sobre la Situación de Control:

- 1.2.1. Sobre el particular, nos permitimos aclarar que el Subnumeral (ii) del literal A) del numeral No. 4.4.2. de los Pliegos, establece que:

"Si la sociedad que se considera controlada es extranjera, la situación de control se verificará: (1) mediante el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada en el cual se evidencie los presupuestos de control descritos en el presente literal 4.4.2(a), en caso de que su jurisdicción de incorporación tuviere tal certificado y en el mismo estuvieren registradas dichas circunstancias, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada en el cual se evidencie los presupuestos de control descritos en el presente literal 4.4.2(a), siempre que en el mismo estuvieren registradas dichas circunstancias, o (3) mediante certificación expedida por autoridad competente, según la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada, en el que se evidencie (sic) los presupuestos de control descritos en el presente literal 4.4.2(a), o (4) mediante certificación expedida conjuntamente por: (a) los representantes legales del Oferente (o los Integrantes de la Estructura Plural que pretendan acreditar la situación de control) y de la sociedades que son controlantes, controladas o controladas por la misma matriz de la sociedad acredita los Requisitos Habilitantes, y (b) la sociedad que acredita los Requisitos Habilitantes, legalizada a través de declaración hecha ante autoridad competente para recibir declaraciones juramentadas en la respectiva jurisdicción; para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas, en la cual conste que en el país de su incorporación no existe autoridad que expida certificados en los que conste la situación de control de una sociedad, y en el cual se evidencie la misma"

(Marcas fuera del texto original)

- 1.2.2. En ese sentido, la situación de control por participación accionaria se puede comprobar mediante cualquiera de las siguientes opciones según sea

aplicable al Proponente, situación que debe ser determinada por el Proponente y no por la ANI quien simplemente da opciones en los Pliegos: (i) certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada, o (ii) presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción de Incorporación de la sociedad controlada o (iii) certificación expedida por autoridad competente, según la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada o (iv) mediante certificación expedida conjuntamente por: (a) los representantes legales del Oferente (o los Integrantes de la Estructura Plural que pretendan acreditar la situación de control) y de la sociedades que son controlantes, controladas o controladas por la misma matriz de la sociedad acredita los Requisitos Habilitantes.

- 1.2.3. Por lo anterior, presentamos como **Anexo No. 4** la licencia de funcionamiento que cuenta con la vigencia correspondiente.
- 1.2.4. Ahora bien, en aras de continuar con la impecable presentación de la Oferta del Proponente, la economía de la Licitación, y la insistencia de la ANI (que no se compadece con lo señalado expresamente en los Pliegos) presentamos como **Anexo 3** la certificación correspondiente al numeral 4 de la Sección 4.4.2. de los Pliegos, expedida conjuntamente por la suscrita en calidad de: 1. Apoderada de los representantes legales del Oferente, China Civil Engineering Construction Corporation Sucursal Colombia ("**CCECC**") en calidad de sociedad que acredita los Requisitos Habilitantes, y CRCCII y, 2. Representante Común de la Estructura Plural. Esta certificación se presenta, como desarrollo de la certificación allegada en los folios 1399 y siguientes y firmada de conformidad con los pliegos de condiciones por la sociedad controlante. Mediante este documento se acredita plenamente (i) el porcentaje de participación de CRCC Limited en las sociedades que hacen parte de la estructura plural y (ii) la situación de control por participación accionaria derivada de dicho porcentaje.
- 1.2.5. Lo anterior, refleja de manera clara (i) que el requisito establecido por los Pliegos queda completamente acatado y (ii) que la validez de dicho documento resulta suficiente para probar la situación de control por parte de CRCC Limited en calidad de Controlante.
- 1.2.6. Quedando, de esta manera subsanada cualquier supuesta falencia de la Propuesta del Proponente en este sentido.



