

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 1269 de 2016



(19 de agosto de 2016)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

LA VICEPRESIDENTE JURÍDICA (E) DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

CONSIDERANDO QUE:

La Agencia Nacional de Infraestructura expidió la resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se ordenó conformar la lista de precalificados como consecuencia del proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016, proceso de asociación público privada para la concesión acceso norte de la ciudad de Bogotá D.C., decisión que fue impugnada por el Originador de la iniciativa privada, y que pasa a ser objeto de estudio a continuación.

Para efectos del presente acto, en lo sucesivo siempre que se haga referencia a: El Originador o al recurrente, se entenderá como tal a la Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogota S.A.S – Accenorte y cuando se aluda al manifestante de interés de manera individual o singular se entenderá a la Sociedad Anónima Obras y Servicios COPASA, si se utilizare la expresión manifestantes de interés en plural se entenderán a las dos firmas aquí mencionadas.

En el mismo sentido, y para utilizar la misma terminología del recurrente, en lo sucesivo siempre que se haga referencia al pliego de condiciones, se entenderá como tal el documento de invitación a participar en la precalificación o bases para el proceso de selección, proceso que por mandato legal está precedido de la etapa de precalificación.

1. Antecedentes del proceso de Asociación Público Privado No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016 y del acto administrativo por medio del cual se conforma la lista de precalificados

1269

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

El día 19 de abril de 2016 la Agencia Nacional de Infraestructura publicó las condiciones para participar en desarrollo de la precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016, con el fin de convocar a los interesados en manifestar interés para ejecutar el 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", con ocasión de la iniciativa privada presentada por la Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogota S.A.S – Accenorte, respecto de la cual la Entidad luego de realizar los estudios correspondientes y agotar cada una de las etapas previstas en la ley, aceptó las condiciones propuestas por el originador.

De acuerdo con el cronograma de la Invitación a Participar el día veinte (20) de junio 2016 se realizó la audiencia de recepción de manifestaciones de interés y se recibió la siguiente manifestación:

No.	Manifestante	Integrantes	% de Participación
1	SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA SUCURSAL DE COLOMBIA.	N.A.	100 %

En desarrollo del proceso de verificación de requisitos habilitantes y evaluación de la manifestación de interés, el día 28 de junio de 2016 se publicó en el SECOP el documento de solicitud de subsanes y el informe preliminar de verificación de requisitos habilitantes con el siguiente resultado:

MANIFESTANTE		CAPACIDAD JURÍDICA	DOCUMENTOS DE LA MANIFESTACIÓN	CAPACIDAD FINANCIERA	EXPERIENCIA EN INVERSIÓN	HÁBIL
P01	SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA SUCURSAL DE COLOMBIA	CUMPLE	EN PROCESO DE SUBSANACIÓN	EN PROCESO DE SUBSANACIÓN	CUMPLE	--

Entre los días 29 de junio y el 6 de julio de 2016, se surtió el traslado del informe de evaluación preliminar; en esta última fecha se publicaron a través del SECOP, los documentos mediante los cuales el Originador y el manifestante de interés, presentaron sus subsanes, aclaraciones, explicaciones y observaciones a dicho informe. De las mismas se corrió traslado durante los días 7 al 11 de julio de 2016 con el fin de que los participantes presentaran contra observaciones. En ese orden de ideas, la única contra observación presentada fue publicada en el SECOP el día 11 de julio de 2016

1 269

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

Los subsanes presentados por los manifestantes han sido publicados en SECOP de acuerdo con la fecha de radicación de los mismos.

De acuerdo con el cronograma del proceso el día 12 de julio de 2016 se publicó el informe actualizado de verificación de requisitos habilitantes, respecto del manifestante de interés, así:

MANIFESTANTE	CAPACIDAD JURÍDICA	DOCUMENTOS DE LA MANIFESTACIÓN	CAPACIDAD FINANCIERA	EXPERIENCIA EN INVERSIÓN	HÁBIL
P01 SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA SUCURSAL DE COLOMBIA	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI

El día 13 de julio de 2016 en la hora anunciada en el documento de invitación, se dio inicio a la audiencia de conformación de la lista de precalificados y en el curso de la misma se otorgó la oportunidad para que el manifestante de interés y el Originador presentaran sus observaciones relacionadas con el informe final de verificación de requisitos habilitantes y el documento respuesta a las observaciones que fue publicado como se indicó en precedencia.

1.1. Observaciones formuladas en desarrollo de la audiencia de conformación de la lista de precalificados.

En desarrollo de la audiencia, el Originador presentó observaciones relacionadas con la capacidad jurídica de la sucursal de la sociedad extranjera del manifestante de interés; capacidad financiera (estados financieros y las certificaciones del revisor Fiscal) y: la validez de los apostilles de los documentos que acreditan la experiencia en inversión.

Igualmente, se otorgó oportunidad al Manifestante de Interés, quien en su intervención refutó los argumentos del Originador, hizo énfasis en el cumplimiento de su manifestación de interés en lo que respecta a los requisitos exigidos en la Invitación a Participar, así como de los efectos legales que le corresponden por estar en presencia de inversión extranjera (Española).

Las anteriores intervenciones hacen parte en detalle del acta de la audiencia, publicada a través del SECOP el día 15 de julio de 2016.

2. La decisión de conformación de lista de precalificados del proceso adoptada por la Agencia Nacional de Infraestructura.

La Agencia Nacional de Infraestructura, mediante resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, dispuso conformar la lista de precalificados de la invitación a precalificar No. VJ-VE-

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

APP-IPV-002-2016, teniendo en consideración que el Manifestante de Interés SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA SUCURSAL COLOMBIA, cumplió con los requisitos previstos en la Invitación a Precalificar, conforme a los argumentos expuestos en la audiencia de conformación de la lista de precalificados, de la cual se levantó el acta que fue publicada en la fecha antes referida y que dio lugar a la expedición del acto administrativo en comento.

La Agencia Nacional de Infraestructura, no encontró procedentes las observaciones del Originador, relacionadas con desestimar la manifestación de interés presentada por la SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA SUCURSAL COLOMBIA, tal como lo señaló en escrito de respuesta a observaciones publicado en el Secop el día 12 de julio de 2016, en el cual se manifestó lo siguiente:

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

(...) 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.

(...)

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

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

11 269

(...)

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 encuentran 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 revestidas 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

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9



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.

(...)

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.

(...)

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 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.

(...)

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. (...)"

En consonancia con lo anterior, la Agencia reiteró sus argumentos en audiencia del 13 de julio de 2016, e incorporó a su posición frente a observaciones extemporáneas presentadas en la audiencia por el Originador. Sobre estas últimas señaló lo siguiente:

"(...) **OBSERVACIÓN ADICIONAL**

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

Con relación a la observación en audiencia referente a que no se dio respuesta a la "observación Adicional" presentada mediante escrito de 6 de julio de 2016, la cual indica:

"Aun cuando la contundencia del argumento acabado de exponer convierte en superflua cualquier otra observación, en pese para que atraigamos la atención de la Entidad a fin de que de manera exhaustiva examine la suficiencia del material probatorio aportado por la sociedad anónima de obras y servicios COPASA sucursal Colombia (que no manifestante de interés) dirigido a comprobar a la luz de los términos de la invitación de la legislación aplicable, y de los antecedentes administrativos sucedidos al interior de la Entidad y de otros convocantes a procesos de igual o de similar naturaleza, a fin de constatar que los requisitos habilitantes resultan idóneos o suficientes"

La Entidad efectivamente dio respuesta a esta vaga solicitud la cual carece de la individualización del requerimiento del observante, es decir esta observación no versó sobre un punto específico del informe de evaluación o de la manifestación de interés, si no por lo contrario de manera general solicito la revisión de los requisitos habilitantes.

En la respuesta a observaciones publicada el 12 de julio de 2016 en el numeral III "Análisis en concreto de la documentación jurídica aportada por el manifestante." Se indicó:

"(...) 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, (...)."

Como se evidencia si se le dio respuesta a su observación.

Esta observación de ninguna manera se puede relacionar con las nuevas observaciones hechas en audiencia el día de hoy y que pretende establecer un hilo asociativo entre la observación precitada y radicada en tiempo y los temas presentados el día de hoy.

Por lo anteriormente expuesto para la Agencia las observaciones presentadas en la audiencia el día de hoy son extemporáneas de esta forma se reitera que una vez surtida la etapa para presentar observaciones dentro del proceso de selección, 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".

En concordancia con este tema el Honorable consejo de estado ha señalado que:

"(...) el artículo 25 de la Ley 80 señala que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliego o en la Ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido se habrá cumplido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el termino una vez vencido no puede revivirse"

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

Sala de lo contencioso administrativo sección 3ª sentencia del 21 de abril de 2004 expediente 12.960 consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra.

De conformidad con lo anterior, 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.

Siendo así es responsabilidad de todos los intervinientes del proceso ceñirse estrictamente a los plazos establecidos en la invitación con la finalidad de respetar los derechos de los demás participantes, no es de recibo por parte de la Entidad observaciones por fuera de los plazos, porque evidentemente vulneran el derecho a la réplica y defensa, es decir esperar a la última actuación del proceso (audiencia de conformación de lista de precalificados) para presentar nuevas observaciones no le permite al observado contradecir los argumentos realizando el mismo análisis y con el mismo tiempo de estudio que estable el pliego para todos los participantes.

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

De otra parte, y conforme al recuento fáctico que se viene realizando, la Entidad, en el acto que es objeto del recurso que aquí se estudia, estableció la conformación de la lista de precalificados de la invitación a precalificar No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016, conformada por el Manifestante de Interés, SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA SUCURSAL DE COLOMBIA y por el Originador, PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ACCESOS NORTE DE BOGOTA S.A.S – ACCENORTE.

3. Del recurso interpuesto por el Originador contra el acto de conformación de la lista de precalificados.

De conformidad con el numeral 2º del Artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Agencia notificó en estrados en la Audiencia Pública de conformación de lista de precalificados el contenido de la Resolución No. 1055 de 2016, a los asistentes a la misma, entre los que se encontraba el Manifestante de Interés, SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA SUCURSAL DE COLOMBIA y el Originador, PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ACCESOS NORTE DE BOGOTA S.A.S – ACCENORTE.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra el acto administrativo procedía el recurso de reposición, el cual debía interponerse, en los términos de los artículos 67 y 76 del citado Código.

Notificado el acto administrativo por medio del cual se conformó la lista de precalificados del proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016, el Originador, PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ S.A.S – ACCENORTE, interpuso recurso de reposición, mediante escritos radicados en la Entidad con los números 2016-409-062995-2 y 2016-409-063362-2 del 25 y 26 de julio de 2016, respectivamente.

El recurso interpuesto, así como el alcance al mismo fue publicado a través del Secop el día 28 de julio de 2016, otorgando con ello la posibilidad de que el Manifestante de Interés si a bien lo tuviere, pudiese ejercer el derecho de contradicción y réplica en relación con los argumentos en él expuestos.

3.1. Argumentos expuestos por el Originador- Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogotá S.A.S – Accenorte en el Recurso de Reposición.

Escrito con número de radicación 2016-409-062995-2 del 25 de julio de 2016, publicado a través del SECOP.

Argumentos del Recurrente

Los argumentos del recurrente, se resumen en los siguientes términos:

III.- ALEGACIONES ALREDEDOR DEL ARTÍCULO 473 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Transcribe la norma mercantil que anuncia y otras sobre la regulación de la sucursal de sociedad extranjera, reiterando los argumentos expuestos por él en escrito del 06 de julio de 2016 y verbalmente en audiencia, adicionalmente, señala que la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, es extranjera y que dentro de su objeto tiene la “gestión y explotación de (...) toda clase de servicios públicos cualquiera que sea la Administración Pública titular de los mismos y su régimen de explotación”.

En su escrito el recurrente expresa:

“(...) Visto lo dicho en el aparte delantero y aterrizando en el texto del Artículo 473, es absolutamente irrefutable que cuando una sociedad extranjera “tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público” (hipótesis normativa), la consecuencia de derecho se concreta en la obligación que dicha sociedad tiene de designar los representantes y suplentes de que trata el ordinal 5° del artículo 472, de manera que los designados ostenten la condición de ciudadanos colombianos.

El tenor literal de la norma imperativa desarrollada por el Artículo 473 no admite disputa.

*De hecho sin peligro de discusión alguna, lo que impone la disposición es que cuando una sociedad extranjera tuviere por objeto (**no exclusivamente sino como uno de ellos**) “explotar, dirigir o administrar un servicio público”, sin incertidumbre alguna los representantes y suplentes que se designen deben tener nacionalidad colombiana.*

No es verdadero que lo mandado constituya una obligación condicionada a que la sociedad extranjera, en los hechos futuros de su actuar en territorio colombiano, se dedique a “explotar, dirigir o administrar un servicio público”, se trata meramente de que si, según sus estatutos, su objeto social incluye la potencialidad de desarrollar este tipo de objeto, entonces la obligación

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-

IPV-002-2016

11 269

que impone la norma ha de ser atendida. Tampoco se deriva de su texto el que para que tal imperativo se deba tener en cuenta la "explotación, dirección o administración de un servicio público" constituya su único y exclusivo objeto. En suma, basta que dentro de sus variadas, múltiples, conexas, complementarias o deshilvanadas actividades que sean parte de su objeto social, exista la de "explotar, dirigir o administrar un servicio público", para que la consecuencia jurídica de carácter imperativo e ineludible se genere, como un ucuse de insoslayable atendimiento.

Entonces, si la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, de nacionalidad española, como en efecto sucede, tiene como uno de sus objetos el de "gestión y explotación de (...) toda clase de servicios públicos cualquiera que sea la Administración Pública titular de los mismos y su régimen de explotación", y, gemelamente como no de otra forma podía serlo, la sucursal colombiana tiene el mismo objeto, el acto de creación de la sucursal colombiana, al desarrollar la exigencia de contenido a que obliga el numeral 5° del Artículo 472, no podía desatender la exigencia inserta en el Artículo 473 y los representantes legales y sus suplentes debían forzosamente ostentar la condición de nacionales colombianos.

En cuanto lo anterior, la habilidosa, pero no plausible argumentación expuesta por la ANI en la audiencia del 13 de julio y en el Informe Final previo a ésta, en el sentido de que la obligatoriedad de la norma sólo surge a partir de que la sociedad extranjera decida y actúe explotar, dirigir o administrar un servicio público es insostenible. Palpablemente, tal posición ofende ciegamente el claro texto de la Ley y particularmente los Artículos 27 y 28 de nuestro ordenamiento Civil que impiden abstraerse del sentido literal de las normas jurídicas so pretexto de consultar espíritus que no rondan alrededor de las disposiciones, menos aun cuando los términos usados por la norma interpretada no ofrecen ninguna oscuridad ni ambigüedad, ni, por lo demás, la intención o espíritu que condujo a su adopción aparecen de modo alguno manifestados. (...)"

Expone el Originador que consultó sobre el particular a la Superintendencia de Sociedades quien mediante concepto No. 220-137548 de 08 de julio de 2016 señaló que:

"(...) el artículo 473 *ibidem*, claramente advierte que cuando la sociedad extranjera que establezca negocios permanente en Colombia, tenga 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, deben ser ciudadanos colombianos (se resalta).

Por tanto, para determinar en qué evento surge esa obligación, a juicio de esta Oficina es preciso detenerse en el concepto del "servicio público".

En efecto, se tiene como lo público, hace relación indudablemente a aquello que se encuentra vinculado a la sociedad, a la comunidad y que por ello suele ser manejado por el Estado. Se entiende entonces como servicio público, la actividad que desarrolla un organismo estatal o una Entidad privada bajo la regulación del Estado para satisfacer cierta necesidad de la población en su conjunto. Si por alguna razón plenamente justificada, el servicio público que debe prestar el Estado, es dado por una empresa eminentemente privada, los lineamientos y la regulación del servicio debe necesariamente estar bajo el control de la autoridad estatal correspondiente.

Bajo este presupuesto, la actividad permanente a que hace alusión el numeral 5 del artículo 474 *eiusdem*, cual es "Obtener del Estado colombiano una concesión o que esta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma..."

