

INFORME RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES

PRECALIFICACIÓN No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

“LA ANI ANUNCIA SU INTENCIÓN DE ADJUDICAR UN CONTRATO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA AL ORIGINADOR PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ S.A.S - ACCENORTE, BAJO LAS CONDICIONES ACORDADAS ENTRE ESTE Y LA ENTIDAD, SI NO EXISTIEREN OTROS INTERESADOS EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO, CUYO OBJETO ES: “LA FINANCIACIÓN, LOS ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL DE LOS ACCESOS NORTE A LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.”, DE ACUERDO CON EL APÉNDICE TÉCNICO 1 Y DEMÁS APÉNDICES DEL CONTRATO”

I. OBSERVACIONES REALIZADAS POR LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ S.A.S., respecto de la manifestación de interés presentada por la Sociedad Anónima de Obras y Servicios, COPASA, Sucursal de Colombia, mediante radicado No. 2016-409-056769-2 del 6 de julio de 2016.

Con relación a las observaciones realizadas por La Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogotá S.A.S., radicadas con el No. 2016-409-056769-2 y publicadas en el Secop el día 7 de julio de 2016, la Agencia informa que el día 11 de julio de 2016 se publicó en el Secop, la Contraobservación presentada por la Sociedad Anónima de Obras y Servicios, COPASA, Sucursal de Colombia, enviada mediante correo electrónico de la misma fecha.

Así mismo, a continuación se emite la respuesta de la Agencia en los siguientes términos:

A efectos de atender el problema jurídico propuesto, a continuación procederemos a precisar, en primer término, el régimen legal de contratación aplicable a los proyectos de asociación público privada para, posteriormente, analizar las observaciones formuladas por el originador en el marco del proceso de selección que nos ocupa.

I. Régimen jurídico proyectos de Asociaciones Público Privadas (APP)

Con el fin de dotar la presente respuesta del marco jurídico aplicable a la situación fáctica planteada por el observante y con el propósito de contar con herramientas jurídicas que nos permitan resolver de fondo la observación, resulta de la mayor importancia analizar, en primera medida, el artículo 2 de la ley 1508 de 2012 en el que de forma clara se define las Asociaciones Público Privadas (APP) como un “instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho” que deberá suscribirse para materializar la “provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados”.

Con fundamento en esta modalidad de vinculación de capital privado, la Agencia Nacional de Infraestructura/ANI en estricto cumplimiento de las funciones asignadas en el Decreto 4165 de 2011, ha participado en la planeación, coordinación, evaluación, estructuración y contratación de proyectos de concesión bajo esta tipología contractual tanto de iniciativa pública como de iniciativa privada, lo anterior, en aras de dar cumplimiento a los acápites relativos al desarrollo de Infraestructura de Transporte vial previstos en el Plan Nacional de Desarrollo .

Teniendo presente el marco anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura/ANI ha adelantado los procesos de selección objetiva de contratistas de acuerdo con las regulaciones que específicamente se tienen para esta materia; así, se tiene que para la contratación de los proyectos de iniciativas privadas sin recursos públicos debe adelantarse un proceso de selección abreviada con precalificación.

Para el caso concreto, la ANI se encuentra adelantando una Invitación a Precalificar VJ-VE-APP-IPV-002-2016 cuyo objeto señala: “La ANI anuncia su intención de adjudicar un Contrato de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada al Originador Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogotá S.A.S - Accenorte, bajo las condiciones acordadas entre este y la Entidad, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto, cuyo objeto es: “la financiación, los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de los accesos norte a la ciudad de Bogotá D.C.”, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás apéndices del Contrato”

En desarrollo de la Invitación a Participar la ANI ha establecido los requisitos habilitantes con los cuales deberá contar cualquier persona interesada en hacer parte, para esta instancia, en la conformación de la lista de precalificados tal y como lo indican los artículos 12 y 20 de la ley 1508 de 2012, y el artículo 2.2.2.1.4.7 del Decreto 1082 de 2015.