2. Observaciones referentes a los Anexos de la Propuesta:

2.1. Sobre el Anexo No. 3 (Acuerdo de Garantía) – Referente a la Capacidad Jurídica para el Garante

- 2.1.1. En relación con la suscripción del Acuerdo de Garantía, la ANI advierte que “El proponente dentro de la documentación entregada al momento del cierre del proceso aportó Licencia de Funcionamiento con fecha de expedición del 20 de octubre de 2020, esto es por fuera de los cuatro meses anteriores a la fecha del cierre del proceso (21 de enero de 2022) (...) En virtud de lo anterior, se requiere que el proponente allegue el requisito contenido en el literal c transcrito, teniendo en cuenta que de conformidad con el anexo 3 – Acuerdo de garantía se debe acreditar la capacidad jurídica de quien suscriba dicho acuerdo, conforme a lo establecido en la sección 4.1 del pliego de condiciones.”
- 2.1.2. En ese orden de ideas, se observa cómo la ANI nuevamente se refiere a la vigencia de la Licencia de Funcionamiento, en aras de desvirtuar la forma en la cual se suscribió el Acuerdo de Garantía por parte de CRCC Limited. En relación con lo anterior, nos permitimos resaltar, nuevamente, los argumentos expuestos en el numeral 1.1 y el **Anexo 1** al presente escrito, conforme a lo cual se certifica con claridad la imposibilidad de allegar por parte de CRCC Limited una Licencia de Funcionamiento con fecha posterior a la última modificación de ésta, según lo dispuesto a regulación de derecho público – Ley de empresas de la República Popular China.
- 2.1.3. Como ya fue expuesto en el numeral 1.1. del presente escrito, CRCC Limited no tuvo ninguna modificación estatutaria objeto de registro con posterioridad a la fecha incluida en la Licencia de Funcionamiento allegada. De ahí que, dicha Licencia de Funcionamiento, en los términos de la regulación china no puede incluir o reflejar una fecha más cercana al cierre de la Licitación.
- 2.1.4. Asimismo, aclaramos que la fecha reprochada no es indicador alguno de la vigencia de la sociedad. Ahora bien, en aras de continuar con la presentación de la Propuesta, adjuntamos como Anexo 1 la certificación de la Oficina del Consejero Económico y Comercial de la Embajada de la República Popular China en Colombia dirigida a la Agencia Nacional de Infraestructura especialmente para la Licitación, mediante la cual se ilustran con claridad los puntos expuestos mediante el presente escrito.

- 2.1.5. Quedando, de esta manera subsanada cualquier supuesta falencia de la Propuesta del Proponente en este sentido.

3. Observaciones referentes a los Factores de Selección:

3.1. Sobre Ausencia del Puntaje del Proponente:

- 3.1.1. De conformidad con el contenido del Informe, se evidencia que la ANI publicó el puntaje de Factores de Selección para todos los Proponentes, excepto la Estructura Plural Viales del Norte. En los comentarios incluidos por la ANI únicamente se observa que, a juicio de la entidad, no se cumple con la suscripción del Anexo 17A por parte del revisor fiscal, aspecto al cual nos referiremos en concreto más adelante en el presente escrito. Sin perjuicio de los argumentos que en relación con la suscripción del Anexo 17A se expongan, no es claro por qué se omite la publicación de puntajes referentes a: (i) oferta de mano de obra local; (ii) apoyo a la industria nacional; (iii) vinculación laboral de personas en condiciones de discapacidad; y (iv) factor de calidad.

- 3.1.2. En virtud de los principios de transparencia e igualdad entre Proponentes, se solicita expresamente a la ANI publicar los puntajes de los 4 Factores de Selección expuestos, para los cuales el Proponente allegó en debida forma los soportes requeridos por el Pliego de Condiciones.

3.2. Sobre el Anexo 17A:

- 3.2.1. En relación con los comentarios a los Factores de Selección, la ANI indica en el Informe que el Anexo 17A "no se encuentra suscrito por revisor fiscal". Sobre el particular, debe resaltarse que el numeral 5.6.1. de los Pliegos establece que:

"Para su acreditación, el Oferente debe presentar el ANEXO 17A, suscrito por el Representante Legal o el Revisor Fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requerimientos de ley, en el cual certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del Oferente o sus Integrantes a la Fecha de cierre del proceso de selección"

(Marcas fuera del texto original)

- 3.2.2. En ese sentido, las condiciones de participación en el proceso establecen claramente que el Anexo No. 17A puede ser suscrito por el representante



legal O por el revisor fiscal, conforme a lo cual se certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del Oferente. Así, en los términos de los Pliegos se indica que el Anexo 17A deberá ser suscrito, bien por el representante legal, bien por el revisor fiscal, de conformidad con los requerimientos de ley aplicables en cada caso concreto.

