

Bogotá, D.C., Junio 28 de 2011

CO-TE01-0057-2011
Para responder cite este código

Señores

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Atn. Dra. MARIA INES AGUDELO VALDERRAMA
Gerente General
Instituto Nacional de Concesiones - I
Ciudad

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2011-409-017949-2
Fecha: 28/06/2011 15:50:44->203
OEM: LICITACIONES
Anexos: SIN



TEMA: CONCURSO DE MÉRITOS No. SEA-CM-PRE-003-2010, *Seleccionar la Propuesta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Interventoría cuyo objeto será: "La interventoría integral del Contrato de Concesión No. 007 del 04 de agosto de 2010, el cual hace parte del Proyecto Vial Ruta del Sol y que corresponde al Sector 3: San Roque Yé de Ciénaga y Valledupar Carmen de Bolívar*

Respetados señores:

Por medio de la presente, le solicitamos cordialmente a la entidad atienda las observaciones relacionadas con la propuesta del CONSORCIO VIAL 2011, en atención a lo siguiente:

1. EN CUANTO A LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN PARA CONTRATAR A POYRY INFRA S.A.

Del análisis efectuado al informe de evaluación del presente proceso, se observa que el INCO no encuentra en la propuesta del CONSORCIO VIAL 2011 la firma de por lo menos dos representantes legales que como mínimo debían avalar la voluntad de comprometer contractualmente a la sociedad POYRY INFRA S.A., tal como lo ordenan los estatutos de la sociedad registrados en el Certificado de Existencia y Representación Legal y el Registro Único de Proponentes, y que por tal razón le solicitan a este miembro del proponente presentar la correspondiente autorización del órgano social que avale la firma de un representante legal, y no de dos, para comprometer a esta empresa en la propuesta.

Al respecto, si bien se considera acertado el análisis hecho por la entidad en cuanto a que de conformidad con el numeral 3.4.3 del documento de convocatoria para la conformación de la lista corta del presente concurso de méritos, es obligación de todos los proponentes plurales "Acreditar la existencia, vigencia, representación legal y la Capacidad Jurídica de todos y cada uno de los miembros de la Estructura Plural

OFICINAS
Carrera 7 No 27- 40 Piso 2 Bogotá

servinc@servinc.org

1
TELÉFONOS
Teléfonos (1) 2831026 – 2831702
Fax (1) 6092440

(según corresponde para quienes deben y quienes no deben estar inscritos en el RUP de conformidad con lo establecido en el presente Documento de Convocatoria), de tal manera que sea claro que todos los representantes cuentan con facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los integrantes, en todos los aspectos que se requieran para la presentación de la Manifestación de Interés, de la Propuesta, y para la suscripción y ejecución del Contrato de Interventoría a través de la forma asociativa escogida", es importante recordar al INCO que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario del párrafo primero del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, "En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso", con lo cual, en el caso concreto del número de representantes de POYRY INFRA S.A., el INCO se encuentra imposibilitado para solicitar subsanación alguna en relación con el número de representantes legales que pueden suscribir el correspondiente contrato, habida cuenta que este requisito es propio de la capacidad de la empresa como miembro del CONSORCIO VIAL 2011 para presentar oferta, esto es, de su capacidad jurídica.

En efecto, debe ponerse de presente a la entidad que si bien el certificado de existencia y representación legal y el RUP de POYRY INFRA S.A. expresan dentro de las facultades de los representantes legales que "cualquiera de los representantes legales podrá individualmente y sin limitación alguna por la cuantía, presentar todas las propuestas que considere convenientes a los intereses de la sucursal ante entidades gubernamentales colombianas de cualquier orden respecto de licitaciones o concursos o cualquier otro procedimiento de selección que inicien dichas entidades gubernamentales colombianas", lo cual permite inferir en principio que esta empresa cumple con el componente de vinculación jurídica en la fase de presentación de manifestaciones de interés con la firma de uno de los representantes legales de la misma, también es cierto que el mismo numeral 3.4.3 de la convocatoria a conformación de lista corta ya referido, expresa de manera clara e inequívoca en el literal (a) "Existencia, Vigencia, Representación Legal y Capacidad Jurídica", numeral (iii) que "Cuando el representante legal de las personas jurídicas nacionales o de las sucursales en Colombia tenga limitaciones estatutarias para presentar la Manifestación de Interés y/o Propuesta, suscribir el Contrato o realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de la Manifestación de Interés y/o de la Propuesta, la participación en el Concurso de Méritos y/o para la contratación en caso de resultar adjudicatario, se deberá presentar en la Manifestación de Interés un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente, que autorice la presentación de la Manifestación de Interés y de la Propuesta en caso de resultar incluidos en la Lista Corta Definitiva, la celebración del Contrato y la

realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar adjudicatario". (Subrayado y Negrilla fuera de texto).