Una vez surtida esta etapa y conformada la lista de precalificados de ser el caso, se adelantarán las actuaciones tendientes a desarrollar un proceso de selección abreviada con el fin de adjudicar el proyecto vial que nos ocupa.

Cabe resaltar, que una vez adjudicado, y conforme a las reglas establecidas en el proceso de selección, la ANI ha previsto para la suscripción y ejecución del contrato de concesión, la constitución de una sociedad de objeto único denominada SPV, definida en el numeral 1.4.45 del borrador de pliego de condiciones, documento anexo a la Invitación en comento y que al tenor literal señala:

“1.4.45 “SPV”. Es la sociedad de objeto único que deberá ser constituida por el Adjudicatario de conformidad con las Leyes colombianas y lo establecido en el presente Pliego de Condiciones. Esta sociedad tendrá el derecho y la obligación de suscribir el

Contrato, y su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las Leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que se conforme.”

II. Respuesta a las observaciones

Hecha las precisiones que anteceden y una vez analizados los argumentos esgrimidos, resulta oportuno atender puntualmente la observación del originador, en el orden propuesto por éste en su escrito

1. Exigencia para las sucursales de sociedades extranjeras que tenga por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público.

El observante manifiesta en su escrito que la ANI, al tener como válida la manifestación de interés presentada por la Sociedad Anónima de Obras y Servicios, COPASA, Sucursal de Colombia, está desconociendo el precepto del artículo 473 del Código de Comercio que establece:

“ARTÍCULO 473. CASOS EN QUE EL REPRESENTANTE LEGAL Y SUPLENTE DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA DEBE SER CIUDADANO COLOMBIANO. Cuando la sociedad tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante y los suplentes de que trata el ordinal 5o. del artículo anterior serán ciudadanos colombianos.”

Debe señalarse preliminarmente, que la sucursal de una sociedad extranjera no tiene personería independiente de la sociedad, por lo cual, sucursal y matriz son una misma persona jurídica. Sin embargo, es sabido que las sucursales de sociedades extranjeras, que son vehículos corporativos utilizados por sociedades domiciliadas fuera del país, tienen dos finalidades principales: (i) desarrollar actividades permanentes en el territorio nacional, y (ii) realizar inversiones en determinados sectores de la economía.

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, las sucursales de sociedades extranjeras son consideradas establecimientos de comercio abiertos en Colombia por una sociedad domiciliada en el exterior, cuyo administrador tiene facultades para representarla legalmente. La apertura de una sucursal de esta naturaleza permite a la sociedad extranjera desarrollar, de manera permanente, actividades y negocios en el territorio nacional.

El artículo 497 del Código de Comercio, hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras el régimen de las sociedades nacionales, presupuesto que permite definir las sucursales extranjeras en los términos previstos en el artículo 263 ibídem, así: **"Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios**

sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad”.

En este sentido el artículo 471 ibídem, ordena a las sociedades extranjeras que proyectan desarrollar negocios permanentes en el país, **establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, mediante la protocolización en una notaría del lugar elegido como su domicilio en el país**, de las copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, de la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes.

En punto a la resolución de incorporación y concretamente de establecer negocios permanentes en Colombia, señala el artículo 472 del mismo código, los siguientes requisitos:

“1º) Los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto de la claridad y concreción del objeto social;

2º) El monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes, si las hubiere;

3º) El lugar escogido como domicilio;

4º) El plazo de duración de sus negocios en el país y las causales para la terminación de los mismos;

5º) La designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales; y

6) La designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia.” Subrayas fuera de texto.

De donde es dable afirmar, que si bien es cierto, las actuaciones de la sucursal se entienden realizadas directamente por la Casa Matriz, no lo es menos que la constitución de la sucursal, mediante la cual una sociedad extranjera desarrolla una actividad permanente en el territorio nacional, se formaliza con sujeción al ordenamiento jurídico vigente en nuestro país.

De acuerdo con lo expuesto, debe reiterarse, que conforme con lo establecido en el artículo 469 del Código de Comercio, son extranjeras las sociedades constituidas con sujeción a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior y, según el artículo 471 ídem, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual deberá protocolizar en una Notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes.