3.2.3. En ese orden de ideas, a la luz del texto literal de los Pliegos, a continuación, se exponen las razones en virtud de las cuales corresponde al representante legal de CCECC Sucursal Colombia suscribir el Anexo 17A, y no al revisor fiscal, como erradamente lo indica la ANI. Adicionalmente, se exponen argumentos de fondo en relación con la inviolabilidad de los Pliegos y la aplicación de la Ley 80 de 1993 al caso particular que nos ocupa.

3.2.4. Claridad de los Pliegos – Interpretación Según la Jurisprudencia y el Marco Normativo Aplicable

- (a) Nos permitimos resaltar que de conformidad con el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los Pliegos de condiciones deberán contener reglas claras, justas y completas que permitan la elaboración de ofrecimientos de la misma índole.
- (b) En ese sentido, la importancia del contenido y las condiciones expuestas en los Pliegos no puede ser ignorada por la Entidad. Asimismo, la Sentencia No. 12037 de 2001 del Consejo de Estado estableció que – entre otros – los siguientes elementos son fundamentales e imprescindibles en el proceso licitatorio: (i) la libre concurrencia; (ii) la igualdad de los oferentes; y (iii) la sujeción estricta al Pliego de condiciones.
- (c) En ese orden de ideas, se evidencia que los Pliegos son fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y los Proponentes, y también fungen en los procesos de contratación como un reglamento que delimita el funcionamiento, el desarrollo y las fases de dicho proceso. En relación con los Pliegos aplicables al presente proceso de contratación, el texto de estos en su Sección 5.6.1. es claro, y son la Ley del proceso de selección. Así, existiendo una claridad evidente en el requisito exigido por la ANI (que puede cumplirse por una de dos vías, según se explica más adelante), mal puede la entidad – vía simple interpretación conceptual – exigir requisitos que no se desprenden del texto como está escrito, so

pena de afectar las garantías mínimas de transparencia e igualdad que protegen a los Proponentes.

- (d) Visto lo anterior, debe resaltarse que la redacción de la ANI no es en vano, sino que, dicho aparte indica expresamente que el documento deberá firmarse por el representante legal o el revisor fiscal (si es que el proponente tiene revisor fiscal en los términos señalados por la ley aplicable). En ese orden de ideas, al incluir la conjunción disyuntiva "o" en el texto de los Pliegos, es clara la intención de la ANI de permitir el cumplimiento del requisito de suscripción del Anexo 17A por cualquiera de los dos sujetos enunciados, esto es, el representante legal o el revisor fiscal. La inclusión de la palabra "o" tiene un claro significado disyuntivo, en virtud del cual, se cumple con el requisito mediante la verificación de cualquiera de las 2 opciones, es decir, no le es dado a la ANI exigir la opción que le parezca sino al proponente. Esto es aún más claro en el caso específico de estos Pliegos, toda vez que en todos los demás casos en los que se exige firma del revisor fiscal, se incluye la expresión "y", lo que indica una clara intención de la ANI de dar un significado disyuntivo a la expresión "o" incluida en la Sección 5.6.1. de los Pliegos.
- (e) La letra "o", de conformidad con la Real Academia de la Lengua Española, es una conjunción que puede significar valor disyuntivo¹ cuando expresa una alternativa entre dos opciones (cosa que sucede en el caso particular de los Pliegos). El debate argumentativo referente a la interpretación gramatical no debe entenderse como una prueba aislada de derecho, sino de la esencia misma de pronunciamientos de las 3 altas Cortes en Colombia, jurisprudencia de conformidad con la cual resulta claro a todas luces que la palabra tiene un significado disyuntivo.
- (f) A manera de ejemplo:
- Sentencia No. 9717 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia:



¹ **Nota:** Al respecto, ver el link <https://www.rae.es/dpd/o>

*"utiliza la norma una conjunción disyuntiva y no copulativa, razón para concluir que la exigencia se satisface bien acreditando la publicación del acto, en tratándose de actos reglas, o bien demostrando la ejecución del mismo", expresando así que **el uso de la conjunción "o", permite la escogencia de una de las opciones presentadas para satisfacer el requisito presentado**"*