Lo anterior implica que la firma POYRY INFRA S.A. debió expresar en el documento de Manifestación de Interés la circunstancia relativa a la necesidad de la firma de dos (2) representantes legales para la celebración del contrato, tal como lo exige el documento de convocatoria, y de hecho debió realizar tal manifestación en el correspondiente acuerdo consorcial, porque si bien es claro que el contrato sería suscrito por el representante legal del consorcio como figura de asociación, y no por el representante legal del miembro del proponente individualmente considerado, lo cierto es que ante la ausencia de una previsión específica en los estatutos de la sociedad para la vinculación de esta empresa en contratos estatales bajo formas de asociación tales como consorcio o uniones temporales, tal como sí se presenta para los eventos en que la empresa sea adjudicataria como persona jurídica individual, no existe una determinación clara e inequívoca de la capacidad jurídica de POYRY INFRA S.A. como miembro del CONSORCIO VIAL 2011, y ello, para efectos de la contratación estatal, deviene en un rechazo de la propuesta de este oferente por un vicio en la capacidad para presentar oferta.

Es así como, es claro que ante esta incertidumbre jurídica, que deriva en el hecho de que en caso de algún inconveniente durante la ejecución del contrato no haya certeza de la vinculación en derecho de POYRY INFRA S.A. como sujeto pasivo de sanciones o apremios para el cumplimiento del mismo, la consecuencia de cara al régimen contractual público consiste en falta de capacidad para presentar la oferta por la no demostración de la plenitud de ésta, y ello, al tenor de lo dispuesto en la normatividad anteriormente citada (artículo 10 Decreto 2474 de 2008), es de carácter insubsanable.

En este punto, es pertinente manifestar al INCO que la solicitud de autorización del órgano social de POYRY INFRA S.A. que faculte a un solo representante legal tanto para la presentación de la propuesta como para la suscripción del contrato en este estado del proceso deviene en ilegal, habida cuenta que el Consejo de Estado en sentencia de 26 de enero de 2011 manifestó claramente que la capacidad jurídica es insubsanable con posterioridad al cierre del procedimiento de selección,

Al respecto, manifestó la Corporación:

La celebración de un negocio jurídico es, fundamentalmente, una disposición de intereses que supone la intervención del sujeto o de los sujetos que van a realizar la regulación y en consecuencia su estructuración implica la existencia de quien o quienes harán tal disposición.

Con otras palabras, sólo quienes tengan capacidad pueden celebrar negocios jurídicos, principio éste que rige tanto en el derecho privado como en la contratación estatal, sin que en ésta última pueda tenerse como excepción el caso de las uniones temporales y de los consorcios.

Pero además, la celebración de un negocio jurídico requiere, entre otros presupuestos de validez, la capacidad de las partes, tal como lo pregonan el inciso primero del artículo 1502 del Código Civil y el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, lo que es tanto como decir que los contratantes deben tener capacidad de ejercicio o de obrar.

En síntesis, celebrar un negocio jurídico, en el derecho privado como en el ámbito de la contratación estatal, requiere que la parte o partes negociantes existan y que tengan aptitud para ejercer por sí mismas los derechos, o, lo que es lo mismo, que, además de tener capacidad de goce o jurídica, ostenten la de obrar o de ejercicio.

Esta la razón para que el artículo 6° de la Ley 80 de 1993 disponga que “pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.”

[...]

El deber de selección objetiva es desarrollado por la ley mediante el señalamiento de los criterios que deben ser tenidos en cuenta por las entidades estatales, entre los que se encuentra aquel que indica que “la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje...”

Con otras palabras, según esta disposición sólo estará habilitado para participar en el proceso de selección aquel proponente que tenga capacidad jurídica y las calidades suficientes para la ejecución del objeto contractual, tales como experiencia, capacidad financiera, capacidad de organización y capacidad técnica.

Y es que si lo que se persigue mediante la actividad contractual del estado es la pronta y eficaz prestación del servicio público, resulta obvio que es trascendente para este propósito exigir que quien ofrezca colaborar contractualmente con la entidad estatal, no solamente tenga capacidad jurídica sino que también ostente la experiencia y las condiciones técnicas, financieras y de organización administrativa suficientes para ello, pues así, y sólo así, podrá ser satisfecho plenamente el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Ahora, como todas estas son condiciones que se refieren a la persona del oferente y que determinan si puede concurrir al proceso de escogencia, es por lo que precisamente no conceden puntaje, exceptuada, por supuesto, la hipótesis prevista en el numeral 4º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

Pero el proponente no sólo debe tener la capacidad jurídica y las condiciones suficientes para ejecutar el objeto contractual sino que también debe demostrarlas acreditando todos los elementos integrantes, salvo aquellos respecto de los cuales la ley establezca una presunción de existencia.