Así mismo el artículo 474 del Código de Comercio establece, cuales actividades se entienden como permanentes para los efectos anteriores:

“ARTÍCULO 474. ACTIVIDADES QUE SE TIENEN COMO PERMANENTES. Se tienen por actividades permanentes para efectos del artículo 471, las siguientes:

- 1) Abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría;*
- 2) Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios;*
- 3) Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado;*
- 4) Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramas o servicios;*
- 5) Obtener del Estado colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma y,*
- 6) El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional.”*

Queda claro entonces, que a la luz de la legislación mercantil nacional, para que una sociedad extranjera pueda desarrollar actividades permanentes en Colombia, es preciso que establezca una sucursal con el lleno de los requisitos formales y sustanciales para garantizar, por una parte, las condiciones económicas, financieras y jurídicas necesarias para ello y, por otra, la publicidad inherente a su ejercicio.

Cabe resaltar que de la lectura sencilla de los artículos anteriores se advierte con suma claridad que la intención del legislador es clara al determinar de forma taxativa las actividades que se consideran como permanentes con el fin de exigir a una sociedad extranjera el cumplimiento de ciertos requisitos para desarrollar actividades de este tipo en el país. Así las cosas, no le corresponde al operador jurídico hacer interpretaciones extensivas de este artículo dando carácter de permanente a cualquier otra actividad ejecutada por una sociedad extranjera diferente de las enlistadas en el artículo precedente.

Para el caso concreto, esto es para la etapa procesal correspondiente a la presentación de manifestaciones de interés dentro de una Invitación a Precalificar, no se estableció a título de requisito la constitución de una sucursal en Colombia, puesto que para la etapa que se viene no se encuentra prevista en la normatividad vigente como una actividad permanente, razón por la cual, podría actuar una sociedad extranjera a través de un apoderado en el país, tal como consta en los acápites 2.1.1. y 3.1.1. *“Personas Jurídicas sin sucursal en Colombia”* de la invitación mencionada.

Con base en los fundamentos jurídicos vertidos en los párrafos anteriores, resulta oportuno afirmar que el hecho de que la sociedad extranjera de origen español Sociedad Anónima de Obras y Servicios, COPASA, haya presentado su manifestación de interés a través de su sucursal en Colombia, por este sólo hecho, la actividad desarrollada no se convierte en una actividad de las nombradas permanentes, por lo tanto no podría entonces exigirse el cumplimiento de requisitos legales más allá de los enmarcados en la Invitación a Precalificar, e incluso, de haber actuado como sociedad extranjera a través de apoderado, su manifestación, por ese solo hecho no puede desestimarse.

Ahora bien, bajo la consideración de que la sociedad extranjera se encuentra en desarrollo de una actividad que no se entiende permanente, como lo es la presentación de una manifestación de interés en un proceso de Selección Abreviada con Precalificación, habría que entrar a analizar si para esta etapa, esta es, la correspondiente a la Invitación a precalificar, ésta cumple con los presupuestos previstos en este documento o si por el contrario, se evidencia que lo aportado en su manifestación de interés no es suficiente para acreditar lo solicitado.

2. Capacidad Jurídica y Representación Legal Sociedad Anónima de Obras y Servicios, COPASA, Sucursal de Colombia

De conformidad con lo anterior, y una vez evidenciado el tipo de actividad de que se trata la presentación de una manifestación de interés dentro de un proceso como el que nos ocupa, y que la misma por sí sola no es una actividad de las permanentes establecidas en el Código de Comercio, se procede a dar claridad respecto así la manifestación de interés presentada por la sociedad extranjera de la referencia contaba con la capacidad jurídica y la representación legal para participar en el presente proceso de selección o si

por el contrario sus actuaciones se encuentran vedadas por el ordenamiento jurídico como lo pretende afirmar el observante.

Sea lo primero precisar, que es un requisito de validez de los contratos estatales que las personas que participen en su constitución cuenten con capacidad para contratar, en los términos previstos en los artículos 1502 y siguientes del Código Civil, así como en el artículo 6 de la ley 80 de 1993 que al tenor literal establece:

“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”

La capacidad a la que se refieren las normas en cita, hacen alusión única y exclusivamente a la capacidad legal que se refiere “a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos”¹.