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

11 269

para que la sucursal de sociedad extranjera se haga destinataria de la obligación legal referida, hace suponer que el servicio que presta en desarrollo de la actividad citada, debe ser público.

En este orden de ideas, para los fines de sus inquietudes hay que examinar si la actividad que desarrolla la sociedad respectiva, comporta la prestación de un servicio público, caso en el cual el mandatario general o su representante y los suplentes, deben ser necesariamente de nacionalidad colombiana, so pena de contravenir la exigencia que establece el artículo 473 del Código de Comercio, norma legal imperativa y por lo tanto de obligatorio cumplimiento. (...)"

Así mismo manifiesta que existe jurisprudencia y doctrina que respalda su posición sobre el carácter de orden público que reviste al artículo 473 del Código de Comercio y que como consecuencia de ello, el numeral segundo de la escritura 044 de 16 de enero de 2016, por la que se crea la sucursal colombiana de la Sociedad Anónima Obras y Servicios COPASA es atentatoria del orden público para lo cual cita el artículo 1502 y 1519 del Código Civil, relacionados con objeto ilícito.

Bajo la misma línea argumentativa, transcribe el artículo 1740 del Código Civil, para señalar que "(...) la sucursal colombiana de COPASA carece de objeto lícito, en cuanto versa, total o parcialmente, sobre un objeto ilícito; desde luego que, al menos, la disposición de designación de los representantes legales y sus suplentes contraviene una norma cuya clara extirpe es de orden público.(...)", teniendo como resultado una nulidad absoluta sobre las actuaciones de creación de la sucursal de la sociedad extranjera.

Continúa el originador, realizando un análisis sobre los puntos tratados en la audiencia, con el fin de concluir que la manifestación de interés presentada por la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, es inexistente, por adolecer de los vicios que a continuación se transcriben:

"(...)

- Nulidad de acto de constitución de la sociedad y/o la nulidad de la designación de representantes legales y suplentes

Mucho se ha discutido por parte de la Doctrina y de la Jurisprudencia sobre si la inserción de una disposición infecta de nulidad (...) cualquiera que sea la consecuencia jurídica de haber COPASA desatendido la norma legal imperativa y por lo tanto de obligatorio cumplimiento que encarna el Artículo 473, la que proceda resulta nefasta para los intereses de la citada sociedad en frente de la Manifestación de Interés que su representante legal Francisco Javier Ramos Barbosa, de nacionalidad española, presentó ante la Agencia en desarrollo del Proceso de Precalificación VJ-VE-APP-IPV-002-2016. Veamos por qué:

Si el acto de constitución de la sucursal colombiana de la sociedad extranjera resulta en un todo afectado de nulidad, es evidente que la sucursal no existe; pero si lo que ocurre es que la nulidad tan solo afecta la disposición de la sociedad extranjera dirigida a designar como sus representantes legales y suplentes a nacionales españoles, se tendrá como consecuencia ineluctable que la sucursal constituida carece de voceros, mandatarios o representantes que actúen válidamente en su nombre.

Por lo uno o por lo otra, la Manifestación de Interés se torna inexistente.

- Carácter ex tunc de la nulidad

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9 .

Se tiene por averiguado que el efecto de una declaración de nulidad respecto de un acto o contrato o de una de sus disposiciones retrotrae las cosas al estado anterior de aquel en que la actuación nula se produjo; vale decir, borra de un plumazo la existencia misma del acto o contrato o de la disposición de nombramientos y, consecuentemente, elimina del mundo jurídico los efectos que el mismo produjo. Los efectos de la nulidad son ex tunc, no ex nunc; por manera que la fatal consecuencia es la de que el acto o contrato y/o las designaciones a él incorporadas nunca existieron.

- *La nulidad en frente de lo ocurrido. Hipótesis posibles.*

Enfrentando todo lo exployado a lo ocurrido en el asunto que acapara nuestra aplicación, tenemos que la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, de nacionalidad española, en cumplimiento de lo estatuido por el Artículo 472 y las demás normas que lo complementan, mediante Escritura Pública 044 de 16 de enero de 2016 procedió a designar dos mandatarios generales con dos suplentes, a los efectos de que representasen a la sociedad en todos los negocios que se propusiera realizar en Colombia.

(...) Asumamos entonces que tal designación que indubitablemente consagra un objeto ilícito, genera la nulidad del acto notarial de creación de la sucursal, entonces, de ser ello así, resulta irrefutable que no existiendo la sucursal, por nula, mal puede entenderse que ésta formuló Manifestación de Interés alguna.

Si la hipótesis antes dicha no se concreta y lo que ocurre es que existiendo la sucursal, la que resulta nula es la disposición de designación de los mandatarios y de sus suplentes, entonces se tendría que existiendo la sucursal, ésta carecía de representantes legales y en tanto ello la Manifestación de Interés signada por uno de ellos también deviene inexistente. (...)"

En relación con la actuación de la Agencia, señala que no se discute que la declaración de nulidad absoluta debe ser realizada por la jurisdicción competente y que mientras no se tenga cosa juzgada material, el acto continua vigente, al respecto manifiesta que "(...) No obstante lo anterior, (...) la obligación de la Administración, al amparo de la legislación que actualmente la rige, y en aplicación de las normas constitucionales y legales aplicables, en particular el artículo 10 del C.P.A.C.A., debía dar preferencia a la aplicación (en sede administrativa) del artículo 473 y en armonía con ello desatender la existencia de la Manifestación de Interés (...) con el designio no solamente de cumplir su débito constitucional y legal, sino además de evitar las infaustas consecuencias que lloverán sobre el eventual acto de adjudicación y la subsecuente firma del Contrato de Concesión al ilegítimo Manifestante de Interés. (...)".

Como resultado del análisis anterior, concluye el Originador, que era claro que la Agencia no debía conformar la Lista de Precalificados, sino por el contrario adjudicar el contrato de concesión a la estructura plural conformada para tal efecto. Indica aquél que de continuar con el proceso, se correría el riesgo de terminar con una adjudicación de contrato nulo, en caso de resultar favorecida con dicho proceso la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, situación que sería develada por la jurisdicción contenciosa administrativa en virtud de la acción judicial que impetraría el recurrente.

Continúa el recurrente exponiendo en su recurso las consecuencias adicionales que podría tener la Entidad si continúa con un proceso que en su criterio es abiertamente contrario a

derecho. Aunado a ello, refuta los argumentos esgrimidos por la Agencia para sustentar su decisión, de la siguiente manera:

"(...)

- *Incoamiento del medio de control idóneo para solicitar la reparación del daño padecido por el Originador al resultar perdedor en el proceso de selección abreviada o el reintegro del menor valor en el VPIP que el Originador debió conceder con el fin de mejorar la oferta del Manifestante de Interés indebidamente declarado hábil.*

Lo dicho en el aparte anterior no representa el único efecto negativo que pudiera acarrear el continuar tercamente admitiendo a COPASA como un Manifestante de Interés Hábil, desde luego que aún en el evento posible de que el Originador conserve el derecho a contra ofertar y en efecto mejore la oferta y en tanto ello resulte adjudicatario del Contrato de Concesión, mi representado acudiría a la Jurisdicción con el propósito de que se le resarza por el daño padecido representado, en parte, en la merma, quita o rebaja que se haya visto obligado a hacer en el VPIP ofrecido por él y aceptado por la ANI y/o en la pérdida de la chance de obtener utilidades por el monto que resulte demostrado, en virtud de que la inadmisibles declaración de hábil de la Manifestación de Interés de manera eficiente, directa y efectiva le condujo obligadamente a reducir el monto del VPIP con el propósito de no resultar despojado de su legítimo derecho a suscribir y ejecutar el Contrato de Concesión y/o a la pérdida de la oportunidad de lucro.

- *Refutación de los argumentos esgrimidos por la ANI.*

La ANI apoya la decisión adoptada, entre otros en los siguientes fútiles argumentos.

- ✓ *En que la exigencia del Artículo 473 sólo es de obligatorio cumplimiento si en concreto la sociedad extranjera con sucursal colombiana establecida está actualmente desarrollando la gestión y explotación de un servicio público. Esa peregrina y sofisticada razón contraria en un todo el claro texto de la disposición que desarrolla el Artículo 473 como atrás se explicó.*
- ✓ *Discurre además en el sentido que quien ha de cumplir la exigencia es el vehículo societario de propósito especial que se ha de encargar de desarrollar el Contrato de Concesión si este llegara a ser adjudicado al Manifestante de Interés. Esto, desde luego, controvierte todo análisis lógico, la capacidad de goce y de ejercicio que representa el sustrato para manifestar interés, ha de existir respecto de quién lo manifiesta, toda vez que no se puede atraer un hecho futuro al tiempo actual en el que el manifestante ha de exhibir, en sí mismo, la totalidad de los requisitos habilitantes para que su manifestación sea considerada hábil.*
- ✓ *Aduce también como argumento el que la Cámara de Comercio de Bogotá, al aceptar el acto de inscripción de la sucursal colombiana de la sociedad extranjera (...) revistió dichas actuaciones de legalidad y las tornó inatacables por vía distinta a la de solicitar la nulidad de la indebida inscripción. Al punto es pertinente aclarar que las Cámaras de Comercio no efectúan un control de legalidad de los actos sometidos a su inscripción; su control es formal y no abarca la definición de cosa juzgada de asuntos de orden sustancial. En síntesis la inscripción como representantes legales o suplentes de los ciudadanos españoles atrás identificados no los reviste de legales. (...)"*

En párrafos subsiguientes de su extenso escrito, estima el recurrente que en el numeral II.- ALREDEDOR DEL DEBER DE LA ADMINISTRACION DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS HABILITANTES, que la invitación a manifestar interés y sus anexos son Ley del

proceso, y que debe ceñirse a él tanto en las disposiciones formales como sustanciales; en este sentido, señala que le corresponde a la Entidad velar por el cumplimiento de las disposiciones adoptadas en la Invitación Pública así como "(...) vigilar porque participen aquellas personas naturales o jurídicas o entes asociativos que pueden hacerlo; que todos los postulantes, además, cumplan con los requisitos habilitantes exigidos por el Pliego; que las Manifestaciones de Interés se realicen de la manera como la normativa adoptada lo exija; para que, como producto final, se genere la pre calificación y la conformación de la Lista de Precalificados habilitados para formular una Manifestación de Interés válida (...)"

Indica que lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, relativo a los términos perentorios y preclusivos del proceso licitatorio conlleva a que los sobres 1 y 2 exigidos en el proceso no puedan presentarse de forma extemporánea, ya que vencido el término, fenece la oportunidad de subsanación, pero que esto, en ningún momento, hace que las exigencias del pliego en materia de requisitos habilitantes, se tornen inexistentes.

En lo que hace alusión a la extemporaneidad y generalidad de sus observaciones adicionales, señala lo siguiente:

"(...)

- No existencia de una tarifa legal o reglamentaria acerca de la exhaustividad en la proposición de observaciones.

Ni a la luz de la Ley aplicable (80 de 1993, 1150 de 2007) y ni de las demás disposiciones Legales y Reglamentarias pertinentes, existe ninguna tarifa legal que señale de manera clara y expresa la forma, amplitud, profundidad y exhaustividad con que una observación debe ser formulada.

Al no existir tal tarifa legal, basta y sobra que el observante dirija la atención de la Administración hacia aquellos puntos o tópicos respecto de los cuales, en su opinión, acertada o desacertada, alguno o algunos de los proponentes incurren en error o falencia.

(...)La Administración cuando es alertada de manera precisa acerca de una o más falencias, debe entender potenciado su deber de vigilar el cumplimiento de las exigencias del Pliego por parte de todos los proponentes.

Escudarse en que la manifestación del observante no resulta lo suficientemente exhaustiva para direccionar su deber de vigilancia hacia específicos documentos conformadores de la oferta, representa una trivial disculpa y una clara elusión del deber de vigilancia que le está impuesto.

Adoptar esta última postura connotaría convertir a los particulares oponentes o a los entes públicos de fiscalización (terceros en el proceso), en los pacientes del deber legal colocado en cabeza de la Administración, lo cual no es admisible desde ningún punto de vista. Sin embargo, si se lee con detenimiento la postura adoptada por la ANI en la audiencia realizada para la conformación de la lista de precalificados no otra conclusión cabe derivar.

- Análisis de la observación sucedánea y de su reiteración una vez vencido el plazo para efectuar "Observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes"

Dice la observación denominada adicional:

"Aun cuando la contundencia del argumento acabado de exponer convierte en superfluo cualquier otra observación, ello no empece para que atraigamos la atención de la Entidad a fin de que de manera exhaustiva examine la suficiencia del material probatorio aportado por la

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

sociedad anónima de obras y servicios COPASA sucursal Colombia (que no manifestante de interés) dirigido a comprobar a la luz de los términos de la invitación de la legislación aplicable, y de los antecedentes administrativos sucedidos al interior de la Entidad y de otros convocantes a procesos de igual o de similar naturaleza, a fin de constatar que los requisitos habilitantes resultan idóneos y suficientes"

(...) Sólo el interés de trastocar los términos impide dar por cierto que a lo que se dirige la observación es a la suficiencia e idoneidad de las pruebas aportadas por el supuesto Manifestante de Interés con el fin de comprobar los requisitos habilitantes, todo a la luz de los términos de la invitación, de la legislación aplicable y de los antecedentes administrativos relativos a asuntos de igual o similar naturaleza.

Lo que de manera sumaria pero diáfana se afirma es que el material probatorio que concurre para comprobar la capacidad financiera y la experiencia en inversión de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA Sucursal Colombia no reúne los requisitos de idoneidad y suficiencia exigidos por el Pliego.

Fácil pero deleznable expediente es el consistente en edificar una respuesta sobre la base de la mutilación intencional o inopinada de un texto contenido en un documento oficial.

(...) no es cabal ni verdadero al referirse a la OBSERVACIÓN ADICIONAL formulada por mis representados con ocasión de la audiencia del 13 de julio simplemente señalar que "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 publicados el día 28 de junio de 2016 en el SECOP." (Negrillas y subraya nuestras)

Sin duda, el texto mutilado del aparte III integralmente acabado de transcribir pretende llevar a la incorrecta conclusión de que la OBSERVACIÓN ADICIONAL fue objeto de integral respuesta. Sin embargo tal conclusión no puede extraerse de la lectura del texto completo del numeral III del informe respuesta a las observaciones.

Por ello es falaz afirmar que en la respuesta a las observaciones publicada el 12 de julio de 2016 se atendió tal observación. Ni la más fecunda imaginación puede decir que al expresar que el "[C]omité evaluador no acoge las observaciones presentadas por el Originador y confirma el contenido del informe de verificación de requisitos habilitantes JURÍDICOS" se contestó la OBSERVACIÓN ADICIONAL hecha por nosotros. En efecto lo afirmado en la audiencia no corresponde a la verdad sucedida por las siguientes puntuales razones: (i) El título de la obra de la que hizo parte el párrafo transcrito en el acta de la audiencia rezó así: "III. Análisis en concreto de la documentación jurídica aportada por el manifestante." Por tanto los dos incisos en que se desagrega el numeral "III" se refieren única y exclusivamente a los requisitos habilitantes jurídicos (a pesar de que las negrillas se hayan interrumpido para no resaltar el vocablo jurídicos). Entonces fue al tópico de la capacidad jurídica respecto de la cual, sin asomo de duda, la ANI dio respuesta; desacertada sí, pero al fin y al cabo respuesta; (ii) No alude a las observaciones sobre el material probatorio de los otros requisitos habilitantes; esto es la capacidad financiera y la experiencia en inversión. Ni por descuido se alude a ellos; (iii) Una respuesta adecuada y de fondo imponía la necesidad de afirmar por qué ese material probatorio era idóneo y suficiente para comprobar su realidad.

En suma no existió respuesta alguna hasta la fecha de hoy sobre la glosa u observación hecha por mis representados acerca de las pruebas que soportan la afirmación de que COPASA exhibe

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

11 269

la suficiencia en capacidad financiera y experiencia en inversión exigidas por el Pliego¹. En resumen, la observación adicional formulada por el Originador no mereció análisis ni respuesta alguna por parte de la ANI.