Por esta razón es que el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 hace referencia a la verificación de tales condiciones.

Por regla general el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 obliga a todas las personas que pretendan contratar con las entidades estatales a que se inscriban en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio de su domicilio principal.

Al inscribirse, cada proponente necesariamente hará constar lo atinente a su capacidad jurídica y a sus condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, se clasificará y se calificará, todo de acuerdo con la documentación que debe presentar como soporte de la información que ha consignado, correspondiéndole entonces a la respectiva Cámara de Comercio hacer la verificación documental de la información aportada. (Numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007).

Hecha la inscripción, la demostración de la capacidad jurídica y de las condiciones de los proponentes sólo puede hacerse con la certificación que se expida con fundamento en el registro Único de Proponentes y ese certificado será plena prueba de tales condiciones, razón por la cual "las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro." (Inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007).

Sin embargo, "solo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa." (Inciso tercero del numeral 6.1 de la Ley 1150 de 2007).

En conclusión, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, las entidades estatales sólo podrán pedir, y los proponentes sólo podrán aportar, la información o la

documentación que no sea objeto de “verificación documental por parte de la Cámara de Comercio... o la que se requiera para constatar requisitos adicionales de los proponentes cuando las características del objeto a contratar lo exija.” (Artículo 1º del Decreto Reglamentario 4881 de 2008).

[...]

Esta capacidad debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, según se desprende de lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 al señalar que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, pues si, contrario sensu, quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta.

Pero además debe probarse, y como quiera que las circunstancias inherentes a la capacidad jurídica del proponente son materia del Registro Unico de Proponentes y de verificación documental por parte de la correspondiente Cámara de Comercio, resulta que se prueba plena y exclusivamente con el correspondiente certificado del RUP y que las entidades estatales no podrán exigir, ni los proponentes aportar, ninguna otra documentación relacionada con ella, tal como se desprende de lo previsto por el inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007.

Ahora, como la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, es consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta.

[...]

Ya quedó establecido que la capacidad jurídica del proponente debe existir al momento de presentar la oferta.

El inciso primero del artículo 10º del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 empieza por enfatizar que las propuestas no pueden ser rechazadas por falta de requisitos o documentos que “verifiquen” las condiciones del proponente que no constituyan factores de selección, los que pueden ser solicitados hasta la adjudicación, previsión ésta que en un todo se ajusta al párrafo primero del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

El inciso final de aquella norma, y que contiene la disposición impugnada, señala que las entidades estatales no pueden permitir en ningún caso que se subsane la

“falta de capacidad para presentar la oferta”, lo que por el verbo empleado implica referirse a la existencia de la capacidad jurídica.

Luego, lo que está expresando el decreto reglamentario es que la falta de capacidad jurídica no puede ser subsanada y que la falta de los requisitos o documentos relacionados con las condiciones del proponente pueden ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación.

[...]

Pues bien, de acuerdo con lo antes mencionado, resulta claro que, según la Ley 1150 de 2007, lo atinente a la capacidad jurídica del proponente es una condición que debe existir al momento de la oferta y que, por lo mismo, no es susceptible de ser saneada ulteriormente, ni por solicitud de la entidad estatal ni por iniciativa del oferente¹.

Es así como, es claro que el INCO no puede solicitar al CONSORCIO VIAL 2011 subsanar lo correspondiente al número de representantes legales de POYRY INFRA S.A. que pueden avalar la propuesta y vincular jurídicamente a esta empresa con la misma, pues este requisito hace parte del componente de capacidad jurídica, y en esa medida, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia, no es susceptible de subsanación con posterioridad al cierre del proceso de selección. En consecuencia, la entidad debe proceder a rechazar la propuesta por ausencia de capacidad jurídica de uno de sus miembros, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, así como del numeral 3.12.1 del pliego de condiciones del presente concurso de méritos, según el cual *“En los términos del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 el INCO podrá solicitar en cualquier momento hasta la publicación del informe de evaluación final que el Proponente Precalificado aclare la información presentada en la Propuesta. Sin perjuicio de lo anterior, la ausencia o errores en los documentos mediante los cuales se acredita la Capacidad Jurídica, no serán subsanables y por lo tanto implicarán el rechazo de la Propuesta”.*

Por otra parte, respecto del análisis hecho al documento que aporta el proponente con el fin de demostrar la capacidad suficiente del representante legal de la sucursal de POYRY INFRA S.A., siendo este identificado con el Radicado No 2011-409-016010-2, tenemos que concluir sin lugar a dudas que el órgano directivo de la firma POYRY INFRA S.A., no facultó a su representante legal en Colombia para suscribir el contrato que se produzca como resultado de la adjudicación del proceso de selección

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2011, Exp. 36408.

tal como lo exige el numeral 3.4.3 del documento de convocatoria previamente citado.