En esa medida, no se debe confundir la capacidad de goce, que hace referencia al atributo con el que cuentan todas las personas que por razón de su naturaleza resultan idóneas para ser titulares de derechos, con la capacidad legal, requisito con el que deben contar los oferentes desde el mismo momento de la presentación de la propuesta, tal como se consagra en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

“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 excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”

Las diferencias entre las figuras de capacidad y representación han sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuya revisión resulta relevante con el fin de advertir aspectos generales que nos permitan identificar diferencias conceptuales y normativas entre estas dos figuras, de cara a establecer una posición jurídica frente a esta materia.

En primer término, vale la pena referir que el Consejo de Estado se ha pronunciado en providencia reciente, en la que da cuenta de diferencias notables entre la figura de la capacidad y la representación, que resulta de utilidad, a efecto de resolver la observación planteada.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera (12 de noviembre de 2014) Radicado interno 29.855, Consejero Ponente, Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, a priori, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal”²

En ese orden de ideas, la capacidad de una persona jurídica, se encuentra relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales como ocurre en el caso materia de análisis, su capacidad se relaciona en términos generales con el desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, tal como se consagra en el artículo 99 del Código de comercio así:

“La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”

Contrario sensu, la representación se circunscribe de forma exclusiva al otorgamiento de facultades para obrar en nombre de otro, lo cual posibilita dentro del ámbito puramente jurídico, que puedan intervenir sujetos que a priori no podría hacerlo. ³, es decir se permite que la sociedad participe en el proceso de selección, lo cual atañe a la capacidad de ejercicio de dichas personas.

Analizando el caso concreto, tenemos que el documento Invitación a Precalificar que se ha venido adelantando, establece en su numeral 3.4 los requisitos de orden habilitante de capacidad jurídica y representación legal que debe cumplir el manifestante de interés específicamente el numeral 3.4.3 en tratándose de personas jurídicas colombianas o extranjeras con domicilio o sucursal en Colombia. Dentro de los requisitos contenidos en los numerales citados, se destaca el subnumeral que hace referencia al objeto social que debe acreditar el manifestante en el contenido de su certificado de existencia y representación legal que al tenor literal expresa:

“CAPACIDAD JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN LEGAL.

3.4.3 Personas jurídicas Colombianas o Extranjeras con domicilio o sucursal en Colombia.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, (8 de febrero de 2012), Radicado interno 20.688. Consejera Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Ídem.

- (a) *Todas las personas jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, deberán adjuntar el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, en el que se indique la siguiente información y condiciones:*
- (i) *La existencia y representación legal;*
 - (ii) *La capacidad jurídica del representante legal para la presentación de la Manifestación de Interés individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso);*
 - (iii) **El objeto social deberá incluir o permitir desarrollar el objeto del presente Documento y la ejecución del Proyecto.** (Subraya y Negrilla Fuera de Texto)
 - (iv) *Que se han constituido con anterioridad a la fecha de la presentación de la Manifestación de Interés, y que el término de duración sea por lo menos igual a treinta (30) años contados a partir de la presentación de la Manifestación de Interés.*
 - (v) *Haber sido expedido máximo con treinta (30) Días Calendario de anterioridad contados desde la Fecha de Cierre de la Precalificación.*
- (b) *Cuando el representante legal de las personas jurídicas nacionales o de las sucursales en Colombia tenga limitaciones estatutarias para presentar la Manifestación de Interés individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso), o para realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de la Manifestación de Interés o la participación en la presente Precalificación, se deberá presentar junto con 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 la realización de los demás actos requeridos para la participación en la Precalificación”*

De la revisión minuciosa de Certificado de Existencia y Representación Legal aportado por el manifestante en el presente proceso, es posible evidenciar que el mismo integra en su contenido el objeto social de la sucursal, el cual corresponde a un objeto social amplio, y que no se limita únicamente a la gestión y explotación de servicios públicos, razón por la cual no puede afirmarse que para la etapa procesal de la Invitación a Precalificar, la sucursal se encuentre ejecutando actividades exclusivamente relativas al objeto

reprochado por el observante, pues contempla otra serie de actividades que se enmarcan en lo requerido en los apartes citados del documento de Invitación a Precalificar, con lo cual es posible afirmar que la sociedad en comento cuenta con la capacidad jurídica para participar en el presente proceso de selección.