(...)Empero, no puede ser extemporáneo lo que es posterior a un hecho sucedido; era obvio que el Originador no podía hacer manifestación alguna respecto de los documentos de subsanación antes de que éstos efectivamente fueran presentados. Por demás, la observación que se tilda de extemporánea es la reiteración de la misma presentada en oportunidad y no atendida en forma alguna.

En conclusión, no es cierto que la OBSERVACIÓN ADICIONAL haya sido analizada y contestada por la ANI, tampoco es de recibo la calificación de extemporánea de la reiteración de la OBSERVACIÓN ADICIONAL una vez el Originador constató que los nuevos documentos presentados tampoco cumplían con las exigencias del Pliego, ni con la específica solicitud de la ANI expresada en el documento de subsanaciones.(...)” Cursiva fuera de texto.

Continúa en su escrito, argumentando las falencias que a su juicio presenta la manifestación de interés de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, en cuanto a la documentación referente a la capacidad financiera, para lo cual, señala que el pliego es ley para las partes y transcribe apartes de la Invitación a Participar, como la definición de Estados financieros, que se encuentra en el numeral 1.2.19, señalando que “(...)Preciso es destacar que, a la luz de las expresiones del Pliego o Invitación, las DEFINICIONES incorporadas a él serán ineludibles para el entendimiento de cada concepto, salva expresa excepción que el mismo instrumento adopte. Para efectos de los Estados Financieros tal excepción no se consagró. (...)” .

Supone la Entidad, que dicha transcripción se debe principalmente al interés del recurrente de reafirmar el argumento sobre la necesidad de que los mismos se encuentren debidamente certificados, auditados y dictaminados. Sobre el particular, trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia 2001-02053 del 29 de enero de 2014, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y Sentencia 2000-01638 del 7 de septiembre de 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

En el mismo sentido, transcribe el Originador apartes de la Invitación a Participar relacionadas con la Capacidad Financiera (numeral 3.6) más específicamente, con los requisitos que debe cumplir el manifestante de interés, esto es, patrimonio neto y capacidad de endeudamiento, cree la Entidad que lo hace con el único fin de indicar que los estados financieros deben ser presentados como respaldo de la información relacionada en los anexos 6A y 6D de la Invitación, tal como se le exigió a éste en la etapa de factibilidad y señala, al respecto lo siguiente:

“(...) no es excesivo recalcar que la inclusión de la definición de los Estados Financieros tal cual fue concebida carecería de todo objeto y propósito si los mismos no fuesen parte esencial de los documentos probatorios de quienes se postulan para ser declarados como un Hábil

¹ PUBLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA Y FIJACIÓN DE CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR EVENTUALES TERCEROS INTERESADOS

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

11 269

Manifestante de Interés y en tanto tal no tuviesen que aportarlos bajo los estrictos lineamientos de fondo y de forma definidos por el Pliego. (...)

Pero además en el caso presente es necesario recabar sobre los siguientes asertos:

- ✓ *Quien se postula para formular una Manifestación de Interés es la sociedad española denominada Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA*
- ✓ *Su Sucursal Colombiana, la constituida o creada a términos de la Escritura Pública 044 de 16 de enero de 2016, no representa una persona jurídica diferente de la antes mencionada*
- ✓ *Según la propia manifestación de la Revisoría Fiscal de la Sucursal, ésta no registra en sus libros movimiento alguno, por lo que los Estados Financieros que albergan la información sobre activos y pasivos totales corresponden a Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA de nacionalidad Española y domicilio en dicho país.*
- ✓ *Los formularios 6A y 6D, en consecuencia, deberían haber sido suscritos por el Representante Legal y el Revisor Fiscal del ente al que corresponden los Estados Financieros. En otros términos debían haber sido el Representante Legal de la sociedad española y el Revisor Fiscal de la misma. (Deloitte España)*
- ✓ *Pero resulta que en los hechos quienes suscriben los Anexos 6A y 6D se identifican con las personas del mandatario o representante legal de la Sucursal Colombiana y con quien funge como Revisora Fiscal de ésta, quien con valerosa sinceridad manifiesta en todos los términos y tonos que a ella no le consta nada acerca de los Estados Financieros de la sociedad extranjera de la que es Sucursal la candidata a ser declarada Manifestante de Interés Hábil.*

Todo lo acabado de explayar nos conduce a replantearnos si puede entenderse como avalada la información vertida en los formularios 6A y 6D, que se supone extraída de los Estados Financieros de la sociedad Española (que no de los correspondientes a la Sucursal Colombiana) y respecto de los cuales la Revisoría Fiscal de manera expresa manifiesta que no los conoce, que no los ha auditado, que no se hace responsable de su veracidad. (...)

Posteriormente, continúa el originador, exponiendo la situación fáctica respecto a lo que el mismo denominó "observación adicional", frente a lo cual señala que en la audiencia, la Agencia desecha su observación por ser vaga y extemporánea, argumentos con los que no está de acuerdo por cuanto "(...) En primer lugar no es verdadero afirmar que la observación haya sido vaga y carente de individualización y que por tanto no hubiese versado sobre un punto específico del informe. Lo legítimo es que la glosa versaba específicamente sobre los documentos probatorios de la capacidad financiera y la experiencia en inversión cuya naturaleza e individualidad no requería ser definida, en tanto que, como ya se acaba de transcribir, los mismos estaban detalladamente expuestos en la invitación. Adicionalmente, la reiteración de la observación inicial no podía calificarse como extemporánea en el sentido de que la advertencia formulada por el Originador luego de publicado el informe se limitó a expresar que "la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA Sucursal Colombia NO SUBSANÓ su Manifestación de Interés dentro del término concedido por la ANI, ello en la medida que los documentos por ella entregados no cumplen con las exigencias y requisitos fijados en la Ley y en el propio documento "PUBLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA Y FIJACIÓN DE CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR EVENTUALES TERCEROS INTERESADOS", ni con la exigencia de subsanación. En específico, COPASA NO entregó los Estados Financieros de los cuales pretendía valerse para acreditar su capacidad financiera; vale decir, COPASA Sucursal Colombia no entregó con su Manifestación de Interés los Estados Financieros de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA (España) debidamente auditados y dictaminados, menos con ocasión de atender la expresa solicitud de la ANI en el sentido de así lo hiciera. Pero además, no puede ser extemporáneo aquello que es posterior al hecho denunciado máxime si se tiene en cuenta que lo nuevo es la reiteración de lo ya alertado. (...)",

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

adicionalmente, hace un análisis de las certificaciones expedidas por Deloitte y concluye que a Deloitte "(...) *ni les consta nada, ni auditaron nada, ni confirman nada!* (...)".

Como consecuencia del análisis realizado por el recurrente, indica que "(...) *COPASA se limitó entonces a procesar los Anexos 6A y 6D que aparecen suscritos por el Representante Legal Francisco Javier Ramos Barbosa y la Revisora Fiscal Lina María Jaramillo Reyes, pero que se encuentran huérfanos de la compañía de los Estados Financieros auditados y dictaminados que a la luz del Pliego y del expreso requerimiento de subsanación debieron presentar y que ni por lo uno ni por lo otro presentaron. Adicionalmente ni el Representante Legal de COPASA España, ni su Revisor Fiscal suscribieron los Anexos.*

No es dable admitir que la información financiera con que se deben llenar los campos de indagación que conforman los anexos 6A y 6D sea el producto de la simple y llana afirmación de quienes los suscriben. La definición incluida en el Pliego sobre Estados Financieros, las disposiciones insertas en la tal definición, las referencias acerca de la fuente de la información que contienen los anexos, bases esenciales de los cálculos para establecer la suficiencia de la capacidad financiera no permiten conclusión distinta a que los Estados Financieros auditados y dictaminados deben ser presentados; como, entre otras cosas, le fueron exigidos al Originador y a COPASA en el Informe de Subsanación (...)"

Arguye, que en cuanto a la capacidad financiera que debía demostrar el manifestante de interés, no existe en el proceso prueba idónea que permita comprobar que cumple con el patrimonio y capacidad de endeudamiento requeridos en la Invitación a Precalificar.

Continuando el orden del escrito del recurso de reposición interpuesto, el numeral IV del mismo, denominado "Lo ocurrido respecto de la Experiencia en Inversión", inicia este acápite el recurrente, transcribiendo los apartes de la Invitación a participar relacionadas con la experiencia de inversión, esto es, el numeral 3.5, 4.1.3 – Documentos privados otorgados en el exterior y 4.1.4 - Documentos públicos otorgados en el exterior. De igual forma, transcribe la norma contenida en el artículo 480 del Código de Comercio relacionada con la autenticación de documentos otorgados en el exterior y la complementa con el concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, sobre el particular, identificado con el No. 220-091982 Del 30 de Julio de 2013 Ref.: Radicación 2013-01-214244 así:

"(...) Sucursales de sociedades extranjeras. El trámite previsto en el artículo 480 del C. de Co. Se encuentra vigente y no ha sido desplazado ni sustituido por la Convención de la Haya. (...)"

En atención a lo expuesto formula (el peticionario que formuló la consulta) las siguientes inquietudes:

"1. Se me informe si el artículo 480 del Código de Comercio, sobre la legalización de documentos societarios otorgados en el extranjero por cónsules colombianos, ha sido derogado, subrogado o modificado de manera explícita o tácita.

En caso que ya no se encuentre vigente el artículo 480 según el tenor citado en esta petición, solicito se me informe cuál es la norma vigente para efectos de legalizar documentos societarios otorgados en el extranjero por parte de los cónsules colombianos.

2. Se me informe si en virtud de la Ley 455 de 1998, mediante la cual se aprobó la "Convención sobre la Abolición del Requisito de Legalización para Documentos Públicos Extranjeros", se tornó inaplicable el Artículo 480 del Código de Comercio respecto de los países en que, aun

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

cuando hacen parte de la citada convención, un particular determinar [Sic] surtir un proceso de legalización y no de apostilla.

3. Se me informe de manera clara y detallada cuál es el procedimiento actualmente vigente y vinculante, señalando cada uno de sus pasos, para efectos de acreditar la existencia y representación legal de una sociedad extranjera en Colombia.

Agradezco se me señale si los procesos de legalización de documentos de sociedades extranjeras deben surtirse únicamente respecto de los documentos acreditantes de la existencia y representación, o respecto de todos los documentos corporativos de la sociedad extranjera”.

Para responder las preguntas planteadas, se precisan apartes del Oficio 220-9774 de 30 de marzo de 2001, a través del cual se examinaron los efectos de la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961, ratificada en Colombia a través de la Ley 455 de 1998, respecto de la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, argumentación que al tiempo responde las inquietudes que se plantean en esta oportunidad, a saber:

(...)

2. El tratado se aplica a documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un estado contratante y que debe ser exhibido en el territorio de otro estado contratante. Por tanto, la naturaleza del documento es determinante para establecer la aplicabilidad del Tratado; en tal sentido, un acto o contrato suscrito en el exterior como el documento de fundación de la sociedad extranjera, los estatutos o la Resolución de incorporación no están cobijados por el régimen previsto en la convención de la Haya y por tanto deben sujetarse al trámite de legalización efectuado por el agente diplomático o consular, firma que debe someterse a su legalización posterior por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Así pues, respecto de los documentos señalados, la autenticación efectuado por los funcionarios competentes, lo será a su vez por la del Cónsul colombiano o a falta de éste, por el de una nación amiga, quien a su vez certificará que la sociedad existe y ejerce su objeto social, conforme a las Leyes del respectivo país, tal y como lo dispone el artículo 480 del Código de Comercio.

(...)

Lo expuesto permite responder, en el orden planteado, las inquietudes de la siguiente manera:

1. El artículo 480 del Código de Comercio se encuentra vigente.

2. En virtud de la Ley 455 de 1998, que aprueba la “Convención sobre la Abolición del Requisito de Legalización para Documentos Públicos Extranjeros”, no torna inaplicable el artículo 480 *Ibidem*.

3. La Convención de la Haya establece la abolición del trámite de legalización diplomática y consular de los documentos públicos expedidos por alguno de los Estados contratantes, quedando incluidos los actos notariales como los poderes y las escrituras públicas, conforme lo señala el Art. 1º, Lite. C) de la misma (...)

En relación con el concepto de la Superintendencia de Sociedades, la Resolución 7144 de 2014 emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás normas concordantes sobre la materia, el recurrente realiza un cuadro en el que clasifica en públicos y privados, los

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

documentos emitidos en el exterior y aportados por la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, y señala en una casilla, si cada uno de ellos se encuentra o no debidamente legalizados o apostillados, según corresponda y concluye lo siguiente:

"(...)En relación con los documentos públicos, como se puede apreciar del análisis del acervo probatorio aducido por COPASA, ésta omitió el requisito de apostillarlos en debida forma en clara contravía de lo exigido por el Pliego de Condiciones -según arriba copiamos- pues prima facie se aprecia en las notas de constancia de apostilla, que lo que COPASA actuó y logró fue que la firma objeto de constatación fuese la del notario que tuvo la ocasión de declarar como fieles copias tomadas de su original de los documentos públicos acabados de identificar, mas en ningún caso se hizo objeto de apostilla la firma de los funcionarios que aparecen como otorgantes de la certificación y del contrato."

Por ello es que a la luz del concepto emitido por la Oficina de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, tal proceder no se adecúa a las exigencias que en punto a apostilla rigen en Colombia por lo narrado ut supra; como ha sido adoptado de manera uniforme por otros entes públicos del sector de infraestructura (Invias, Fondo de Adaptación, Aeronáutica Civil)

Por otro lado, en relación con los documentos de índole privado entregados por COPASA para acreditar su experiencia en inversión, también listados antes, todos ellos debieron ser objeto del procedimiento dispuesto en el artículo 480 del Código de Comercio. Sin embargo y no obstante la claridad del mandato legal, lo que actuó COPASA -en total contravía con lo normado- fue adelantar el trámite de apostilla como si se tratase de documentos de naturaleza pública, pero insistiendo además en "apostillar" la firma del notario que no la del otorgante del documento o certificación. De esta obligación se exceptúan los documentos privados que fueron elevados a escritura pública.(...) se presentó un documento en idioma gallego, sin valor probatorio a la luz de las exigencias del numeral 4.1. REQUISITOS GENERALES DE LAS MANIFESTACIONES DE INTERÉS del Pliego (...) Entonces: el Contrato de Concesión aportado no existe para los efectos del Proceso que acapara nuestro interés (...)"

Adicionalmente estima en el numeral IV de su escrito de recurso, que como consecuencia de que los documentos presentados para acreditar la experiencia en inversión, son en su mayoría emitidos en el exterior y no cumplen con la debida legalización, los mismos se tornan inexistentes para el proceso.

Solicitudes del Recurrente:

"(...)

- 1. Revocar en un todo la Resolución No. 1055 de 13 de julio de 2016*
- 2. Declarar la no existencia de una Manifestación de Interés Hábil*
- 3. En su lugar dar por justificado el uso de la modalidad de contratación directa para la celebración del Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para 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", de conformidad con las*

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

Condiciones acordadas entre el Originador y la Agencia, en seguimiento de lo dispuesto en la Ley y Reglamentos aplicables vigentes.

4. *Como resultas de lo anterior adjudicar el Contrato de Concesión al Originador."*

4. De las consideraciones esbozadas por el Manifestante de Interés - Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA en su memorial mediante el cual descurre el traslado del recurso de reposición.

De conformidad con el traslado que concedió la Agencia, mediante documento publicado en el Secop, el día 28 de julio de 2016, el Manifestante de Interés - Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, presentó memorial en el que ejerce su derecho a contradicción frente a los argumentos expuestos por el Originador, Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogotá S.A.S en su recurso de reposición, documento radicado en la Entidad con el número 2016-409-066467-2 del 02 de agosto de 2016 y publicado posteriormente en el SECOP.

Los argumentos del Manifestante de Interés, se resumen en los siguientes términos:

Inicia su escrito, señalando que el recurso interpuesto por el Originador, Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogotá S.A.S, no debe ser tenido en cuenta por la Agencia, toda vez que el apoderado no se encontraba facultado para recurrir la resolución, para desarrollar su argumento, se apoya en lo prescrito en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (artículo 306) y por remisión de éste al Código General del Proceso, artículo 74, tal como lo expresa en su escrito en los siguientes términos:

"(...) más allá de los requisitos formales que deba contener el poder, subyace como requisito imprescindible que en este documento se señalen manifiestamente los asuntos para los cuáles el poder ha sido conferido.