(Marcas fuera del texto original)

- Otra demostración evidente del carácter disyuntivo de la conjunción "o", está en la Sentencia No. 7517 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la cual se argumenta lo siguiente:

*"A juicio de la Sala las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar por cuanto, como se advirtió al resolver la solicitud de suspensión provisional, del texto del artículo 41 de la Ley 79 de 1988 no se deduce, como lo entienden los actores, que para que las Cooperativas puedan eximirse de tener revisor fiscal deban concurrir las tres circunstancias a que allí se alude, esto es, **la situación económica, la ubicación geográfica o el número de asociados, pues la norma no emplea la conjunción copulativa "y" sino la disyuntiva "o"**". (se subraya y resalta)*

- (g) Así, resulta evidente al lector que el aparte resaltado referente al Anexo No. 17A, plantea dos posibilidades para los Proponentes, ya que utiliza el sentido disyuntivo de la conjunción "o" y no da un margen abierto de interpretación. Tal y como fue expuesto, la Sección 5.6.1. del Pliego establece con claridad que el Anexo 17A se firmará bien por el representante legal, bien por el revisor fiscal. Esto, leído en concordancia con el formato mismo del Anexo 17A y la correlativa inclusión de la frase "según corresponda" conllevaría entonces a tener que entender las circunstancias mismas del Proponente que suscribe el texto del Anexo 17A.
- (h) Ahora bien, la ANI interpreta el numeral en comento de los Pliegos de la siguiente manera:



- Siempre que un Proponente tenga un revisor fiscal le corresponderá a éste suscribir el Anexo 17A; es decir, para que esta interpretación pueda ser tenida en cuenta la redacción ha debido ser la siguiente:

"Para su acreditación, el Oferente debe presentar el ANEXO 17A, suscrito por el Representante Legal ~~o~~ su el Revisor Fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o, en ausencia de Revisor Fiscal, por el Representante Legal en el cual certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del Oferente o sus Integrantes a la Fecha de cierre del proceso de selección"

- La anterior redacción da una clara señal de intención y de exigencia de la firma del Revisor Fiscal (exigencia que, entre otras, no terminamos de entender por qué la ANI pone en cabeza de personas sin capacidad de representación legal de una sociedad la obligación de certificar cosas que no le corresponden a la gestión de los revisores fiscales) para todos los Proponentes que conforme a la ley aplicable deben contar con un revisor fiscal. En este caso, es claro que solamente deberá firmarlo el Revisor Fiscal.

- (i) Otra posible lectura que se aproxima a la interpretación de la ANI sería que debe firmarse siempre por el Representante Legal y cuando el Proponente tiene Revisor Fiscal conforme a la ley aplicable entonces también debe contarse con la firma de éste. La redacción del Pliego sería entonces la siguiente:

"Para su acreditación, el Oferente debe presentar el ANEXO 17A, suscrito por el Representante Legal ~~o~~ y el Revisor Fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requerimientos de ley, en el cual certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del Oferente o sus Integrantes a la Fecha de cierre del proceso de selección"

- (j) Tal como se desprende de lo anteriormente señalado, para que la lectura e interpretación del Pliego que hace la ANI pueda ser viable y oponible, hay que realmente entender cuál era la intención de la



ANI a la hora de escribir estos Pliegos, situación que es imposible de conocer por parte de los Proponentes y motivo por el cual no le es dado a la ANI imponer una lectura propia del documento.

- (k) Ahora bien, sin modificar la redacción miremos cómo debe leerse el párrafo en comento:

"Para su acreditación, el Oferente debe presentar el ANEXO 17A suscrito por

- el Representante Legal; o*
- el Revisor Fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requerimientos de ley,*

en el cual certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del Oferente o sus Integrantes a la Fecha de cierre del proceso de selección"

- (l) De lo anterior resulta más que claro que si la ANI quiere imponer su interpretación de los Pliegos tendrá que, por el bien de la comunidad, modificar la redacción actual del numeral puesto que lo que la ANI quiere no es lo que dicen los Pliegos. Es realmente difícil transmitir por escrito la sorpresa que nos produce esta situación, puesto que NO HAY LUGAR a lecturas diferentes a la textual es decir que el Anexo 17A lo pueden firmar el Representante Legal o Revisor Fiscal (cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley).

