

En Bogotá D.C., a los cuatro (4) días del mes de noviembre de 2014, se procede a dar respuesta a observaciones extemporáneas presentadas al pliego de condiciones, en virtud del proceso de selección VJ-VE-CM-009-2014.

OBSERVACIONES EXTEMPORANEAS

No.	NOMBRE DE QUIEN PREGUNTA	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
1	Astrid Fernández / Deloitte Asesores y Consultores	<p>En el marco del proceso de la referencia, hemos tomado conocimiento del documento “Matriz de respuesta a las observaciones extemporáneas al pliego de condiciones” publicado el pasado 28 de octubre en el SECOP.</p> <p>Respecto a este documento, descubrimos con preocupación la respuesta dada por la Entidad a la observación No. 6 presentada por nuestra Empresa, relativa a la acreditación de experiencia de subordinadas, y dado que desde nuestro punto de vista, dicha interpretación afecta la pluralidad del proceso y el tratamiento en igualdad de todos los participantes, respetuosamente nos permitimos someter a su consideración las siguientes ampliaciones y solicitud de aclaración de los pliegos de condiciones:</p> <p>§ Breves consideraciones frente a las matrices y subordinadas – Dependencia entre matrices y subordinadas</p> <p>Conforme la legislación colombiana, y en particular, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio - modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995 –, las sociedades nacionales o extranjeras, podrán constituir compañías controladas por dichas sociedades –matrices – las cuales serán consideradas filiales o subsidiarias según el grado directo o indirecto de control. Dichas sociedades subordinadas, si bien formalmente son personas jurídicas independientes una de la otra, dependen de la matriz. Así lo ha señalado el Tratadista José Ignacio Narváez:</p> <p>“Desde el punto de vista jurídico, subordinada es la sociedad que carece de independencia por estar controlada o dirigida por otra u otras. La</p>	<p>No se acepta la observación presentada en tanto que la determinación de la Entidad de permitir que los proponentes acrediten la experiencia de sus matrices, antes que buscar o pretender un trato desigual entre los proponentes, lo que busca es permitir un mayor número de participantes posibles, eso sí, garantizando que dicha experiencia que se aporta a través de las matrices cuente con un respaldo o garantía adicional otorgada por dichas matrices.</p> <p>El escenario ideal, corresponde a aquel en el cual es el mismo proponente el que acredita su propia experiencia, no obstante en virtud precisamente de la posibilidad de obtener un mayor número de proponentes, la Agencia Nacional de Infraestructura, ha tenido a bien dejar abierta la posibilidad de que se pueda acreditar la experiencia de las matrices de los proponentes, siempre que se otorgue un respaldo a través de una fianza o acuerdo de garantía.</p> <p>El pliego de condiciones, dispuesto para el presente proceso de selección, sobre este asunto en particular, contiene una regla, que bajo ninguna circunstancia es contraria al orden jurídico o a los principios rectores de la actividad contractual. Esta regla que permite la acreditación de la experiencia a través de las matrices del proponente, se aviene a la potestad que tiene la entidad de regular en el pliego las condiciones propias del proceso de selección, buscando así que un mayor número de proponentes puedan</p>

No.	NOMBRE DE QUIEN PREGUNTA	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>subordinación se patentiza en todas las manifestaciones de pérdida de autonomía, desde las más simples y sutiles hasta las más ostensibles de predominio económico, financiero o administrativo por parte de las otras sociedades que se llaman matriz, configurando así las filiales y las subordinadas. Es decir, cuando aquella ejerce por si sola el control o dirección, la controlada se denomina filial y cuando el control o dirección no es ejercido directamente por la matriz sino a través o en concurrencia con una o varias de sus filiales o vinculadas a ella o a sus subordinadas, la controlada se llama subsidiaria. En ambas hay siempre dos elementos característicos: 1) Existencia de dos o más sociedades y 2) Aparente independencia entre ellas”[1]. (Subrayas y negrilla fuera de texto).</p> <p>De acuerdo con lo anterior, si bien las subordinadas son personas jurídicas independientes, que requieren dicha formalidad para poder operar en el mercado, materialmente son totalmente dependientes de su matriz.</p> <p>§ Acreditación de Experiencia de matriz o subordinada en Colombia - Antecedentes en otros procesos de contratación de distintas entidades del Estado y en normatividad vigente</p> <p>Ahora, dentro de los procesos de contratación de las diferentes entidades estatales – Ministerio de Transporte, Aeronáutica Civil, Radio Televisión Nacional de Colombia, EAAB, entre otros - , es reconocido que la experiencia se puede acreditar válidamente o bien a través de la invocación de la experiencia de la matriz o de las correspondientes subordinadas. Lo anterior, toda vez que por efectos del principio de igualdad que rige los procesos de contratación, no sería procedente el excluir una de las referidas figuras, lo cual no tendría sustento objetivo o jurídico alguno.</p> <p>En efecto, tal acreditación de experiencia, incluida en algunos procesos como “Invocación de Méritos”, prevé y permite las (2) hipótesis y no así sólo una de las dos, como en el caso particular de este proceso de contratación</p>	<p>acceder al proceso de selección, obviamente siempre que se otorguen en igual medida garantías a la Entidad.</p>