En lo que respecta al criterio de representación legal que consiste en la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de “actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otro, encuentra el Comité Evaluador que el Apoderado designado cuenta con facultades plenas para ejecutar los actos requeridos en esta etapa del proceso, ya que las mismas se encuentra íntimamente ligadas con buena parte de las actividades relacionadas en su objeto, por tal motivo, todas las actuaciones circunscrita al desarrollo de la empresa gozan de plena validez y producen efectos jurídicos, sin que sea en esta instancia competencia de la Agencia entrar a discutir consideraciones frente a actos que no se han producido o que no guardan coherencia con la modalidad de selección que específicamente se pretende contratar, lo que nos lleva al siguiente objeto de análisis: El registro mercantil, la certificación de los actos en él inscrito como acto administrativo y la presunción de legalidad de éste y los aspectos relativos a la Constitución de la Sociedad Vehículo del Proyecto (SPV).

3. Acto de Registro como acto administrativo. Presunción de legalidad del acto.

La Invitación a Precalificar que nos ocupa, como ya se ha mencionado, exige la presentación del Certificado de Existencia y Representación legal de aquellas sociedades colombianas o extranjeras con sucursal o domicilio en Colombia para la verificación de la información o requisitos solicitados en el ámbito de la capacidad jurídica que debe acreditar el manifestante de interés.

Pues bien, debe anotarse que el Certificado de Existencia y Representación Legal es el documento mediante el cual las Cámaras de Comercio certifican todos aquellos actos y/o documentos que deban constar en el Registro Mercantil de acuerdo con el artículo 26 y siguientes del Código de Comercio.

Adicionalmente, las Cámaras de Comercio, si bien son entes privados, se encuentran revestidos de funciones administrativas asignadas por la Ley Comercial, en especial, y para el caso que nos ocupa, las contenidas en el artículo 86 del Código de Comercio.

Por lo anterior, es claro que todos los actos que expidan las Cámaras de Comercio en virtud de las funciones administrativas asignadas por la Ley se deben tener como actos administrativos en concordancia con el artículo 2 del C.P.A.C.A y su tratamiento estará dado por lo establecido para este tipo de actos en la norma mencionada.

Es entonces evidente, que llevar el registro mercantil es una función administrativa asignada a las Cámaras de Comercio, y dicho registro es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad del artículo 88 del C.P.A.C.A y que no puede ser desconocido en ningún caso por los operadores jurídicos mientras que no haya sido anulado por la jurisdicción correspondiente.

Con relación a la presunción de legalidad, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...)

Una de las más importantes manifestaciones del poder público lo constituye el acto administrativo; a través de él se exterioriza la voluntad unilateral del Estado-administrador, destinada a producir efectos en derecho.

(...)

*Se trata, pues, de decisiones que, por su propia naturaleza, están destinadas a cumplirse, para lo cual **el ordenamiento jurídico las ha rodeado de privilegios tales como la ejecutoriedad, la ejecutividad y la presunción de legalidad, características que, en mutuo apoyo, permiten al Estado-administrador, en buena parte de los casos, proveer a la ejecución de sus propios actos sin necesidad de acudir a instancias judiciales con ese propósito**, como ocurre -por regla general- en las relaciones entre particulares.*

(...)

De conformidad con el art. 66 del C.C.A. “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”. La pérdida de su fuerza ejecutoria ocurre de manera excepcional, por suspensión provisional; por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, fenómeno conocido como decaimiento del acto administrativo; por el transcurso del tiempo, es decir cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; por cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sometido; y cuando pierdan su vigencia.

Corolario del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, es que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad. De aquí se estructura el principio según el cual en nuestro régimen de derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos.