- (m) Recordemos que la ANI tiene una carga de claridad de los Pliegos impajaritable:

"Artículo 24. Del Principio de Transparencia. En virtud de este principio: 5. En los pliegos de condiciones: b) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completos que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación."

(se subraya)

- (n) Lo que la ANI **NO PUEDE HACER** es sustentar su interpretación en una supuesta claridad de los Pliegos porque basta con que un 

Proponente tenga una lectura diferente de un mismo texto de los Pliegos para entender que no es claro. En estos casos, es importante que la entidad acepte su equivocación (que errar es de humanos), antes de continuar con una actuación que lo único que hará será causar un perjuicio irremediable para el Proponente.

3.2.5. Del Carácter de Sucursal de Sociedad Extranjera de CCECC Sucursal Colombia – Funciones de la Revisoría Fiscal

- (a) Se resalta, en primer término, que CCECC Sucursal Colombia no es una persona jurídica independiente, sino que, según la legislación comercial colombiana, ostenta la calidad de establecimiento de comercio en Colombia de una sociedad extranjera². De ahí que, la ley aplicable a las relaciones societarias de CCECC no es la ley colombiana sino la de sus estatutos y la aplicable en la República Popular China. En efecto,

*"Ahora bien, un aspecto importante a destacar es que por ser una extensión de la casa matriz, las sucursales de sociedades extranjeras no tienen personería jurídica propia, por lo cual son consideradas como establecimientos de comercio que las matrices incorporan al territorio nacional. En consecuencia, en la sucursal como es obvio, no existen accionistas, ni por consiguiente, libro de registro de accionistas ni de actas, de asamblea como de junta directiva. Los cargos que deben existir en ellas son el de un mandatario general que se ocupe de representar a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar a través de la sucursal, así como el de revisor fiscal que deberá ser una persona natural con residencia permanente en Colombia, al tenor de lo establecido por el artículo 472, numerales 5 y 6 del Código de Comercio."*³

- (b) La existencia del Revisor Fiscal se desprende de lo previsto en el numeral 6 del artículo 472 del Código de Comercio, sin que ello

² Artículo 263 del Código de Comercio: Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad. (se subraya).

³ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-090971 del 8 de julio de 2015.



implique la sociedad CCECC cuente con un revisor fiscal, como lo señala el concepto de la Superintendencia de Sociedades el revisor fiscal de las sucursales de sociedades extranjeras es uno de los dos funcionarios que la sucursal debe tener en Colombia y siendo el revisor fiscal el único que debe estar domiciliado en Colombia. Ahora bien, dado que el revisor fiscal no se encuentra contemplado en la República Popular China como una figura aplicable a CCECC, ocurre la inusual situación en la que no existen atribuciones para el revisor fiscal en ningún documento corporativo de CCECC. Así las cosas, las funciones de este revisor fiscal no pueden ni siquiera atribuirse a aquellas previstas en la generalidad del artículo 207 del Código de Comercio en tanto no resultaría jurídicamente viable permitirlo. Es por ello que en palabras de la Superintendencia de Sociedades

*"(...) si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que, **con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios,** ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, **esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades.** Ello significa que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 idem "la sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio." (...) "⁴*

(c) De lo anteriormente señalado resulta claro que:

- *Las sucursales de sociedad extranjera están sujetas a la capacidad conferida por sus estatutos, es decir por los estatutos de la casa matriz.*

⁴ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-089488 del 1 de julio de 2021.

- *Tales estatutos se encuentran registrados en la cámara de comercio del domicilio de la sucursal se encuentra registrada.*
 - *La existencia del revisor fiscal obedece a una necesidad de tener un mecanismo de control contable y tributario, en Colombia, de ninguna manera puede ser una figura extensiva a la matriz.*
- (d) Ahora bien, si en gracia de discusión se asumiera que el revisor fiscal de la sucursal tiene las mismas funciones que cualquier revisor fiscal de una sociedad en Colombia (yendo completamente en contra de los estatutos y la ley de la matriz), no vemos en el artículo 207 del Código de Comercio que se encuentre la función certificar el contenido de la certificación del Anexo 17A. De conformidad con el artículo 207 del Código de Comercio, son funciones del revisor fiscal las siguientes.