No.	NOMBRE DE QUIEN PREGUNTA	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>adelantado por la ANI. Lo anterior implica que en este proceso de contratación, el que la matriz no pueda acreditar experiencia de sus subordinadas, como si se permite para los casos en que lo hace la subordinada acreditando experiencia de su matriz, configura un trato desigual y un formalismo que contraviene los principios de las actuaciones administrativas, que en los términos del numeral 11 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debe ser removido por tratarse precisamente de un obstáculo meramente formal.</p> <p>Ahora, a título de referente y por considerarlo importante toda vez que desde el punto de vista normativo puede traerse a colación por constituir reglamentación recientemente impartida por el Gobierno Nacional frente a este punto, el párrafo primero del artículo 4° del Decreto 2400 de 2006, por medio del cual se regula la construcción de Interconexiones Internacionales de Gas Natural, se establece lo siguiente "(...) para acreditar la capacidad técnica, el Transportador en las interconexiones internacionales podrá invocar no sólo sus propios méritos, sino también los de (i) las sociedades controladas por él, y/o (ii) las Sociedades que lo controlen. La capacidad financiera deberá estar soportada en los estados financieros correspondientes al último ejercicio anual auditado (...)". (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p> <p>§ Sobre el Principio de Igualdad</p> <p>El principio de igualdad representa uno de los pilares fundamentales de la sociedad, el cual no puede ser entendido como un principio absoluto, de trato igual a todas las personas, sino que implica el reconocimiento de diferencias para efectos de establecer excepciones y hacer equitativa la aplicación de la ley. En este sentido, se ha señalado por la doctrina lo siguiente:</p>	

No.	NOMBRE DE QUIEN PREGUNTA	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>“Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)<sup>3</sup>.” [2]</p> <p>Lo anterior, refleja el reconocimiento de la interpretación del principio de igualdad bajo la óptica de un trato que busque el reconocimiento de las diferencias y la aplicación de la ley teniendo en cuenta tales situaciones diferenciales.</p> <p>Ahora, el análisis de dicho principio de igualdad debe estar estructurado según lo ha señalado la propia Corte Constitucional en un estudio de “razonabilidad” [3], en el cual se señaló que el análisis de la justificación debe efectuarse mediante un “test de razonabilidad”, compuesto por las siguientes etapas:</p> <p>“a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual”; “b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.”; y “c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido” [4].</p> <p>En razón de todo lo anterior, el permitir la acreditación de experiencia por parte de las subordinadas respecto de su matriz sin permitir la acreditación de la experiencia a la inversa, deberá analizarse a la luz del principio de</p>	

No.	NOMBRE DE QUIEN PREGUNTA	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>igualdad y en particular, de la razonabilidad de la aplicación de dicho requisito diferencial.</p> <p>§ Permitir la acreditación de experiencia de las subordinadas respecto de su matriz y restringir la acreditación de la experiencia de la matriz respecto de sus subordinadas constituye una violación al principio de igualdad</p> <p>Teniendo en cuenta todo lo anterior, el restringir la acreditación de experiencia de la matriz respecto de sus subordinadas no resulta razonable en la medida que la sustentación de tal restricción conforme lo manifestado por la entidad se sustenta única y exclusivamente en que los pliegos no permiten tal posibilidad, sin presentar argumento jurídico alguno frente al particular.</p> <p>En este sentido, desconocer que se trata de 2 situaciones que presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias, y no permitir una de ellas, implicará el desconocimiento de la realidad y normatividad aplicable en materia de matrices y subordinadas en Colombia, de una parte, y de la otra, implica trato desigual a una compañía que cumple plenamente con los requerimientos propios del proceso.</p> <p>En efecto, así como se permite que la experiencia de la matriz sea la misma experiencia de la subordinada, es aún más evidente que debe permitirse que la experiencia de la subordinada sea considerada como experiencia propia de la matriz, quien es su controlante, y asumiría la responsabilidad final y directa frente a la entidad contratante.</p> <p>Es evidente que el permitir la acreditación de experiencia por parte de matrices y/o subordinadas en los procesos de selección, permite a las diferentes entidades del Estado analizar la verdadera capacidad de los proponentes en atención a la experiencia que poseen y han adquirido en su operación bien a nivel nacional o a nivel internacional, de una parte, y de la</p>	

No.	NOMBRE DE QUIEN PREGUNTA	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>otra, permitirá abrir la posibilidad de participación a un mayor número de proponentes, es decir se cumplen los cometidos de la contratación administrativa.</p> <p>§ Solicitud</p> <p>De acuerdo con todo lo anterior, atentamente solicitamos permitir la acreditación de experiencia o “invocación de méritos”, bien de la matriz o bien de sus subordinadas.</p> <p>En el caso particular, conforme la documentación allegada oportunamente al proceso, se encuentra debidamente acreditado que la sociedad Deloitte Advisory S.L. tiene la condición de matriz de las sociedades Asesores de Infraestructura S.L. y Técnicos de Transporte y Territorio ETT SAU, toda vez que es titular del 100% de su capital, lo cual se encuentra debidamente inscrito en el registro mercantil correspondiente, y en razón de lo así planteado, atentamente solicitamos permitir acreditar a Deloitte Advisory S.L la experiencia adquirida por tales subordinadas. Lo anterior, en desarrollo del principio constitucional de la igualdad y su aplicación razonable en función de los parámetros trazados a nivel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de una parte y, de la otra, en aplicación directa de la Ley, es decir de los presupuestos de subordinación establecidos por el artículo 260 y 261 del Código de Comercio y los principios de las actuaciones administrativas en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – que permite la remoción de obstáculos meramente formales que no hacen sentido porque no permiten la efectivización de los derechos sustanciales.</p>	

Sandra Milena Rueda Ochoa – Gerente GIT Modo Férreo VE  
 Roger Rodríguez Moreno – Experto GIT Férreo VE  
 Lilibian Andrea Coy Cruz – Gerente GIT Estructuración VJ  
 Mayra Piedad León Vega – Contratista GIT Estructuración VJ  
 Gabriel Eduardo del Toro Benavides – Gerente GIT Contratación VJ  
 Jorge E. Perdomo Villadiego – Experto GIT Contratación VJ