Ello no impide que se controvierta la validez del acto; pero si se busca controvertir judicialmente su concordancia con el orden jurídico, la ley ha dispuesto tanto para la propia administración como para los particulares los mecanismos procesales pertinentes, como son, entre otras, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, ante una jurisdicción especializada, continua y permanente, como lo es la contencioso administrativa.

(...).”⁴ Negrilla fuera del texto.

El Certificado de existencia y representación legal del manifestante de interés, es entonces plena prueba de los requisitos solicitados y el mismo se encuentra vigente y en firme en los términos del C.P.A.C.A, razón por la cual no puede la ANI desconocer su contenido ni entrar a determinar la existencia o no de un posible vicio de nulidad en la expedición del mismo ni mucho menos objetar la constitución de la sucursal la cual se realizó conforme a los requisitos legales establecidos en la Ley mercantil, al ser esta situación competencia de la jurisdicción contencioso administrativa tal y como el mismo artículo en comento señala. Así se tiene, que para el acto administrativo emitido por la Cámara de Comercio, objeto de análisis, se establece la posibilidad de ejercer recursos en vía gubernativa contra las decisiones adoptadas en el acto, y posteriormente, discutir su legalidad en la jurisdicción contencioso administrativa.

Corolario de lo anterior, le es dable a cualquier tercero oponerse a los actos inscritos en la Cámara de Comercio, ante las entidades competentes, ya sea por vía gubernativa ante la misma cámara y en apelación ante la Superintendencia de Industria y Comercio o en sede judicial, ante el juez competente, no siendo la ANI el ente llamado a conocer sobre la licitud o ilicitud de estos asuntos.

Mientras no medie una decisión judicial anulando el registro mercantil de la sucursal manifestante, no puede la ANI desvirtuar su contenido pues violaría de forma flagrante la presunción de legalidad de dicho acto e invadiría la órbita de las competencias legales establecidas de forma exclusiva para la jurisdicción contencioso administrativa adelantando actuaciones viciadas de nulidad, aún más que con el mismo se cumplen todos los requisitos previsto en la Invitación a Precalificar.

Así lo ha manifestado la Jurisprudencia en reiteradas oportunidades:

“(…)

ACTO ADMINISTRATIVO-Eficacia

La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente.

Fuerza ejecutoria del acto administrativo.

⁴ Consejo de Estado - Sección Tercera, (6 de Agosto de 2000), Sentencia 16973 de 2000. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernandez Enríquez.

La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita a la facultad que tiene la Administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados.

(...)

En esta forma, el acto administrativo tiene carácter ejecutorio, produce sus efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación, lo cual faculta a la Administración a cumplirlo o a hacerlo cumplir.

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos.

(...)

Los actos administrativos, por regla general, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello la norma demandada comienza por señalar que "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo". La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ocurre de manera excepcional, de conformidad con las causales establecidas por la ley, y en particular por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, parcialmente acusado.

(...)⁵ Negrilla fuera del texto.

4. El “SPV” como contratista y ejecutor del proyecto de APP

Otro punto importante a tener en cuenta es el hecho de que por la naturaleza de los proyectos de APP, y las previsiones de la entidad establecidas en el documento de borrador de pliegos de condiciones, el cual como ya se dijo en oportunidad anterior, hace parte integral de la Invitación a Precalificar, quien está llamado a la ejecución del contrato de concesión producto del proceso de selección que se desarrolle para la contratación de un proyecto de este tipo es la Sociedad Vehículo del Proyecto (SPV) que es una sociedad específica e independiente, creada para la gestión del proyecto, responsable de contratar su ejecución, obtener financiación y otras actividades inherentes al objeto contractual, es decir, que contaría

⁵ Corte Constitucional (23 de febrero de 1995), Sentencia No. C-069 de 1995. Magistrado Ponente, Hernando Herrera Vergara.

al momento de la suscripción del contrato con personalidad jurídica diferente de los promotores o proponentes, aunado a ello, está claro en las condiciones aceptadas al originador que quien goza de la titularidad de los activos del proyecto es el SPV y quien también tiene como obligación suscribir la cadena de contratos para la construcción, suministro, operación, mantenimiento etc. Adicional a las características mencionadas, incluyen entre otras, ser una sociedad creada bajo la normatividad colombiana con objeto único de acuerdo con la definición relacionada anteriormente.