"1. Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;

2. Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;

3. Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;

4. Velar por que se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines;

5. Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de



conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;

6. Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;

7. Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;

8. Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y

9. Cumplir las demás atribuciones que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.

10. Adicionado por la Ley 1762 de 2015, artículo 27. Reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero las operaciones catalogadas como sospechosas en los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto ley 663 de 1993, cuando las adviertan dentro del giro ordinario de sus labores.

Parágrafo. -En las sociedades en que sea meramente potestativo el cargo del revisor fiscal, éste ejercerá las funciones que expresamente le señalen los estatutos o las juntas de socios, con el voto requerido para la creación del cargo; a falta de estipulación expresa de los estatutos y de instrucciones concretas de la junta de socios o asamblea general, ejercerá las funciones indicadas en este artículo. No obstante, si no es contador público, no podrá autorizar con su firma balances generales, ni dictaminar sobre ellos."

- (e) En ese orden de ideas, la ANI ciertamente no verificó la definición legal y estatutaria de las funciones del Representante Legal, así como el tipo de documento a ser suscrito por éste, pues de lo contrario, se habría concluido la validez de la firma por parte del representante legal. Unido a esto, se resalta que pronunciamientos previos expedidos por la administración en relación con la exigibilidad de la firma del Anexo 17A por parte del revisor fiscal, parten de escenarios en los cuales se verifica la existencia de

personas jurídicas lo que no sucede en el caso de CCECC Sucursal Colombia que es un establecimiento de comercio.

- (f) Se resalta sobre este asunto que de conformidad con los estatutos de CCECC, no existe la figura del revisor fiscal. Por lo cual, el llamado y autorizado, por los estatutos y Ley de Empresas China, a firmar esta certificación es el representante legal, quien se encarga – entre otras – de todas las gestiones administrativas y de nómina.
- (g) En adición a lo anteriormente mencionado, resaltamos que – de conformidad con los Folios No. 081 y subsiguientes de la Oferta – CCECC se rige bajo la Ley de Empresas China, bajo la cual, no se prevé la figura de revisor fiscal. Como prueba de lo anterior, adjuntamos como **Anexo No. 2** la certificación de la Oficina del Consejero Económico y Comercial de la Embajada de la República Popular China en Colombia dirigida a la Agencia Nacional de Infraestructura especialmente para la Licitación, mediante la cual se ilustra con claridad que bajo la Ley aplicable a las empresas chinas no puede facultarse un revisor fiscal para firmar una certificación de este tipo, dado que esa figura no existe, y en caso de considerarse no puede ir en contra de la Ley de Empresas China y estatutos de CCECC. De hecho, no existe, conforme a la organización de empresas chinas, ningún cargo o función equiparable.
- (h) En el presente caso, al tratarse de la sucursal colombiana de una sociedad extranjera, respecto de la cual sus estatutos no prevén la figura de un revisor fiscal y – como es comúnmente conocido – la sucursal es una representación exacta de su matriz, no es dable desvirtuar la validez de la suscripción del Anexo 17A por parte del representante legal. En consecuencia, la ANI no puede interpretar los Pliegos en contra del Proponente obligándolo a firmar un documento mediante una figura no facultada para el efecto bajo la estructura corporativa de la persona jurídica extranjera.
- (i) En resumen, no puede solicitársele a un Proponente extranjero que suscriba una certificación por un funcionario que bajo su estructura societaria no existe. Esto, porque no sólo resulta una condición de imposible cumplimiento y porque aún si se asumiera que el revisor fiscal de la sucursal cumpliera esta función, dicha certificación carecería de validez jurídica y podría ser refutada por terceros



interesados con posterioridad, hecho que puede comprometer tanto a la entidad como al Proponente.