Pues bien, resulta que, dado que el Recurso se presentó mediante apoderado, en cumplimiento de la referida norma, el doctor Francisco Javier López Chaves allegó como anexo un poder especial, cuyo alcance expresamente comprendía que dicho apoderado actuaría como tal:

"[. . .] desde la Publicación del informe de verificación de requisitos habilitantes y hasta la Audiencia de Conformación de la lista de Precalificados inclusive" (subrayas y negrilla fuera del texto original).

(...)

Frente a lo anterior no puede existir ninguna duda, siendo que, de haber querido que el poder se extendiera para cualquier otra actuación o etapa del Proceso, los otorgantes no se hubiesen molestado en limitar su alcance de la forma allí descrita.

(...)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

Considerar lo contrario conduciría a darle un alcance al poder que de su texto no se desprende, ya que ni el objeto del mismo, ni las facultades específicas del apoderado, incluyeron facultad alguna relacionada con respecto una etapa posterior a lo que ocurriera luego de finalizada dicha audiencia, y mucho menos para interponer este Recurso que ahora ocupa nuestra atención.

Siendo así las cosas, resulta claro y no existe duda alguna de que el Recurso se presentó incumpliendo el primero de los requisitos enlistados en el artículo 77 del CPACA, como era que se presentara mediante apoderado debidamente constituido. Y, como seguidamente lo establece el artículo 78 del mismo Código, la consecuencia de este incumplimiento acarrea que el Recurso sea rechazado. Por ende, sin necesidad de entrar a estudiar los argumentos expuestos por el recurrente, los cuales, de cualquier forma, son abiertamente improcedentes, lo cierto es que la ANI deberá proceder a rechazar el Recurso, como en derecho corresponde.(...)"

Arguye el manifestante de interés que el recurso presentado por el Originador carece de sustento fáctico y jurídico ya que el mismo se fundamenta en dos premisas erróneas, así:

"(...) la primera, lamentablemente, consiste en tratar de argumentar que COPASA no cumplía con los Requisitos Habilitantes para haber sido precalificado por la ANI en el marco del Proceso.

Lo anterior, por razón de que, en criterio del recurrente, el artículo 473 del Código de Comercio obligaba a COPASA a contar con representantes legales de nacionalidad colombiana para el momento de haber realizado la Manifestación de Interés. Y, como sus representantes legales son de una nacionalidad diferente, en sentir del recurrente no se cumple con el requisito que impone esta norma, supuestamente imperativa. Sin embargo, nada más alejado de la realidad.

(...) La segunda, en cambio, aparentemente consiste en sostener una muy trasnochada y absurda teoría edificada sobre la base de que, supuestamente, mi representada no cumple con los requisitos contenidos en el Documento de Condiciones para participar. Más allá de que, tal y como se pasará a explicar a continuación, al Originador no le era dable presentar estos argumentos con la interposición del Recurso, siendo que, nunca los manifestó durante el término previsto para tal fin (...) *Cursiva fuera de texto.*

Continuando el orden del escrito del manifestante de interés, el numeral III del mismo, denominado "Fundamentos de hecho y de derecho que demuestran la improcedencia del recurso, y que, en consecuencia, el acto deberá ser confirmado", subdivide sus argumentos en cuatro literales, los cuales se resumen de la siguiente manera:

En relación con los nuevos argumentos presentados por el Originador (literal A de su escrito), señala que los mismos no pueden ser tenidos en cuenta por la Agencia, toda vez que atentan con el carácter perentorio y preclusivo que tienen las etapas del proceso de selección, desconociendo así el principio de economía tipificado en la Ley 80 de 1993. Para sustentar su tesis sobre la extemporaneidad de las observaciones del originador, transcribe apartes de la Invitación a participar, tales como los subnumeral 5.4.3 y 5.4.4., en los cuales se señala el término para presentar observaciones al informe de evaluación, concluyendo

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

que: "(...)el Originador contaba con un término preclusivo y perentorio de 5 días hábiles para presentar las observaciones que considerara oportunas frente al informe que verificó los requisitos habilitantes de la Manifestación de Interés de COPASA. Sin embargo, lo cierto es que durante dicho término no se presentó observación alguna respecto a los estados financieros o el proceso de apostilla de los documentos aportados por COPASA, de tal forma que no resultaba oportuno ni procedente presentar nuevas observaciones a la Manifestación de Interés de COPASA en la audiencia de conformación de la lista de precalificados. Al respecto, es pertinente tener en cuenta que el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 establece claramente que en "los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley" (subrayado fuera de texto original) por lo que durante el procedimiento de precalificación resulta aplicable lo dispuesto en el numeral primero del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (...). Igualmente, busca ratificar sus consideraciones, por medio de jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente las sentencias del 20 de octubre de 2005, Expediente 14.579 y del 21 de abril de 2004, Expediente 12.960, así como la Sentencia T- 1165-03 del 04 de diciembre de 2003 de la Corte Constitucional.

En el literal B) de su escrito explica las razones por las cuales no le es aplicable a la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA el mandato prescrito en el artículo 473 del Código de Comercio, bajo el supuesto que esta sociedad no se encuentra actualmente prestando ningún tipo de servicio público en Colombia, e indica que:

"(...) Es preciso resaltar, que los argumentos expuestos por la ANI en el Informe de Respuestas se ajustan plenamente a la interpretación que hizo la Corte Constitucional en la parte motiva' de la Sentencia C-1058 de 2003 -que fue citada y resaltada en el escrito presentado por el Originador-, y en la cual se lee lo siguiente:

"4.4. Nótese que partiendo de la relación jurídica específica a la que hace referencia el artículo 473 del Código de Comercio (el mandatario de las sociedades extranjeras), teniendo en cuenta las funciones que a éste se confieren y advirtiendo la importancia otorgada a los servicios públicos por la Constitución, el impacto social y económico de las decisiones que pueden llegar a tomar las personas que ejerzan estos cargos en sociedades extranjeras dedicadas a la explotación de los servicios públicos en Colombia, puede ser de tal magnitud que se afecte el orden público, aspecto éste que fundamenta la restricción impuesta a los extranjeros en estos casos" (subrayas y negrilla fuera del texto original).

Es decir, es la propia Corte Constitucional, la que, tras analizar el contenido de dicho artículo, clarificó -por si existía alguna duda, que no debería existir-, que dicha restricción tan solo se impone, o mejor aún, se hace efectiva, al momento en que las sociedades extranjeras efectivamente se dediquen a la explotación de los servicios públicos en Colombia

Adicional a lo anterior, resulta importante a su vez destacar el verdadero sentido del concepto expedido por la Superintendencia de Sociedades citado por el Originador. Como bien indica la Superintendencia "para los fines de sus inquietudes hay que examinar si la actividad que desarrolla la sociedad respectiva, comporta la prestación de un servicio público, caso en el cual el mandatario general o su representante y los suplentes, deben ser necesariamente de nacionalidad colombiana, so pena de contravenir la exigencia que establece el artículo 473 del Código de Comercio (...)"

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

Es clara la posición de la Superintendencia de Sociedades en el sentido de aplicar la normativa a las actividades "desarrolladas" y no en su aplicación objetiva a cualquier sucursal que tenga la potencialidad de hacerlo. Por lo anterior, los argumentos expuestos por el Originador, según los cuales el acto de constitución de la sucursal, así como el acto de registro de sus apoderados ante la respectiva Cámara de Comercio es un acto nulo, carece de sustento legal. Como no ha ocurrido y se ha manifestado por parte de COPASA, la sucursal no desarrollará ninguno de los actos proscritos por el artículo 473 del Código de Comercio. Reiteramos que la manifestación de interés de COPASA se enmarca en otro tipo de actividades diferentes a las mencionadas por el Originador.

En relación con la presunta inexistencia de la Sucursal y del acto de designación de los apoderados, el Originador tampoco expone ningún argumento consistente que pruebe los elementos típicos de los actos inexistentes.

(...) De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, "el concepto de inexistencia hace relación directa al de constitución o nacimiento del negocio jurídico, e implica, por tanto, la idea de algo que no ha llegado a formarse por falta de uno o más requisitos esenciales para su formación. Comporta pues la negación, o sea que el cacto no se constituye y, desde luego, no tiene existencia ante la ley, pues no corresponde, ni siquiera, a la definición que ella trae acerca de él" (Resolución número 03193, julio 11de1973).

Como se ve, ni el acto de constitución de COPASA, ni el acto de designación de sus apoderados, como tampoco la realización de la manifestación de interés fue celebrado "sin las solemnidades sustanciales" exigidas por la ley. Como se puede concluir de una revisión de la escritura pública de constitución y del acto de designación de los apoderados, todos esos actos cumplieron con la totalidad de los requisitos legales exigidos por la legislación. (...)"

El manifestante de interés, en lo que concierne al concepto solicitado por el Originador a la Superintendencia de sociedades, respecto del artículo 473 del C. de Co., expresa que adicional a lo ya señalado sobre la aplicabilidad del artículo en cuestión a la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, es claro que los conceptos emitidos por autoridades administrativas no son vinculantes, tal como lo señala el artículo 28 del CPACA, y que tal como lo manifiesta el mismo concepto, "(...)Sobre el particular, me permito manifestarle que en ejercicio del derecho de petición, en la modalidad de consulta, las autoridades administrativas emiten un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo. que no se dirige a resolver situaciones de índole particular y concreto como las que se evidencian de las inquietudes anteriores, de las que claramente se advierte la existencia de una controversia referida a una Entidad cuya vigilancia por demás, no le competería a esta Superintendencia, circunstancias que impiden un pronunciamiento de fondo, máxime que de acuerdo con el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, las consultas no son en modo alguno el medio para dirimir controversias legales" (subrayas y negrilla fuera del texto original).", indica además el manifestante que "(...)Siendo así las cosas, resulta claro y no existe duda alguna de que, muy a pesar de que el Originador se empeñe por iniciar discusiones que resultan a todas luces innecesarias y completamente fuera de lugar, lo cierto es que lo hace con apoyo en consideraciones que no deben y no pueden vincular a mi representada. Por ende, este argumento tan solo puede estar llamado al más rotundo fracaso. (...)"

Continúa su escrito el manifestante de interés, señalando que en caso que se le aplique el artículo 473 del Código de Comercio, el mismo contiene un requisito de representación, y no de capacidad, el cual podría subsanarse, ya que en los términos de los artículos 1502 y 99 del Código civil, es requisito de validez para los contratos que los sujetos cuenten con la capacidad para contratar y esta a su vez se encuentre relacionada con la ejecución del

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

11 269

objeto social y no con las facultades de los representantes legales, tal como lo manifiesta en su escrito:

"(...) Específicamente, en relación con la capacidad jurídica de las personas jurídicas que adelantan los diferentes procesos para celebrar contratos estatales y la representación legal a través de sus representantes, el Consejo de Estado ha sostenido, de una forma clara y expresa que:

"La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que (. . .) en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta" 11 (subrayos y negrilla fuera del texto original)

La claridad y contundencia de dicho pronunciamiento fue expuesta luego de que el Consejo de Estado analizara que la capacidad jurídica de las personas jurídicas a la hora de la proposición de la oferta, es un requisito indispensable, mientras que la falencia en las facultades de los representantes para obligarse en determinado momento, puede ser corregida y convalidada. (...)"

Sustenta su posición no solo en los argumentos que el manifestante de interés esgrime a los largo de este literal, sino también en jurisprudencia, entre las cuales se cita, la sentencia del 26 de enero de 2011, Exp. 36.408, (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), y la sentencia radicación No. 17001-23-31-000-1997-08034-01 (20688) del 8 de febrero de 2012, (C.P. Ruth Stella Correa Palacio), del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Aunado a lo anterior, señala el Manifestante de Interés en su documento que: *"(...) si algo ha quedado claro es que los vicios derivados de la capacidad de las personas jurídicas sometidas a un proceso de selección de contratistas, evaluado a la hora de presentar sus ofertas, está íntimamente ligado con las actividades que, sin autorización de otra persona puede ejercer, y que así se contemplan en el objeto social, circunstancia que subyace insubsanable representada, en esta etapa preliminar del procedimiento incumplió el artículo 473 del Código de Comercio -lo cual ni por asomo es así-, lo cierto es que la condición en él establecido es de representación, es decir que COPASA debería estar representado por una persona natural colombiana en caso de que fuera a dedicarse a la prestación del servicio público. Un vicio de capacidad, sería, por el contrario, que mi representada ejerciera dicha actividad sin que en su objeto social estuviera contemplada su habilitación para hacerlo, circunstancia que no es del caso que nos ocupa. (...)" "D. Presunción de legalidad de los certificados de existencia y representación legal expedidos por las Cámaras de Comercio".*

En relación con los efectos legales de los certificados de existencia y representación, el Manifestante de Interés cita el concepto de la Superintendencia de Sociedades (Oficio del 11 de Febrero de 2014), de la siguiente forma: *"Las personas inscritas en la cámara de comercio ... como representantes de una sociedad.... Conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección". (Subrayado y negrilla fuera del texto original) (...)"Tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, en diversas sentencias, y sustenta la Entidad en sus pronunciamientos, el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio es el único documento que acredita y faculta a una persona para obrar en nombre de una sociedad"(...)"*

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

Afirma además, que de acuerdo con el artículo 78 del C. de Co. y la Sentencia C-144 del 20 de abril de 1993, proferida por la Corte Constitucional, las Cámaras de Comercio son entidades privadas que cumplen funciones públicas, entre ellas, la expedición del registro mercantil, el cual se materializa a través del certificado de existencia y representación legal. Por lo anterior, éste último, constituye un acto administrativo el cual está investido de la presunción de legalidad, razón por la cual no puede ser inaplicable por la autoridad administrativa, por ser facultad exclusiva del operador de justicia.

Estima que los certificados de existencia y representación legal, son la concreción de dicha función. En ese orden de ideas, afirma que es claro que dichos certificados son actos administrativos, y que como actos administrativos deben presumirse legales, mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En igual sentido, indica que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del certificado de existencia y representación legal, y su presunción de legalidad, éste no puede ser inaplicable por la Administración ya que esta es una facultad únicamente otorgada a los administradores de justicia, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Finaliza su acápite denominado fundamentos de hecho y de derecho, resaltando que como lo constató la Agencia en la verificación de los requisitos habilitantes, el Manifestante de Interés cumplió con todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Invitación a Participar, no obstante lo anterior, con la interposición del recurso, lo que buscaba el Originador era señalar que el Manifestante de Interés no cumplía con la capacidad financiera y la experiencia en inversión, por lo tanto, la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA realiza un cuadro comparativo entre los requisitos de la Invitación a Participar y lo presentado en su propuesta respecto a los requisitos relacionados con al Patrimonio Neto, Índice de Endeudamiento y Experiencia en inversión².

En relación con el contrato de concesión aludido por el Originador y que se encuentra en idioma Gallego, señala el Manifestante de Interés que *"(...)si bien es cierto que el referido documento se encuentra en idioma Gallego, el mismo se aportó única y exclusivamente en un acto de diligencia, sin que por tanto su aporte fuera necesario para entender el cumplimiento de alguno de los requisitos, en la medida en que todas las certificaciones aportadas cumplían con los requisitos previstos en las condiciones para participar.(...)"*.

Aunado a lo anterior, y de conformidad con las observaciones del Originador referentes al Apostille de los documentos otorgados en el exterior, prescribe el Manifestante de Interés que:

² Documento radicado en la Agencia con el No. 2016-409-066467-2 del 2 de agosto de 2016, Páginas 14 a 20.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

"(...) COPASA Sucursal Colombia presentó las Apostillas tal y como lo exigía no solo el documento de Condiciones para participar, sino también como lo exige la Convención, y las resoluciones del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre el particular. Sin embargo, ante la insistencia del recurrente por negar el hecho de que mi representada efectivamente sí cumplió con este requisito, a continuación se desvirtuará la procedencia de los anexos allegados con el Recurso:

- El Oficio 220-091982 del 30 de Julio de 2013

El Originador con el escrito del Recurso de Reposición aportó el Oficio 220-091982 del 30 de Julio de 2013 expedido por la Superintendencia de Sociedades titulado "Sucursales de sociedades extranjeras. El trámite previsto en el artículo 480 del C. de CO se encuentra vigente y no ha sido desplazado ni sustituido por la convención de la Haya."