Lo anterior implica, que la obligación legal de que trata el artículo 473 del Código de Comercio, no es de aplicación toda vez que quien suscriba y ejecute el contrato en comento será en todo caso una sociedad colombiana, situación que no se encuentra dentro de los supuestos fácticos del artículo mencionado.

No estaría entonces, en el caso concreto, la ANI desconociendo un mandato legal pues el mismo no es de recibo para la etapa del proceso de selección que en la actualidad se está surtiendo, y en virtud de la obligación del adjudicatario en este tipo de procesos de crear una nueva sociedad bajo las normas colombianas, la disposición en discusión no podría ser aplicada por no tratarse el contratista de una sociedad extranjera.

Visto lo anterior, no queda duda de que la manifestación de interés presentada por el manifestante en el proceso de selección, goza de plena validez para efectos del proceso de selección y no puede, en virtud de los argumentos expuestos, ser desestimada por la Entidad teniendo como fundamento la aplicación de una norma cuyos supuestos fácticos no se presentan en la situación concreta lo que deviene en la imposibilidad para el operador jurídico de dar aplicación a la misma.

III. Análisis en concreto de la documentación jurídica aportada por el manifestante.

Teniendo en cuenta lo anterior, y atendiendo a la evaluación realizada en virtud del proceso que nos ocupa, se constató que los requisitos exigidos en el artículo 472 del Código de Comercio se encuentran conformes a lo requerido en el Documento de Invitación Pública, anexo 1, carta de manifestación de interés, y reflejados en el documento de existencia y representación legal aportado por el manifestante de interés.

Así las cosas, el Comité evaluador no acoge las observaciones presentadas por el originador y confirma el contenido del informe de verificación de requisitos habilitantes jurídicos publicado el día 28 de junio de 2016 en el SECOP, salvo lo relacionado con la verificación de los puntos objeto de solicitud de subsane por parte de la Agencia, los cuales se verán reflejados en el informe de verificación de requisitos habilitantes definitivo.

II. OBSERVACIÓN EXTEMPORÁNEA REALIZADA POR LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ S.A.S., respecto de la manifestación de interés presentada por la Sociedad Anónima de Obras y Servicios, COPASA, Sucursal de Colombia, mediante radicado No. 2016-409-057848-2 del 8 de julio de 2016.

La Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogotá S.A.S., señala que la Sociedad Anónima de Obras y Servicios, COPASA, Sucursal de Colombia no subsanó su manifestación de interés dentro del término concedido por la ANI, por cuanto los documentos entregados no cumplen con lo dispuesto en los literales a) y b) del subnumeral 5.10.1. del numeral 5.10 del Documento “Publicación de los documentos del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada y fijación de condiciones que deben cumplir eventuales terceros Interesados”. En consecuencia su manifestación de interés debe ser declarada NO HÁBIL.

La Agencia informa que la observación presentada es extemporánea por cuanto el plazo máximo para presentar las observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes, de acuerdo con el numeral 1.15 de la Invitación a Participar vencía el día 6 de julio de 2016, y una vez surtida esta etapa, se presenta la imposibilidad de realizar cualquier tipo de observación adicional, por el carácter preclusivo y perentorio de que están revestidas las etapas del proceso de selección, tal y como lo establece el numeral 1º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

“En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”.

Por lo anteriormente expuesto, no es dable a la Entidad retrotraer sus actuaciones y tener en cuenta la observación presentada, así mismo, debe aclararse al proponente, que en el desarrollo del proceso de selección se han surtido todas las etapas establecidas tanto en la normativa vigente como en el mismo pliego de condiciones y se otorgó el tiempo suficiente a cada uno de los participantes del proceso para que aportaran u observaran lo pertinente.

En ese orden de ideas, la Agencia no dará trámite a esta observación.

Comité verificador de requisitos