- (j) En este punto, resulta relevante resaltar que la ANI mediante los Pliegos replicó lo establecido en el Artículo No. 1 del Decreto No. 392 de 2018, el cual establece:

"En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:

*1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, **según corresponda**. certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección."*

(Marcas fuera del texto original)

- (k) En ese sentido, el fundamento legal de la exigencia establecida por la ANI mediante los Pliegos es claro al establecer que dicha certificación deberá otorgarse por el representante legal o el revisor fiscal "según corresponda". Por lo cual, - como se expuso en líneas precedentes - los Proponentes deben considerar sus condiciones particulares y determinar qué funcionario al interior de su compañía está facultado para firmar dicho anexo.
- (l) En conclusión, las anteriores disposiciones reflejan que (i) los Pliegos son claros al establecer la posibilidad para los Proponentes de elegir cuál de los dos funcionarios deberá suscribir la certificación de conformidad con su estructura corporativa y las condiciones propias de esta, (ii) los Pliegos son la principal fuente del proceso licitatorio y, en ese sentido, deben reflejar uniformidad y (iii) imponer condiciones ambiguas para los Proponentes extranjeros es una forma de desmejorar sus propuestas y afectar la libre concurrencia en el proceso licitatorio.

3.2.6. Interpretación en Caso de Considerarse por ANI que Sección 5.6.1. es Ambigua

- (a) Tal y como se expuso con anterioridad, a juicio del Proponente, no existe duda de que los Pliegos admiten la suscripción del Anexo 17A por el representante legal o por el revisor fiscal, a discreción del Proponente, atendiendo a sus circunstancias particulares ("según corresponda"). Ahora bien, si la ANI insistiera en que existe falta de claridad en relación con lo anterior, es garantía prevista de conformidad con el marco legal, doctrinario y jurisprudencial que, cuando existan dudas respecto de la interpretación de los Pliegos, deberá optarse por el sentido favorable a los Proponentes, ya que no hacerlo implica una evidente desmejora de la Propuesta y un evidente quebrantamiento del principio de igualdad⁵.
- (b) Por lo anterior, no pueden desmejorarse las condiciones de un Proponente por la interpretación de un aparte que es completamente claro al indicar que el Anexo 17A deberá firmarse por el representante legal o el revisor fiscal.
- (c) Resaltamos que (i) el reconocimiento de la interpretación favorable al Proponente atiende a los principios de concurrencia e igualdad que deben gobernar los procesos de selección, (ii) más allá de los principios de la contratación estatal – que gozan de plena validez, esta postura cuenta con sustento normativo adicional en la Ley civil, ya que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 remite expresamente a las normas civiles y comerciales para el desarrollo de la contratación pública.
- (d) Concretamente, se destaca que el artículo 1624 del Código Civil dispone que las cláusulas ambiguas serán interpretadas en favor del deudor. Adicionalmente, es clara la Ley civil en favorecer la interpretación que otorgue el sentido que mejor convenga al contrato.
- (e) Así las cosas, en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que la ANI fue la entidad encargada en su integridad de la elaboración de

⁵ Posición reafirmada por la radicación No. 05001-23-31-000-1998-00833-01 del Consejo de Estado.



los Pliegos, así como las reglas de selección del contratista, en virtud de lo dispuesto en la Ley de contratación, la Ley civil y jurisprudencia del Consejo de Estado (ver por ejemplo Sentencia No. 68001-23-15-000-1998-01743-01 del 24 de abril de 2013), la ambigüedad debe interpretarse en favor del Proponente.

- (f) Sobre el particular, se resalta el siguiente aparte de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado:

"En otros términos, la facultad de interpretar el pliego no puede asimilarse a una decisión discrecional, ya que, se insiste, en los términos en que la ley 80 de 1993 integró un plexo normativo de derecho general, público y privado, la orientación que se quiso imprimirle por parte del legislador era vincular fuertemente a las entidades públicas en los procesos de selección a las reglas por ellas mismas definidas en los respectivos concursos, sin que se pueda atentar o contravenir los actos propios (venire contra factum proprium)⁶"

- (g) En resumen, resulta claro que la administración no puede interpretar el Pliego de Condiciones asumiendo que las exigencias formales hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta⁷.

3.2.7. Respecto de la Prevalencia de la Sustancia sobre la Forma:

- (a) Frente a este punto resulta fundamental destacar que más allá de la suscripción del Anexo 17A por parte del representante legal o el revisor fiscal, hace parte de la Oferta certificación de la vinculación de personal en condición de discapacidad, suscrita por el Ministerio del Trabajo como autoridad competente para este fin. Lo anterior, sólo puede significar una cosa: la ANI ya cuenta con soporte y prueba suficiente del cumplimiento de este factor de selección por parte del Proponente por certificación de la entidad estatal con total competencia para el efecto.