Al respecto, resulta preciso mencionar que no puede el mismo interpretarse únicamente desde el título, o desde la interpretación de contenido parcial del mismo, pues lo anterior lleva a crear argumentos erróneos y desacertados, tal y como ocurre cuando el Originador cita apartes del mismo, y dejando de lado, muy convenientemente, el contenido de los párrafos 2 y 3 del numeral 3 del referido oficio, en los cuales se recoge la verdadera intención de la Superintendencia de Sociedades.

Al respecto señalan los referidos párrafos:

"En ese orden de ideas, si la naturaleza del documento es lo que determina la inaplicabilidad de la Convención, constancias o certificaciones acerca de la existencia de la sociedad, representación legal y el desarrollo del objeto social conforme a las leyes del respectivo país escapan a autoridad (sic) que Apostilla, que se limita a dar fe sobre la autenticidad de la firma y a qué título actúa la persona que firma el documento, pero si esas condiciones se encuentren incorporados (sic) en documento público, el trámite de autenticación previsto en la Legislación Nacional se hace innecesario.

"Sumado a lo anterior, sólo queda por agregar que los pasos y procedimiento para Apostillar los documentos públicos como el trámite para la autenticación de documento son del resorte exclusivo del Ministerio de Relaciones Exteriores" (subrayas y negrilla fuera del texto original).

De ahí que, es el mismo oficio aportado con el Recurso, el que reconoce la facultad que tenía mi representada de apostillar dichos documentos para dar cumplimiento de aquél requisito. (...)

En relación con el contenido del Oficio S-GAOL-14-050442 de julio 28 de 2014, en virtud del cual el Originador argumenta que la apostilla no se realizó en debida forma, debe tenerse en cuenta que el contenido de dicho oficio fue revaluado por el mismo Director de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano de la Cancillería, quien en el Oficio S-GAOL-16-068590 de julio 29 de 2016, expresamente sostuvo que:

"(..) el Oficio S-GAOL-14-050442 de julio 28 de 2014. suscrito por el Doctor Álvaro Calderón Ponce de León, Director de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano para esa fecha, correspondió a una respuesta dada al Doctor Leónidas Narváez Morales, Director de INVIAS, para resolver específica y particularmente una coyuntura que se estaba dando en su momento con la Unión Europea, por lo tanto no

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

corresponde a una directriz permanente de la Dirección de Asuntos Consulares para todos los procesos de licitación (subrayas y negrilla fuera del texto original).

(...)“Lo anterior, teniendo en cuenta que cada país de acuerdo interno, es autónomo y soberano en la determinación de la expedición de sus certificaciones o avales en los documentos públicos que emiten, así como también en la expedición de sus apostillas.

“Al respecto, en el día de ayer hemos consultado a la Oficina Permanente de la Haya el caso particular, respuesta que nos han enviado en la fecha y que nos permitimos citar a la letra, con el fin de aclarar el mencionado asunto.

“Primeramente, debe tenerse en cuenta que una Apostilla no afecta la aceptación, admisibilidad o valor probatorio del documento público subyacente. Si se presenta apostillada una copia certificada del documento público entonces podría Colombia requerir que se presente el documento original apostillado, ya que se pretende determinar la autenticidad del origen del documento público original y no de la copia pues la Apostilla se vincula a la firma del notario y no a la del funcionario público. Véase Manual sobre Apostilla, párrafo 27.

“Si bien esto es evidente, se debe también considerar la manera de implementar el tratado en el Estado emisor. La razón de ello es que algunos Estados están impedidos en virtud de su procedimiento interno de apostillar directamente ciertos documentos públicos y requieren que se notaricen primero antes de emitir una Apostilla. Este es el caso, por ejemplo, de algunos cantones de Suiza y Reino Unido. (Subrayado y negrita fuera de texto)

“Por ello, podría suceder que a pesar de las solicitudes de Colombia de que se apostille el original, y por tanto la firma del funcionario público y no la del notario, el Estado emisor se encuentre impedido de hacerlo en virtud de su derecho interno. Como resultado de lo anterior, el usuario se queda en el limbo sin poder solicitar una nueva Apostilla para su documento público ni poder continuar su trámite por el rechazo de la Apostilla en el Estado receptor. Esto no es poco común, sucede frecuentemente con respecto a diplomas; en dichos casos, Estados receptores solicitan que el diploma original esté apostillado y no la copia, pero en varios Estados, sobre todo angloparlantes, este trámite no es posible y todos los diplomas deben pasar por un notario y posteriormente, ser apostillados. (...)”

De con todo lo anterior, resulta absolutamente evidente que, aun cuando el Originador pretenda negarlo con la presentación de sus extemporáneos argumentos y/o las infundadas acusaciones formuladas por el Originador, es claro que COPASA Sucursal Colombia CUMPLE CON TODOS LOS REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS para la presentación de las manifestaciones de interés. (...)”

“F. En caso de que la Resolución sea revocada. y COPASA descalificada, se produciría una violación de las normas internacionales aplicables en Colombia”.

Anuncia, que en virtud del Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre España y Colombia³, el cual indica en su artículo 3. Tratamiento Nacional y Cláusula de Nación más Favorecida, que: “(...) 1. Cada parte contratante otorgará en su territorio a las

³ Ley 1069 de 2006.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

269

inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de cualquier Estado, el que sea más favorable al inversionista. (...) ", no podrá darse un trato menos favorable a los inversionistas del otro Estado. Sumado a lo anterior, trae a colación el laudo arbitral "CIADI de Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania", así como el caso "Maffezini versus España" expuestos por el Manifestante en la Audiencia del 13 de julio de 2016.

Recuerda también que la Agencia en materia de contratación, ha venido aplicando el "Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por la otra"⁴, al cual pertenece España, y con el fin de reforzar el trato igualitario para los países signatarios del mismo, transcribe los artículos 175 y 178 del precitado acuerdo.

Así las cosas, concluye el manifestante de interés que incluir restricciones, como la de requerir un representante legal colombiano, constituiría una discriminación a su condición de extranjero, "(...)Por lo tanto, solicitamos muy respetuosamente a la ANI continuar aplicando el Acuerdo, como bien lo ha venido haciendo, y por ende garantizar un trato igualitario a los proponentes extranjeros con los proponentes nacionales."

Solicitud del Manifestante de Interés.

*"De conformidad con las consideraciones que han quedado expuestas y de los argumentos de hecho y derecho que las soportan, respetuosamente reitero mi solicitud inicial en el sentido de que se **NIEGUE** el recurso de reposición interpuesto por el Originador en contra de la Resolución, y de que, en su lugar, se **CONFIRME** dicha decisión en su integridad."*

Teniendo presente los argumentos esbozados por ambas partes en sus escritos procede la Entidad a resolver el recurso interpuesto dentro del plazo legal en los siguientes términos:

5. Consideraciones de la Agencia Nacional de Infraestructura respecto del proceso de selección y determinación en relación con el recurso interpuesto.

5.1 De la verificación de los requisitos habilitantes y de las reglas de subsanabilidad.

En primer término es importante señalar, que para la verificación de los requisitos habilitantes del manifestante de interés, Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, la Agencia dio estricto cumplimiento a lo estipulado en el numeral 5.4. Verificación de Requisitos Habilitantes, el cual establece el procedimiento a seguir por parte del manifestante así como del Comité Evaluador. Igualmente, en el curso del proceso y para el caso de los subsanes que fueron requeridos al Manifestante de Interés, y al Originador, este último respecto a la Garantía de Seriedad, el Comité Evaluador aplicó las reglas de subsanabilidad establecidas en el numeral 5.5 de la Invitación a Participar.

⁴ Aprobado mediante Ley 1669 de 2013

Vale precisar que el documento de Invitación a Precalificar, estableció de forma clara y precisa en varios de sus acápite, los términos dentro de los cuales, los participantes en el proceso podían presentar las observaciones al informe de evaluación preliminar, entre esos el numeral 5.4 mencionado en el párrafo anterior, que al tenor literal expresa lo siguiente:

"(...) 5.4. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

(...)

5.4.3 El plazo de verificación de los Requisitos Habilitantes será el señalado en el Cronograma y una vez vencido este plazo se publicará el informe de verificación que se pondrá a disposición de los Manifestantes únicamente por un término de cinco (5) Días Hábiles. Durante el plazo de verificación de Requisitos Habilitantes la ANI podrá, por solicitud del Comité Evaluador, requerir de los Manifestantes información para subsanar su Manifestación de Interés en cuanto a Requisitos Habilitantes se refiere, de acuerdo con el numeral 5.6.

5.4.4 Durante el plazo señalado en el numeral anterior, los Manifestantes podrán presentar observaciones a la ANI respecto de la verificación de sus propias Manifestaciones de Interés así como de la verificación de las demás Manifestaciones de Interés, las cuales podrán allegarse al correo electrónico indicado en este Documento en formato no editable y en formato de procesador de texto.

Las copias de las Manifestaciones de Interés, estarán disponibles a partir de la publicación en el SECOP del Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, en el Segundo Piso de la Agencia, de 9:00 A.M. a 12:00 P.M y de 2:00 P.M. a 4:30 P.M. en días hábiles, en el término establecido en el Cronograma para la presentación de Observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes.

5.4.5 Vencidos los cinco (5) Días Hábiles señalados en el numeral 5.4.3, la ANI publicará en el SECOP las observaciones recibidas al informe de verificación para que dentro de los tres (3) Días Hábiles siguientes los Manifestantes contesten las observaciones formuladas a sus Manifestaciones de Interés por parte de otros Manifestantes y subsanen, de ser el caso, los apartes de su Manifestación de Interés que deban ser subsanadas de acuerdo con el numeral 5.6, siempre y cuando no hayan sido previamente requeridos por la Entidad.

5.4.6 Vencido el plazo de tres (3) Días Hábiles previsto en el numeral anterior, la ANI analizará las observaciones, defensas y subsanaciones presentadas y publicará dentro del plazo señalado en el Cronograma las respuestas a las observaciones al informe de verificación. (...)" *Cursiva y subrayas fuera de texto.*

En este sentido, y dentro del término previsto en la Invitación, la Entidad, mediante documento publicado en el Secop, el día 28 de junio de 2016 solicitó los subsanes que consideró necesarios tanto para el manifestante de interés como para el Originador. Solicitud que fue resuelta de forma satisfactoria por ambas partes tal como se incorporó en el informe de evaluación definitivo, publicado en el Secop el 12 de julio de 2016.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

Dentro del término de traslado del informe inicial, se presentó por parte del Originador oficio de observación frente a la manifestación de Interés de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, que fueron objeto de sendas respuestas por parte de la Entidad en el documento "Respuesta a observaciones", haciendo énfasis única y exclusivamente en las observaciones que de forma concreta fueron expuestas por el Originador en su escrito.

Posteriormente, y por fuera del término de traslado, el Originador en audiencia pública, presentó nuevas observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes, las cuales no fueron atendidas por la Entidad por considerarse extemporáneas, cuyo sustento se basó principalmente en el carácter perentorio y preclusivo de las actuaciones procesales en el marco de un proceso de selección de esta naturaleza (Principio de Economía) y con fundamento en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado que argumenta que el cumplimiento de dicho principio salvaguarda los intereses de los administrados.

Así las cosas, la Agencia tomó la decisión de conformar la lista de Precalificados mediante la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016.

5.2 Análisis del recurso interpuesto por el Originador Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogota S.A.S – Accenorte

5.2.1 Oportunidad del recurso interpuesto.

Teniendo en cuenta que la Resolución No. 1055 "Por la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016 del 13 de julio de 2016" se profirió el día 13 de julio de 2016, y que el Originador presentó el recurso de reposición contra el precitado acto administrativo el día 25 de julio de 2016 documento radicado en la Entidad con el número, 2016-409-062995-2, y que el artículo 76 del CPACA, establece que el recurso de reposición deberá "(...) interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. (...)", la Agencia manifiesta que el mismo, se presentó dentro de la oportunidad legal.

Vale destacar, previo al análisis en concreto del recurso, que el doctor Francisco Javier López en su calidad de apoderado, se encuentra debidamente facultado por los miembros que integran la estructura plural del originador, para interponer el recurso de reposición, lo anterior, con sustento en el poder aportado en la Audiencia de Precalificación que al tenor literal prevé:

"(...) SERGIO ECHAVARRÍA HOYOS, (...) actuando en condición de Representante Legal de la Promesa de Sociedad Futura ACCESOS NORTE D E BOGOTÁ S.A.S. - ACCENORTE, (...) confiero PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUFICIENTE al Doctor FRANCISCO JAVIER LOPEZ CHAVES, (...) para que en nombre y representación de la Promesa de Sociedad Futura ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ S.A.S. actúe al interior del Proceso de Precalificación citado en la referencia, según el cronograma del mismo, desde la Publicación del informe de verificación de requisitos habilitantes y hasta la Audiencia

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1269

de Conformación de la lista de Precalificados inclusive. En ejercicio de su mandato el abogado López Chaves queda investido de las facultades propias del mandato judicial, incluidas y sin limitación alguna las de (i) intervenir en las audiencias a que haya lugar (ii) radicar toda clase de escritos y recursos (iii) sustituir este poder (iv) reasumirlo y (v) en general la de representar ante esa Entidad a la Promesa de Sociedad Futura ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ S.A.S. en cualquier trámite administrativo a que haya lugar en desarrollo del Proceso de Precalificación arriba citado. (...)” Cursiva y Subraya fuera de texto.

Nótese en el escrito en cita que el doctor López, se encuentra investido de las más amplias facultades para efectuar en nombre y representación del Originador todas las actuaciones que comporten un ejercicio legítimo del derecho a contradicción que respalden en alguna medida los intereses propios de esta estructura plural en el marco del presente proceso de selección, por tal motivo, la Agencia entrará a estudiar y a resolver de fondo cada uno de los argumentos expuestos en su escrito.

Ahora bien, la Resolución impugnada (Resolución No. 1055 de Julio 13 de 2016), fue notificada en estrados en desarrollo de la Audiencia de Precalificación y conforme a su tenor literal, y lo dispuesto en el “ARTICULO TERCERO” señaló la procedencia del Recurso de Reposición, en los términos del artículo 76 y numeral 2º del artículo 67 del CPACA.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 67 en comentario, toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de las circunstancias de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de los recursos.

De otra parte, el artículo 76 del mismo estatuto, dispone que los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.

En este orden de ideas y a partir de las disposiciones anteriormente transcritas, del mismo contenido y alcance de la Resolución “por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el Proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2015”, es claro, que la Audiencia de precalificación no se entiende finalizada hasta tanto no se resuelvan los recursos de ley y cobre firmeza el acto administrativo respectivo o se proceda con su revocatoria, en el evento de prosperar los recursos. Asimismo, de las facultades otorgadas en el mandato otorgado al apoderado especial del Originador de la Iniciativa, a pesar de la circunscripción a la Audiencia de Conformación de la lista de precalificados inclusive, hasta tanto no se resuelvan los recursos, no podemos tener por conformada en debida forma la lista de precalificados, por lo que resulta procedente estudiar y resolver el recurso interpuesto oportunamente por el apoderado especial del Originador.

5.2.2 Análisis en concreto de los argumentos del Recurso.

Sea lo primero expresar y precisar al recurrente, que tal como se expresó en desarrollo de la audiencia y en el acto administrativo producto del precitado proceso de selección, en la decisión de la administración, solamente se contemplaron y controvirtieron por parte de la Entidad, aquellos asuntos que fueron objeto de observaciones concretas y oportunas espetadas por el Originador.