Lo anterior se deduce en tanto que el órgano directivo se enfocó en reiterar lo previamente esgrimido por el CONSORCIO VIAL 2011, al señalar lo siguiente:

“Que los representantes legales en Colombia no tiene limitación INDIVIDUAL para presentar manifestación de interés, ofertas, acuerdos consorciales, otorgar poderes o adelantar cualquier actuación dentro de los procesos contractuales que se adelantan de conformidad con la ley Colombiana. Esto es diferente a que la suscripción de Un contrato que sea eventualmente adjudicado DIRECTAMENTE a Poyry Infra S A, deban CONCURRIR con la firma, dos representantes. Lo anterior, está expresamente determinado en los documentos registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá y el RUP y por lo tanto, no es aceptable interpretaciones diferentes de lo que en desarrollo de la autonomía de Poyry Infra S.A., se decidió en cuanto a las facultades de sus representantes legales en Colombia”.

Así pues, de la lectura literal del texto anteriormente citado se debe deducir obligatoriamente que el órgano máximo de administración de la sociedad POYRY INFRA S.A., integrante del CONSORCIO VIAL 2011, no ha facultado a un único representante legal para suscribir el contrato de acuerdo con lo requerido por la entidad en el numeral 3.4.2 previamente citado.

Sin perjuicio de lo anteriormente citado, si la entidad considera que el documento aportado por el CONSORCIO VIAL 2011, respecto de la autorización que debe tener un representante legal de la sucursal de POYRY INFRA S.A en Colombia para suscribir un contrato, es válido para demostrar las facultades que posee el representante legal del integrante requerido, debemos recordarle al grupo evaluador lo resuelto por la entidad en el proceso de conformación de lista corta del Concurso de Meritos SEA-CM-002 de 2010 en relación con el proponente CONSORCIO RDS 2010.

En atención a lo anterior tenemos que, en el informe de respuestas a observaciones presentadas al informe preliminar de evaluación Concurso de Méritos SEA-CM-PRE-002-2010, publicado el 11 de junio de 2010 en el SECOP, la entidad considero que la sociedad SIGA INGENIERIA Y CONSULTORIA S.A. SUCURSAL COLOMBIA, integrante del CONSORCIO RDS 2010, no cumplía con el requisito de existencia exigido por la entidad en tanto que su duración no era igual o superior al exigido para la ejecución del contrato a adjudicar. Ante esta situación el proponente radico un acta de junta extraordinaria de accionistas en donde la sociedad SIGA se compromete a ampliar el plazo de duración de la misma. En virtud del acto de aclaración o subsanación hecho por el proponente la entidad dio la siguiente respuesta:

(...)

Con fundamento en la (sic) anterior, y teniendo en cuenta que el Acta Novena de la Junta Extraordinaria de Accionistas de SIGA INGENIERÍA Y CONSULTORIA S.A. SUCURSAL COLOMBIA suscrita en la ciudad de Santiago de Chile, tiene fecha de 2 de junio de 2010, fecha posterior al término establecido para el cierre del presente concurso de méritos, se da aplicación a lo dispuesto en el numeral 3.10 del Documento de Convocatoria en consonancia con lo señalado en el inciso quinto del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, el cual dispone :“(...) en ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acredite circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. (Subrayado fuera y negrilla fuera de texto)

Por lo tanto, la calificación jurídica es NO HÁBIL.

Así las cosas, le solicitamos a la entidad declare inhábil la manifestación de interés presentada por el CONSORCIO VIAL 2011, en la medida que su aclaración primero, no es válida de acuerdo con lo señalado por el consejo de estado en sentencia previamente citada, segundo carece del contenido requerido por la entidad puesto que no faculta al representante legal para suscribir el contrato y tercero, dicha aclaración se realiza con posterioridad a la fecha de cierre del proceso razón por la que se están acreditando circunstancias posteriores.

Respetuosamente,



MIGUEL ANGEL BETTIN JARABA
Representante Legal
CONSORCIO PROYECCIÓN VIAL SAN ROQUE