⁶ **Nota:** Posición reafirmada por la radicación No. 05001-23-31-000-1998-00833-01 del Consejo de Estado.

⁷ **Nota:** Posición reafirmada por la sentencia No. 13074 de 2006 del Consejo de Estado.



- (b) De ahí que, en pro de la satisfacción de principios de economía, concurrencia e igualdad de la contratación estatal, deba primar la sustancia (la vinculación de trabajadores en situación de discapacidad debidamente acreditada por el Ministerio del Trabajo), sobre interpretaciones formales de carácter ambiguo por parte de la entidad que hacen nugatoria la prevalencia del derecho sustancial, cuando además ya el Proponente ha dado cabal cumplimiento a todas las exigencias del Pliego.
- (c) Dicha prevalencia del derecho sustancial en materia administrativa ha sido plenamente reafirmada por la jurisprudencia de las altas cortes. En ese sentido, la Corte Constitucional estableció⁸:

*"Cuando el artículo 228 de la Constitución Política establece la prevalencia del derecho sustancial, está reconociendo que **el fin de la actividad estatal en general**, y del procedimiento administrativo en particular, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo. En esa medida, dicha prevalencia del derecho sustancial significa que (...)"*

(Marcas fuera del texto original)

- (d) De ahí que, en todo caso, deba darse plena aplicación por parte de la ANI del principio de prevalencia del derecho sustancial, al contarse en todo caso con prueba suficiente de la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad.

3.2.8. Respecto de la Transgresión al Principio de la Libre Concurrencia y la Afectación Injustificada a Proponentes Extranjeros:

- (a) Sobre este punto, nos permitimos resaltar que con la interpretación que la ANI está dando a los pliegos está transgrediendo claramente el derecho a la libre concurrencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, según el cual:



⁸ **Nota:** Al respecto, ver Sentencia C-957/99

"se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración".

- (b) Lo anterior se ve tremendamente agravado porque como se expuso previamente dentro el presente escrito, una entidad pública no puede forzar a Proponentes extranjeros que escojan entre el cumplir lo establecido en (i) sus estatutos o (ii) una interpretación dudosa de los Pliegos de Condiciones, haciendo nugatoria la presentación de un documento al interpretarse por la ANI *ex post* y en clara contravía de los intereses del Proponente, que una de las personas claramente acreditada por los Pliegos para la suscripción del documento, realmente no ostenta dichas facultades y, en cambio, atribuirle la competencia a una figura inexistente en la legislación aplicable al Proponente.
- (c) Finalmente, salta a la vista la situación de desventaja manifiesta en la que se pone a CCECC como Proponente extranjero al desvirtuarse la aplicación del texto claro de los Pliegos.
- (d) En conclusión, estimamos completamente válida la firma del Anexo No. 17A por parte del representante legal en el presente caso. Por lo tanto, solicitamos a la ANI otorgar el puntaje correspondiente y avalar la postura expuesta para continuar con la evaluación de la propuesta presentada por el Proponente, con el fin de proteger los derechos a la libre concurrencia e igualdad de la Estructura Plural Viales del Norte.

Finalmente, solicitamos se acojan en su totalidad los argumentos previamente expuestos y estimamos que la propuesta presentada por el Proponente debe ser declarada hábil en los ámbitos aquí discutidos.

Cordialmente,



Liu Jing

Representante Común EP Viales del Norte

Apoderada CCECC y CRCCII

C.E. No. 333.809

Tabla No. 1 - Listado de anexos

No.	Anexo
1	Certificación de la Oficina del Consejero Económico y Comercial de la Embajada de la República Popular China en Colombia dirigida a la Agencia Nacional de Infraestructura – Vigencia Licencias de Funcionamiento.
2	Certificación de la Oficina del Consejero Económico y Comercial de la Embajada de la República Popular China en Colombia dirigida a la Agencia Nacional de Infraestructura – Revisoría Fiscal.
3	Certificación correspondiente al Numeral 4 del Artículo 4.4.2. expedida conjuntamente por la suscrita en calidad de apoderada de los representantes legales del oferente, China Civil Engineering Construction Corporation Sucursal Colombia (" CCECC ") en calidad de sociedad que acredita los Requisitos Habilitantes y por la sociedad controlante. 
4	Licencia de funcionamiento CRCCII