Situación que estaba vedada por la Entidad, respecto a los nuevos argumentos que de manera habilidosa pretendieron ser expuestos por el apoderado del Originador en el curso de la audiencia, valiéndose para ello de una confusa argumentación relativa a una "observación adicional" que a criterio de éste, se trataba de una consideración que abarcaba un amplio espectro de la evaluación de los requisitos habilitantes, aun cuando los mismos no se dieron a conocer en la oportunidad procesal pertinente y que la aceptación de estas consideraciones y observaciones extemporáneas claramente violentaban el derecho de contradicción del manifestante de interés. Nos referimos puntualmente a los argumentos relativos a la acreditación de la capacidad financiera y experiencia en inversión (apostille de documentos) de quién presentó manifestación de interés en el presente proceso de selección, esto es la Sociedad Anónima Obras y Servicios COPASA, cuya manifestación de interés fue puesta a consideración del Originador a lo largo de todo el proceso de selección, sin que aquél manifestara ningún reproche frente a la legalización de los documentos en el exterior y sin que existiera una observación siquiera sucinta de alguna consideración relativa a la forma en la que se acreditaron los requisitos habilitantes concernientes a la capacidad financiera o experiencia en inversión. Pareciera entonces que estos nuevos argumentos deshilvanados y tardíos son el resultado de un intento desesperado por convencer a la Entidad de la poca idoneidad del manifestante de interés, lo cual resulta a todas luces contrario al carácter preclusivo y perentorio de las actuaciones administrativas.

Al respecto, resulta oportuno mencionar que en los procesos de selección de contratistas del Estado, se deben garantizar principios y preceptos tales como la transparencia, el deber de selección objetiva, el debido proceso y la igualdad entre los participantes, de tal suerte que las oportunidades y las etapas del proceso devienen en perentorias y preclusivas, a efectos de que la selección del contratista se haga de manera objetiva y transparente y no como resultado de la imposición de consideraciones subjetivas que violen de forma arbitraria los postulados orientadores de la Contratación Pública. Después de surtidas estas etapas, no le es dable a los proponentes ejercer los derechos en posterior oportunidad pues debieron aportar sus consideraciones en cada etapa correspondiente de dicho proceso.

Menos aún podrán tenerse en cuenta si el proponente contaba con argumentaciones que pudieran cambiar la decisión de la Entidad y no se dieron a conocer oportunamente, lo cual podría considerarse, incluso, como una conducta que podría atentar contra los principios de "lealtad procesal" y "buena fe".

Vale precisar que la determinación de la Entidad de dar el tratamiento de extemporáneos a los argumentos expuestos por el Originador, a través, de su apoderado encuentra sustento en las disposiciones legales y reglamentarias que se ocupan de esta materia, como se expuso de forma amplia y suficiente en precedencia y no a una decisión caprichosa y sin sustento legal, por tal motivo, ratificamos ciertamente esta posición frente a los nuevos argumentos traídos a colación con ocasión del recurso de reposición que pretenden desestimar la manifestación de interés presentada por Sociedad Anónima Obras y Servicios COPASA, por citar un ejemplo el Contrato en idioma Gallego incluido por esta sociedad en la documentación que integra su propuesta, situación que no fue puesta a consideración de la Entidad en ninguna etapa del proceso de selección que nos ocupa y que abiertamente viola el derecho de contradicción por parte de aquél que tiene legítimamente el derecho de emitir una defensa con el tiempo debido y dentro de la oportunidad procesal prevista para ejercer válidamente dicho derecho, esto es, hasta la audiencia de conformación de lista de precalificados. Se trata entonces, de un nuevo intento porque la Entidad coadyuve las solicitudes del Originador, sin que se encuentre legitimada para ello en esta etapa.

Sin perjuicio de lo anterior, en aras precisamente del principio de transparencia y con el fin de aunar en argumentos que doten de mayores garantías la actuación administrativa, estos serán tratados por parte de la Entidad, no porque se haya cometido alguna omisión al haberlos desestimado de plano, sino, a efectos simplemente de aclarar que los mismos, no tienen ninguna incidencia en la decisión adoptada y en tal sentido no cambian el curso dado a la actuación o decisión de conformar o integrar la lista de precalificados, entre el Originador y quien se presentó como eventual proponente a través de su manifestación de interés, vale decir: la Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogota S.A.S – Accenorte y la Sociedad Anónima Obras y Servicios COPASA.

Este carácter de inalterable de la decisión adoptada por la Entidad mediante el acto administrativo recurrido, tiene su soporte en los argumentos que se han dado a conocer por parte de la Entidad frente a cada uno de los planteamientos, repetimos, que de manera habilidosa y sin el estricto cumplimiento de la buena fe procesal, han pretendido ser utilizados de manera extemporánea por el recurrente.

Se precisa que no solamente el carácter de extemporáneo de los argumentos, hace que los mismos sean desestimados por parte de la Entidad, pues tal como se verá en la presente decisión, de haberse entrado a analizar estos argumentos, los mismos no hubiesen sido admitidos para cambiar la decisión de la administración.

Hechas las precisiones que anteceden, a continuación procede la Entidad a dar respuesta frente a las afirmaciones y observaciones del recurrente, tratando de conservar el orden en que han sido planteadas y que conducen a ser reiterativos, en los siguientes términos:

6. Observaciones frente a la capacidad Jurídica del manifestante. Aplicación del artículo 473 del Código de Comercio. Objeto ilícito y nulidad de la sucursal

6.1 Actividades de Carácter Permanente en Colombia

En relación con las alegaciones presentadas por el Originador respecto del no cumplimiento de los requisitos de capacidad jurídica solicitados en la Invitación a Precalificar, la Agencia reitera los argumentos que ha venido exponiendo en repetidas ocasiones a lo largo del proceso de selección y sobre los cuales, es valioso realizar las siguientes precisiones:

Respecto de los requisitos establecidos por el Código de Comercio en relación con las sociedades extranjeras, el Originador en su escrito indica de forma muy precisa las normas del Código de Comercio en las que se regula la participación de sociedades extranjeras en Colombia cuando se trate de actividades comerciales de carácter permanentes.

Dicho compendio normativo indica, de forma expresa y sin lugar a equívoco, cuáles son las actividades que se consideran como permanentes y que para su ejecución requieren que las sociedades extranjeras cumplan con los requisitos señalados por ese mismo título del Código en mención, sin que dé lugar a interpretación alguna por parte del operador jurídico.

Conforme atinadamente lo señala el Dr. José Ignacio Narváez García, la sucursal de sociedad extranjera "es el establecimiento abierto en el territorio nacional para ejercer una, varias o todas las actividades que constituyen su objeto social, administrado por mandatarios con facultades suficientes para comprometer la responsabilidad de la compañía". Señala que si bien el concepto de sucursal supone dependencia económica y una relativa autonomía jurídica respecto de la principal, en la ley colombiana la autonomía jurídica para la sucursal de sociedad extranjera no se configura, pues a ésta se le da tratamiento legal único por ser una única sociedad, confluyendo en la figura de la sucursal de sociedad extranjera, la coordinación y dependencia económica y la coordinación y dependencia jurídica.

En este mismo sentido, el Dr. Francisco Reyes Villamizar, en cita de la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha señalado: "la superintendencia de sociedades ha definido a la sucursal como un establecimiento de comercio que se encuentra conformado por un conjunto de bienes corporales e incorporales administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad, carente de personería propia, y con un objetivo determinado, como es el servir de medio para la realización de actividades propias del objeto social de su matriz, a la que se encuentra íntimamente ligada al ser una prolongación...". (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-110082 de 6 de diciembre de 1999).

En conceptos más recientes ha aclarado la Superintendencia de Sociedades que no son susceptibles de demandarse las sucursales de sociedad extranjera como sucursal propiamente, pues el tratamiento legal que ésta tiene en el ordenamiento jurídico colombiano, es la de establecimiento de comercio, sin personería jurídica distinta a la de su casa matriz:

“El Oficio 220-131628 del 02 de octubre de 2015 transcribe apartes del Oficio 220- 000356 de 1 de febrero de 2008, que al efecto precisó: ‘Vistos los argumentos expresados en el acápite primero como los reseñados anteriormente, se colige que no se puede demandar solo como sucursal, pues en su sentido estricto corresponde a un establecimiento de comercio, pues aquella no tiene autonomía, ni personería jurídica, ni independencia jurídica distinta de la de su casa matriz; por lo cual será al mandatario o representante legal o apoderado de la sucursal de la sociedad extranjera, contra quien deberá formularse la demanda, pues estos, según el caso, son quienes actúan en nombre y representación de la compañía extranjera con sucursal en Colombia, y es ella la que ostenta la personería jurídica para todos los efectos legales”.⁵

Se tiene entonces que la sucursal de una sociedad extranjera, es un establecimiento de comercio de una sociedad extranjera en el país, a la cual se le aplican no las reglas de las sucursales propiamente, sino las de éstos –establecimientos de comercio-, y por lo tanto, carecen de personería jurídica y sus actividades están ceñidas al marco dado por su matriz, pues es en términos de la doctrina, es una extensión de su brazo de acción.

En ese orden de ideas, es claro que la Ley Mercantil sólo impone cargas adicionales a aquellas sociedades extranjeras que pretendan ejecutar actividades permanentes, es decir que para las actividades comerciales que no se tienen como permanentes, no puede exigirse a las sociedades extranjeras que cumplan los requisitos mencionados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que para efectos de la etapa procesal que nos ocupa, esto es la conformación de lista de precalificados en un proceso de selección, quien se presente como manifestante no se encuentra en ejecución de alguna actividad permanente de las contempladas en el Código de Comercio, no es dable aplicar las normas a que hace referencia el Originador en su escrito por tratarse de normas cuyo supuesto para ser de recibo, es la ejecución de actividades permanentes. De esta forma, no se cumplen los requisitos legales para predicar la obligatoriedad en la aplicación de tales preceptos para el caso concreto.

Lo anterior, se encuentra justificado, como se ha mencionado a lo largo del proceso de selección, no solo en la normativa vigente sino en el contenido de la Invitación a Precalificar en los acápites 2.1.1. y 3.1.1. “*Personas Jurídicas sin sucursal en Colombia*”, en el que se permite la participación en el proceso de sociedades extranjeras sin que requieran la constitución de una sucursal en Colombia, pues para la Entidad, es más que claro que la sola participación (como mera expectativa) en este tipo de procesos no se enmarca en ninguno de los presupuestos legales para ser tenida como **actividad comercial permanente**.

⁵ Oficio 220-140934 del 13 de julio de 2016.

6.2 Del Objeto Social de una Sociedad Mercantil en Colombia

Resueltas las consideraciones respecto a no considerar el presente proceso de selección en una actividad permanente que implique en alguna medida la constitución de una sociedad mercantil, conforme con las normas comerciales de nuestro país, nos referiremos en este acápite al Objeto Social de las sociedades comerciales en Colombia y si existe en este caso incumplimiento alguno por parte del manifestante de interés de las normas comerciales sobre esta materia.

Sea lo primero indicar que resulta incorrecto a la luz de las normas mercantiles en Colombia, que se quiera analizar una sociedad comercial como un todo en el que la inclusión de alguna actividad al momento de su constitución puede viciar de nulidad absoluta no solo las actuaciones de sus representados, como resultaría lógico, sino el acto mismo de su constitución. Resulta apresurado pensar que cualquier actividad que se consagre en los estatutos a título de objeto social, por su sola inclusión puede clausurar per se la actividad legítima que pretende desarrollar esta sociedad. Aunado a la anterior, como se expuso en las etapas previas del presente proceso se equivoca el Originador, al no vislumbrar las claras diferencias entre Capacidad Jurídica y Representación Legal, cuyo análisis es necesario para entender porque el manifestante de interés no se encuentra en esta etapa en un remoto incumplimiento del artículo 473 de la ley comercial. Una vez aclarado lo anterior pasaremos a resolver en las líneas argumentativas subsiguientes las consideraciones esbozadas por el recurrente sobre este aspecto.

En primer término, es importante aclararle al Originador, que no es cierto que las Cámaras de Comercio cumplan una labor tangencialmente instrumental al momento de registrar una sociedad en el registro comercial, nada más alejado de la función otorgada por la Constitución y la Ley a estas agremiaciones privadas, como pasaremos a explicar más adelante. Por el momento es importante precisar, que haber sido como lo expone el recurrente, esto es, que es inadmisibles el objeto social en las condiciones que se encuentra registrado en el documento de constitución del manifestante de interés, no resulta desde ningún punto de vista procedente a criterio de la Agencia tal solicitud, pues es claro que la autoridad competente para reconocer la inscripción de la sucursal de la sociedad, vale decir la Cámara de comercio de Bogotá, no lo hubiere admitido o registrado, en los términos en que se hizo si existiera algún vicio en dicho acto. No obstante a la conclusión expresada, cabe considerar, que en caso de que se tuviera reparos frente a la constitución de la sucursal, dicho reclamo debió ser objeto de impugnación en esa instancia (durante el proceso de inscripción ante la cámara de comercio) a efectos de restarle la validez a dicho acto en esta oportunidad, no ahora, en medio de un proceso de selección. Ahora bien, es importante aclararle al recurrente, que no puede, ni debe ser desconocida por parte de la Agencia, como en reiteradas oportunidades se ha expresado, la constitución de esta sucursal de sociedad extranjera, que goza de una presunción de legalidad, que en ningún caso puede ser objeto de duda en esta etapa.

Se trata entonces, de un acto administrativo revestido de presunción de legalidad, que no solamente por eso, sino por los argumentos que en extenso se han expuesto en esta actuación, debe ser plenamente observado y acatado por la Entidad.

De otra parte, el recurso, como se indicó, confunde los conceptos de capacidad y de representación⁶, al interpretar el contenido y alcance del artículo 473 del Código de Comercio⁷. La norma en cuestión, cuya aplicación echa de menos el recurrente, hace referencia a representantes y suplentes, para exigir, en el evento de que la sociedad tenga por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público, que los mismos sean ciudadanos colombianos. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia ya referenciada, señaló:

“... son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla.

“En el primer caso, ya se anotó, la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que en el segundo, esto es, en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta.

⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION B. C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia de fecha 8 de febrero de 2012. Rad. 20688: “La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si “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”, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. 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. (...) son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla.

⁷ 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.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

11 269

En el caso concreto, no estamos frente a un problema de capacidad, pues, la misma fue acreditada al momento de presentar la Manifestación de Interés dentro del proceso de la referencia y verificada por el Comité Evaluador, tanto en el informe preliminar como en el informe definitivo de verificación de requisitos habilitantes. Tampoco, estamos frente a un problema de representación, pues, del certificado de existencia y representación legal, se desprende con absoluta claridad quiénes son los representantes y suplentes de la Sucursal Colombia del Manifestante. La imputación entonces se dirige a cuestionar la nacionalidad de los representantes y suplentes, quienes son ciudadanos Españoles, y que el impugnante, interpreta a la luz del artículo 473 del Código de Comercio, deben ser ciudadanos colombianos, en virtud de que se pretende explotar un servicio público. Tal imputación carece de fundamento fáctico y jurídico para cuestionar la participación de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA Sucursal Colombia, pues, la exigencia de la norma para poder participar, es que se tenga capacidad jurídica, y ella se reitera; está debidamente acreditada y consta en el certificado de existencia y representación legal expedido en debida forma por la Cámara de Comercio, el cual está investido de presunción de legalidad y que escapa de las competencias de la ANI y del comité evaluador, entrar a desconocer el acto de registro, así como el contenido y alcance de los documentos de constitución conforme a las leyes del país de origen de la sociedad matriz, y la respectiva escritura pública de constitución en Colombia, tal y como lo propone el recurrente, quien sustenta la solicitud en lo dispuesto en el artículo 10 del CPACA.

En gracia de discusión, la regulación contenida en el artículo 473 en comento, como ya se dijo, regula temas de representación, que por naturaleza son subsanables, y no de temas de capacidad, que por regla general, son insubsanables⁸.

Así, se observa que en la reposición, el impugnante, engendra alrededor de su interpretación privada de la norma en cuestión, temas de ilicitud⁹, de nulidad¹⁰, de inexistencia, fenómenos que han sido ampliamente estudiados por la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que dicho sea de paso, afectan la existencia, legalidad o eficacia de los negocios jurídicos y no los actos de representación en sí. Así, afirma el recurrente, que si el acto de constitución de la sucursal colombiana de la sociedad extranjera resulta en un todo afectado de nulidad, es evidente que la sucursal no existe; pero si lo que ocurre es que la nulidad tan solo afecta la disposición de la sociedad extranjera dirigida a designar como sus representantes legales y suplentes a nacionales españoles, se tendrá como consecuencia

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de 29 de julio de 2015, Expediente 40.660, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹ Acude a la noción de objeto ilícito prevista en el artículo 1502 y 1519 del Código Civil

¹⁰ Acude al artículo 1470 del Código Civil

ineluctable que la sucursal constituida carece de voceros, mandatarios o representantes que actúen válidamente en su nombre.

Es de anotar que los argumentos frente a los cuales pretendé edificar la nulidad (normas de orden público, objeto ilícito, nulidad absoluta, nulidad del acto de constitución de la sociedad y/o nulidad de la designación de representantes legales y suplentes, carácter extunc de la nulidad) están todos relacionados con la inaplicación del artículo 473 del Código de Comercio al momento de protocolizar la Escritura Pública 044 de 16 de enero de 2016, mediante la cual entre otras, se designó como representantes y suplentes a los señores Francisco Javier Ramos Barbosa, José Luis Sarayía Centeno, Manuel Vidar-Bejar y Francisco Barrios Arribas, todos ellos de nacionalidad española. Indica el recurrente, que tal designación consagra un objeto ilícito, que genera la nulidad del acto notarial de creación de la sucursal, y no existiendo la sucursal por nula, mal puede entenderse que ésta formuló Manifestación de Interés alguna.

Todas estas razones son meramente hipotéticas, pues, la Escritura Pública 044 de 16 de enero de 2016, no ha sido anulada, por el contrario, fue debidamente registrada ante la Cámara de Comercio, y a través del acto de registro, dentro de sus competencias, la Cámara de Comercio, certifica la existencia y representación legal de la Sucursal.

En este orden de ideas, y así lo reconoce expresamente el recurrente, que la nulidad pretendida escapa de la órbita de competencia de la ANI. El recurso objeto de decisión, en la página 10, inciso final, señala:

“Entonces, de continuar tercamente la ANI habilitando a COPASA como un legítimo Manifestante de Interés, se estará exponiendo a que la nulidad del acto de creación de la sucursal y/o del de designación de los representantes legales sea pretendida a través del incoamiento de la acción pertinente en sede judicial¹¹ con la consecuencia de que, si el ruego procede y resulta triunfador, el Proceso de Invitación a Formular Manifestación de Interés, el de Selección Abreviada y la celebración del Contrato de Concesión misma, decaerán por cuanto que declarada la nulidad absoluta del acto completo o de su expresión designatoria, todos los procedimientos edificados sobre el acto desaparecido del mundo jurídico resultarán afectados ineludiblemente”

Es consecuencia, es evidente que la declaratoria de nulidad de la escritura debe producirse en sede judicial, y mientras esto no acontezca, la misma goza de presunción de legalidad y

¹¹ Negrilla, cursiva y subrayado fuera de texto.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

61 269

no puede ser desconocida en sede administrativa¹². La Superintendencia de Industria y Comercio, por vía conceptual¹³, sobre este mismo punto, precisó lo siguiente:

"1. Registro mercantil

1.1. Presunción de legalidad de los actos inscritos

De acuerdo con lo establecido en el artículo 33 del código de comercio, todo comerciante debe renovar anualmente su matrícula mercantil, so pena de incurrir en sanción por el ejercicio profesional del comercio sin estar inscrito, teniendo en cuenta que, conforme lo ha establecido la jurisprudencia, no renovar la matrícula equivale a carecer de registro. [1]

Acorde con lo anterior, la renovación de la matrícula mercantil de los comerciantes constituye un acto administrativo, [2] en virtud de la función pública que ejercen las cámaras de comercio, [3] en tanto comporta una manifestación de voluntad de la administración encaminada a producir efectos jurídicos [4] de publicidad, [5] mantenimiento de la vigencia de la matrícula mercantil y los demás derivados de dicha vigencia, como serían los de elegir y ser elegidos como directores de la cámara de comercio, que por ende goza de presunción de legalidad. [6]

En este sentido, no procede su revocación directa a menos que el comerciante la acepte expresamente [7] y, por lo tanto, su ilegalidad sólo podrá ser alegada ante la jurisdicción contencioso administrativa a efectos de obtener su nulidad. [8]

Por lo anterior, en relación con su consulta le informamos que, en tanto no sean iniciadas las acciones pertinentes tendientes a obtener la nulidad de los actos administrativos de renovación y en consecuencia estos sean suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso administrativa, los respectivos comerciantes tendrán derecho a votar y ser elegidos como directores siempre que cumplan con los demás requisitos señalados para el efecto, toda vez que, la vigencia de sus matrículas mercantiles se encontrará amparada por la presunción de legalidad del acto administrativo de carácter particular y concreto de la renovación".

Ahora bien, dicha escritura pública ha sido objeto de registro ante la Cámara de Comercio, y bien es sabido que los actos de registro, para todos los efectos son actos administrativos. Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio y la facultad de

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 23 de junio de 1995, Expediente 3205, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

¹³ http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic8309.htm

producir actos administrativos, como lo son los actos de registro¹⁴, la ley dispone que cualquier persona puede impugnar los actos ante la respectiva Cámara de Comercio.

Por otro lado, no existe evidencia alguna que se hayan impugnado los actos de registro de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA Sucursal Colombia, ni que se haya demandado la nulidad de la respectiva escritura pública, y mucho menos que se haya declarado la nulidad de los actos cuestionados, teniendo el recurrente la carga de la prueba para desacreditar la constitución de la sucursal en comento.

Así las cosas, no queda sino acatar lo dispuesto en el artículo 88 del CPACA, en el que se expresa que los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Siendo ello así, las razones de inconformidad tejidas alrededor del artículo 473 del Código de Comercio, no están llamadas a prosperar.

En este punto, se insiste, en que la ANI, carece de competencia para conocer el contenido, validez y firmeza del acto de registro expedido por la Cámara de Comercio que da cuenta del registro de la sucursal y por tanto, debe atenerse a lo que necesariamente allí consta, pues en caso contrario, ahí sí se lesionaría el principio básico de presunción de legalidad que revisten los actos de registro con riesgo de vulnerar el régimen disciplinario y hasta penal por adoptar decisiones que sólo le conciernen a la justicia y no a la administración pública.

Finalmente, confunde el recurrente los elementos de existencia, validez y eficacia de los actos administrativos. En los actos administrativos se distinguen los presupuestos de existencia, los presupuestos de validez y los presupuestos de eficacia final. Los presupuestos de existencia son aquellas exigencias sin las cuales el acto no se configura como tal y por ende no surge a la vida jurídica. Los presupuestos de validez son aquellas condiciones de un acto existente que determinan que sea valorado positivamente por encontrarse ajustado al ordenamiento o, con otras palabras, que si el acto es sometido a un juicio de validez no permiten que le sobrevenga una valoración negativa. Los presupuestos de eficacia final son aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir. Ahora, no debe olvidarse que mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto

¹⁴ Artículo 70 del CPACA: "Los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación..."

administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios.¹⁵

En el presente caso, no podemos hablar de inexistencia de la sucursal, pues, obra prueba legal de su existencia y representación legal, tal como consta en el respectivo certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio. Tampoco, podemos hablar de invalidez, pues, no existe evidencia alguna de que el mismo no se ajuste al ordenamiento jurídico, de hecho, las alegaciones sobre el incumplimiento del artículo 473 del Código de Comercio, se limitan expresamente a los casos en que el representante legal y suplentes de una sociedad extranjera debe ser ciudadano colombiano, circunscribiéndolos al objeto de la sociedad, al afirmar que 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. La sucursal de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, tiene un objeto amplio como se puede extraer del acto de constitución y se refleja en el respectivo certificado de existencia y representación legal, de una parte; y de otra, no se dedica exclusivamente a explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, y en la actualidad, no desarrolla el objeto descrito en el artículo 473 del Código de Comercio, por lo que mal podría exigirle el cumplimiento de una norma cuya descripción no es actualmente aplicable a la sociedad en comento, y que en consecuencia, las imputaciones de ilegalidad, de nulidad y de objeto ilícito no le son predicables. Tampoco podríamos hablar de ineficacia de los actos, pues, los mismos, siendo existentes y válidos, han cumplido con el requisito de publicidad y con todos los requisitos para producir efectos en el universo jurídico, hasta el punto que la prueba de su publicidad surge de la lectura del mismo acto de registro mercantil.

En tal virtud, no procedente en esta etapa del proceso de selección, como lo solicita el recurrente, exigir al manifestante de interés, la designación de representantes legales nacionales, pues, es claro que para efectos de la manifestación de interés, es una de las actividades posibles de la empresa a través de su sucursal en Colombia, no estamos frente al ejercicio de una actividad de servicio público, de tal suerte que sin lugar a dudas, bien puede actuar a través de sus representantes legales, siendo estos de nacionalidad extranjera.

Dar un tratamiento al manifestante de interés como lo pretende el recurrente, por tratarse de una empresa extranjera, sería desconocer lo que en materia de tratados internacionales, ha concertado Colombia, de manera específica estaríamos contraviniendo el tratado suscrito

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, sentencia de fecha 8 de agosto de 2012. Radicación número: 23358 Actor: GERENCIA Y DESARROLLO LTDA. Demandado: INSTITUTO NORTESANTANDEREANO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO –INORSA.

con la Unión Europea y debidamente aprobado en Colombia mediante Ley 1669 de 2013, en el cual claramente se encuentra establecido:

"Artículo 175

Principios Generales

1. *Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta:*

(...)

(b) cada País Andino signatario, incluidas sus Entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la Parte UE; y a los proveedores de la Parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores.

2. *Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta, una Parte, incluidas sus Entidades contratantes no deberá:*

(a) dar a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera; o (...)"

En el caso concreto que ahora se examina, la Agencia no discute la claridad de la norma, ni la interpreta tratando de auscultar su espíritu, como de manera desacertada se lo atribuye y afirma el impugnante, antes por el contrario, lo que se ha hecho es ser consecuente con los principios rectores de la actividad contractual en Colombia y en general con la aplicación de las disposiciones legales vigentes, en tal sentido, no es posible aplicar una restricción a un proponente, que decimos a un proponente, a un manifestante de interés, ante una actuación que no tiene ninguna restricción de orden legal, en sus estatutos de constitución.

De igual forma, es necesario aclararle al Originador, que en ningún momento la Agencia ha rebatido el carácter de imperativo de la norma en comento, ni la ha desconocido. Las actuaciones de la Agencia a lo largo del proceso han estado encaminadas a aplicar todas aquellas normas que se ajusten a los supuestos de hecho presentados, siendo en todo sentido pródigos del ordenamiento jurídico colombiano.

Aquí lo que debería estar en discusión no es la aplicación de la ley, sino, si las actividades contempladas en el objeto social de la sucursal de la empresa que ha venido a manifestar interés en un proceso de selección, le permiten su participación en el mismo, siendo que dicho proceso fue convocado a partir de la iniciativa planteada por un Originador privado. Ante este interrogante, se reitera que el objeto social de la empresa que ha manifestado interés, contiene de manera compleja y le permite de manera separada ejercer actividades tanto de servicios públicos, como otras diversas como presentar propuesta (presentar manifestaciones de interés), esta última respecto de la cual no requiere necesariamente contar con un representante legal de nacionalidad colombiana.

Vale precisar que el Originador, de este tipo de proyectos, presenta su iniciativa, a sabiendas, de la posibilidad que terceros, puedan pretender como en este caso, participar en la manifestación de interés y en el futuro proceso de selección. El Originador, no puede pretender que con la sola presentación de la iniciativa privada, sea el acreedor del contrato, pues el ordenamiento legal, dispone la posibilidad de participación de terceros.

De otra parte, señala el recurrente que:

"(...)

- *El artículo 473 como norma imperativa. Concepto Superintendencia de Sociedades.*

Avizorando posibles posiciones contemporizadoras, como las adoptadas en la Audiencia y en el Informe Final previo, tuvimos la acertada previsión de consultar a la Superintendencia de Sociedades acerca de la naturaleza y sentido de la disposición desarrollada por el Artículo 473. (...)"
Cursiva fuera de texto

En cuanto al concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, para la Agencia Nacional de Infraestructura, es claro el concepto y la posición que se tiene por parte de la Superintendencia, el cual compartimos plenamente. No obstante si lo aplicamos al caso que nos ocupa, encontramos y ratificamos que para el trámite relativo exclusivamente a la manifestación de interés en el proceso de selección, tal como se ha expresado de manera reiterada, no es necesaria la actuación de la empresa extranjera a través de un apoderado de nacionalidad colombiana.

Adicional a lo anterior, el documento hace especial énfasis en que lo primero que debe ser objeto de análisis es **"si la actividad que desarrolla la sociedad respectiva, comporta la prestación de un servicio público"**

Con lo mencionado en el concepto precitado es evidente que la actividad a que se refiere la restricción normativa **debe ser desarrollada** por la sociedad, es decir, no basta sólo con la inclusión en el objeto social para que revista la obligación contenida el artículo 473 del C. Co. de forma automática sino que necesariamente debe haber un desarrollo o ejecución del objeto social a que hace alusión el artículo para que se configure el supuesto que genera la obligación.

Esto sin, perjuicio además de desconocer el sentido en que le fue formulada la consulta a la Superintendencia de Sociedades, y si dicha Entidad a su vez conoce de primera mano todos los pormenores y detalles de la situación fáctica que se está presentando en este proceso de selección.

Compartimos igualmente que es clara la regulación y obligatoriedad del artículo 473 del Código de Comercio, pero insistimos en que el objeto social del Manifestante de Interés, le permite presentar la manifestación de interés a través de sus representantes legales extranjeros, pues con esa sola actuación, no estamos frente a la prestación de un servicio público, como lo sostiene el originador, de tal suerte que en este aspecto no existe la

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

claridad meridiana que arguye en su escrito el recurrente, para lo cual utiliza un adagio bastante popular, pero en ningún caso aplicable al caso materia de análisis.

En cuanto al argumento respecto al objeto ilícito que predica éste del Manifestante de Interés que *"(...)No requiere ningún esfuerzo llegar a la irrefutable conclusión de que el numeral SEGUNDO de la escritura 044 de 16 de enero de 2016, por la que se crea la sucursal colombiana de la Sociedad Anónima Obras y Servicios COPASA es atentatoria del orden público de la Nación en tanto desatiende, con desvergüenza, la norma legal imperativa de obligatorio cumplimiento que consagra el Artículo 473 del Código de Comercio. (...)"*

Frente a esta afirmación, es necesario reafirmar lo expuesto por parte de la Agencia, frente a idéntico argumento, en el sentido, que no se encuentra que con la participación del Manifestante de Interés en el proceso de selección, exista ilicitud en su objeto social, el cual como ya se ha dicho contiene la facultad de participar en procesos de selección, actuación que no comporta de ninguna manera la prestación de un servicio público.

No comparte la Agencia la nulidad que se predica por parte del Originador respecto del objeto social del Manifestante de Interés, en tanto que deviene lícito al no haberse controvertido su constitución en la instancia correspondiente a través de la cámara de comercio quien profirió el acto administrativo de constitución, el cual está revestido de presunción de legalidad. Esto aunado a los argumentos ya expuestos sobre la posibilidad de participación en una instancia como la manifestación de interés que no corresponde a un servicio público en los términos previstos en el artículo 473 del Código de Comercio.

A los argumentos expuestos, se suma lo manifestado en el concepto emitido por la Dra. Diana Lucía Talero Castro de la firma Urdaneta, Vélez, Pearl & Abdallah Abogados, solicitado por la Agencia para el presente proceso en el que indica:

"(...)

La sucursal de sociedad extranjera es considerada como un establecimiento de comercio¹⁶ a quien se le aplica un régimen especial, el régimen propio de la sociedad comercial¹⁷ de nacionalidad colombiana y de la naturaleza de las anónimas. Luego, por tratarse de un establecimiento de comercio, la capacidad para contraer derechos y obligaciones, en realidad corresponde a la sociedad extranjera, quien se ha constituido conforme a las leyes de su país y cuya capacidad está determinada por el objeto social propio de su acto de constitución o de reformas, según las reglas del país de origen.

Ahora, si la sociedad extranjera quiere realizar actividades permanentes, de las enunciadas en el artículo 474 op. Cit, la legislación le obliga incorporar una sucursal cumpliendo una serie de requisitos que comienza con la resolución o acto en que la sociedad acuerde "conforme a la ley de su domicilio principal" establecer negocios permanentes en Colombia.

¹⁶ Art. 263 del C de Co

¹⁷ Art. 497 del C de Co.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

11 269

En cuanto al acto de incorporación de la sucursal¹⁸, la legislación interna exige que la sociedad extranjera manifieste: "1. Los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto a la claridad y concreción del objeto social."¹⁹.

Nótese que el enunciado usa la conjugación de la tercera persona del presente subjuntivo del verbo proponer; y, el verbo proponer en alguna de las acepciones que trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua indica:

- Determinar o hacer propósito de ejecutar o no algo.
- Hacer una propuesta

Por su parte, el sustantivo "propuesta" lo define el DRAE como:

- Proposición o idea que se manifiesta y ofrece a alguien para un fin.
- Consulta de una o más personas hecha al superior para un empleo o beneficio.
- Consulta de un asunto o negocio a la persona, junta o cuerpo que lo ha de resolver.

Por lo tanto, las propuestas de la sociedad extranjera a través de su sucursal tienen necesariamente que reunir todas las condiciones que la ley les exija para que efectivamente se convierta en la actividad misma, de la empresa social de la persona jurídica foránea. Las descripciones del acto de incorporación son el marco de la capacidad de la sociedad extranjera, es lo que puede hacer, pero no necesariamente indica lo que hace, pues para ejecutar los negocios descritos en el acto de incorporación requerirán agotar los requerimientos y condiciones establecidos por la ley si a ello hubiere lugar. (...)

Resultaría excesivo calificar o descalificar a una persona jurídica por la inclusión en su objeto social de descripciones abstractas y genéricas ajenas de contenido económico, esto es, a la actividad de su empresa.

Incluso, una sociedad extranjera puede proponerse desarrollar negocios en Colombia que no puede materializar, lo que determina que la propuesta se queda en un simple intención, por ejemplo porque no obtuvo la autorización; más adelante no se puede acusar a la sociedad de alguna actividad irregular por tener en su acto de incorporación esa propuesta, porque la mera inclusión de un negocio en el objeto, no implica su desarrollo ni que por ese solo hecho este desconociendo que se requiere cumplir con requisitos para el ejercicio de su capacidad y su correlativa adquisición de derechos y obligaciones.

En el caso particular de la sociedad extranjera Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, quien ha manifestado interés en participar en un proceso de contratación, es claro, que el acto de incorporación "propone" diferentes actividades, todas ellas lícitas. Tal y como lo expresó la ANI en el Informe de respuesta a las observaciones, el objeto corresponde a un objeto social amplio, y que no se limita únicamente a la gestión y explotación de servicios públicos, algunas de las actividades listadas, requieren el cumplimiento de ciertos requerimientos legales, como en este caso, exigen que los actos positivos dirigidos a adquirir derechos y a contraer obligaciones tengan como representante legal a una persona natural o jurídica de nacionalidad colombiana.

¹⁸ Numeral 1 del Art. 471 del C de Co.

¹⁹ Numeral 1 del Artículo 472 del C de Co.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

Sin embargo, se insiste, mientras no se desarrolle la actividad, las actividades propuestas son meras expectativas²⁰ que en el evento en que se concreten requieren que se reúnan todos los requisitos exigidos por la ley, mientras no se presenten o se ejerzan, pues no pueden exigirse requisitos directamente relacionados con el ejercicio mismo de su capacidad.”

En contraposición a lo expuesto en el recurso, al no haber nulidad en el objeto o en el acto de constitución de la sociedad COPASA, no deviene nula ninguna actuación en el presente proceso de selección.

Respecto de lo anterior, la Agencia ha establecido de forma clara y precisa los requisitos habilitantes para la presente Invitación a Precalificar y los mecanismos a través de los cuales, aquellos interesados deben acreditarlos para tener su manifestación de interés como hábil.

De otra parte, y en gracia de discusión, con respecto a establecer si el manifestante de interés en su actuación en el presente proceso tiene por objeto social explotar, dirigir o administrar un servicio público en los precisos términos del artículo 473 del Código de Comercio, es preciso expresar, que, un contrato de concesión de obra pública, es diferente de un contrato de concesión de servicio público, pues en el primero estamos frente a la explotación de bienes dirigida exclusivamente a la financiación de la obra y mantenimiento de la red vial, en tanto que en el segundo estamos frente a la prestación de un servicio público propiamente dicho.

Sobre el particular, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, aunque los denomina contratos de concesión, los distingue, al establecer que: *“Son contratos de concesión lo que celebran las Entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial, de un servicio público, (CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO) o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio de uso público, (CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA) así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la Entidad concedente (...)”* cursivas y texto en paréntesis fuera de texto.

En este orden de ideas, solamente aplicaría la tesis de que el representante legal de las sucursales de sociedades extranjeras debe cumplir con el precepto consignado en el artículo 473 del Código de Comercio, si se trata de concesiones de servicios públicos, pero este no es el caso, pues, estamos frente a una precalificación que precede a la adjudicación de un contrato de concesión de obra pública, no frente a una concesión de servicio público.

6.3. De la presunción de legalidad del acto de registro.

²⁰ Tal y como se afirmó en la Audiencia Pública de conformación de lista, “manifestar interés no constituye la prestación de un servicio público”, de lo dicho por la ANI, citado por el apoderado del Manifestante No 1.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

En el caso concreto, frente al objeto social y representación legal cuando se trata de una sucursal de una sociedad extranjera en Colombia, el documento idóneo para demostrar el cumplimiento de dichos requisitos habilitantes es el Certificado de Existencia y Representación Legal emitido por la Cámara de Comercio que corresponda, documento que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 26 y siguientes y 86 del Código de Comercio así como el artículo 2 del C.P.A.C.A, tiene carácter de acto administrativo y goza de todas las prerrogativas de este tipo de actos, como se indicó.

Ha reiterado la Agencia a lo largo del proceso, que siendo el certificado mencionado un acto administrativo, el mismo 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.

Es por lo anterior, se reitera, que no es dable a la Entidad determinar si existe o no una nulidad de las mencionadas por el Originador, bien sea por la existencia de un objeto ilícito o por la supuesta indebida representación que aduce, pues el instrumento mediante el cual se prueba el requisito solicitado se encuentra ajustado a lo requerido en la Invitación y el acto se encuentra vigente y en firme.

No puede la Agencia entrar a determinar o a declarar una nulidad en el caso pues estaría desconociendo de manera flagrante y acomodada las normas vigentes en materia Administrativa e invadiendo competencias que se encuentran asignadas a la jurisdicción contencioso administrativa; ni mucho menos enmarcar las actuaciones administrativas derivadas del proceso de selección dentro de una suposición eliminando la seguridad jurídica para los administrados.

Queda respaldado lo anterior en los argumentos esgrimidos en el ya citado concepto emitido por la Dra. Diana Lucía Talero Castro en el que se manifiesta:

"(...)

El negocio efectivamente desarrollado, es el que podría tener un defecto o vicio, caso en el cual corresponderá a la sede judicial competente su declaración, siempre que no haya sucedido la subsanación o saneamiento permitido en la ley²¹.

En todo caso, cualquier discusión acerca de la nulidad por objeto ilícito debe necesariamente llevarse a la autoridad judicial, y en ningún caso la administración, puede reemplazar la jurisdicción en esta materia. El acto de incorporación y la designación son actos jurídicos cobijados por presunción de legalidad que únicamente pueden ser discutidos por vía judicial y declarada a instancia de autoridad judicial competente, así las cosas un proceso contractual no puede convertirse en el lugar de discusión en el que se decidan derechos o se declaren nulidades de resorte exclusivo de la jurisdicción.

En razón de lo anterior, contrario a lo que argumenta el recurrente, el acto de creación de la sucursal colombiana de COPASA no tiene objeto ilícito, porque tal y como antes se anotó la

²¹ Artículo 108 del C de Co.

designación de los representantes legales y sus suplentes que no son ciudadanos colombianos, no está contraviniendo el artículo 473, en la medida en que la sociedad extranjera no explota, no dirige, ni administra un servicio público en desarrollo de su objeto social.

Adicionalmente, como bien se mencionó, el representante legal que pudiera actuar estando inhabilitado o teniendo una incompatibilidad, no transforma en ilícito el objeto de la sociedad.

Para concluir, la designación de los representantes legales de la Sociedad no constituye un objeto ilícito, y la designación de los mandatarios y de sus suplentes es válida, por lo que la Manifestación de Interés signada es también válida."

En relación con este tema de la nulidad del objeto social del Manifestante de Interés para actuar en Colombia, la Agencia, careciendo de competencia para efectuar tal declaración como lo pretende el recurrente, será respetuosa de la decisión que sobre el particular emita la autoridad competente, antes por el contrario, se continuará respetando la legitimidad con la cual se ha constituido dicha empresa.

6.4. Del SPV como agente ejecutor del Contrato de Concesión.

No se puede dejar de lado por parte de la ANI, el argumento que en debida forma se ha expuesto a lo largo del proceso y que no ha sido refutado por el recurrente y es el hecho de que para efectos del tipo de proyecto que implica una Asociación Público Privada y a la luz del pliego de condiciones publicado por la Entidad, el adjudicatario del proceso de selección no está llamado a ejecutar el proyecto sino que adquiere la obligación de constituir una sociedad de objeto único "SPV" que en reiteradas oportunidades ha sido definido por la Agencia 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."

Es así, como se evidencia de forma clara que en ningún caso es el adjudicatario quien ejecutará el proyecto, y el objeto social desarrollado por el manifestante en esta etapa del proceso corresponde únicamente a la posibilidad de participar en este tipo de proceso de selección, objeto que se encuentra debidamente acreditado por la Sucursal en el Certificado de existencia y Representación Legal aportado.

Cobra relevancia entonces hacer referencia al concepto contenido en el artículo 98 del Código de Comercio, en el que se contempla que las sociedades son **personas jurídicas distintas de los socios individualmente considerados**, artículo que es de plena aplicación para el caso de la constitución del "SPV" pues frente a tal situación no se ha contemplado una norma especial que exceptúe a estas sociedades o establezca para las mismas el desconocimiento de la figura conocida en materia mercantil como "velo corporativo".

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

269

Es este vehículo societario quien está llamado a cumplir dentro de su objeto social la única y exclusiva actividad encaminada a la ejecución del proyecto, con total independencia de los objetos sociales que desarrolle o esté en posibilidad de ejecutar el o los socios que lo constituyen por cuanto no es de recibo entonces ninguna de las afirmaciones que hasta el momento ha mencionado el recurrente en su escrito.

En este tema resulta de la mayor importancia, citar algunos apartes de la doctrina extranjera que denota la importancia de la independencia de este vehículo de propósito en los siguientes términos:

"3.2. LA SOCIEDAD VEHÍCULO DEL PROYECTO (SVP)

*Los accionistas del proyecto se agrupan a través de una firma nueva e independiente, la SVP, constituida específicamente para ejecutar y explotar el proyecto, que buscará la financiación necesaria para llevarlo a cabo entre sus socios y en el mercado financiero. A cambio la SVP es quien recibe los ingresos y flujos de caja que el negocio genere, que responden como recurso principal de la financiación, el accionariado de la SVP es vital para crecer que los flujos de caja previstos son viables y alcanzables"*²² (Subraya y Cursiva Fuera de Texto)

Aunado a lo anterior, estiman los autores que una característica principalísima de los proyectos denominados "Project finance" como el que se ha regulado por medio de la Ley de APP, es la independencia de la esta Sociedad Vehículo del Proyecto, para lo cual se puntualiza lo siguiente:

"4. La independencia del proyecto se plasma en forma jurídica consecuyente, una nueva sociedad, que en PF se conoce como Sociedad Vehículo del Proyecto (SVP) que adopta formas como Consorcio, UTE, AIE, Sociedad Anónima, etc(..) La SVP es una sociedad específica e independiente, creada para la gestión del proyecto, responsable de contratar su ejecución, obtener su financiación, controlar su ejecución, obtener financiación, controlar su evolución, pagar las deudas y remunerar a los accionistas"

"5. La SVP es dominada por los inversores accionistas, con personalidad jurídica a menudo diferentes a la de los promotores iniciales interesados en el proyecto, que busca y a quien se le presta la financiación complementaria a los fondos propios de los accionistas"

"6. Generalmente, la SVP es la titular de los activos del proyecto, quien debe gestionar su mantenimiento y buen uso y quien velará por defender su máximo valor. La SVP firmará la cadena de contratos necesarios para la construcción, suministro, operación, mantenimiento, y venta de los productos del proyecto" (Cursiva y Subrayas fuera de Texto)²³

Es claro entonces que el contrato a suscribir se alinea perfectamente con esta forma de contratación Project finance, en el que muchos apartes del mismo avizoran la importancia de constituir una sociedad responsable de la ejecución del proyecto, en ese sentido, resulta, cuando menos, llamativo que el Originador cuyos miembros cuentan con amplia experiencia en concesiones, argumenten que no es jurídicamente acertado señalar que es el SVP el responsable y ejecutor de un proyecto de esta naturaleza.

²² Financiación Global de Proyectos Project Finance; Diego Gómez Cáceres/Juan Angel Jurado Madico

²³ Ibídem

Pues bien, en términos generales no es jurídicamente correcto afirmar a la luz de las normas de APP y de las estructuración financiera, técnica y jurídica del proyecto que a los promotores o contratistas se les deba exigir más requisitos que un objeto social que les permita presentar manifestación de interés y potencialmente una propuesta, que los legitime para adquirir la calidad de socio de un proyecto bajo esta modalidad contractual.

Bajo este supuesto lo pretendido por el recurrente en su escrito no es acorde con el hecho de que las condiciones de habilitación en los procesos de selección deben corresponder íntegramente a criterios objetivos que comporten la evaluación de la idoneidad del oferente y que garanticen la cabal ejecución del objeto contractual. En esa medida, requerir a un promotor o proponente que tenga un objeto social que lo faculte para ejecutar el contrato muestra un desconocimiento de las normas de contratación y de la modalidad contractual aplicable al objeto contractual, puesto que no es éste el llamado a ejecutar el proyecto.

6.5 Del deber de cumplimiento del ordenamiento jurídico y la imposibilidad de tomar decisiones propias de la administración de justicia en sede administrativa.

El Originador, desarrolla en su acápite denominado “El deber de actuación de la ANI”, que es claro que la declaratoria de nulidad deberá declararse por las autoridades judiciales, no obstante lo anterior, la Agencia se encontraba en la obligación legal de cumplir con el artículo 10 del C.P.A.C.A., y así dar preferencia a la aplicación en sede administrativa del artículo 473 del Código de Comercio.

Como lo manifiesta el originador, la nulidad aducida no puede declararse en sede administrativa, sino que precisa de una decisión de la jurisdicción; por tal razón la Agencia no se encuentra en capacidad de desatender la manifestación de interés bajo el amparo del contenido del artículo 10 del C.P.A.C.A con el argumento de una interpretación errónea del mismo para el caso concreto.

El artículo en mención contempla:

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

El artículo citado NO da lugar a interpretación pues es claro y evidente que para que la administración actúe como se contempla, es necesario que se encuentre frente a situaciones que tengan los mismos supuestos **fácticos y jurídicos**.

Para el caso concreto, es claro que los supuestos de hecho fijados por la norma en comento no son los mismos que cobijan al Manifestante de Interés, por lo que la aplicación preferente a que hace alusión el recurrente en virtud del artículo 10 del CPACA no es de recibo.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta lo expresado en el concepto que aquí se viene tratando en cuanto a que: *"El acto de incorporación de la sucursal de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA, y la designación de sus representantes legales son actos amparados por la presunción de legalidad²⁴, así como su posterior inscripción en el Registro Mercantil, administrado por la Cámara de Comercio²⁵.*

La inscripción en el Registro Mercantil como acto administrativo²⁶, genera derechos de carácter particular en favor del comerciante, pues tal y como lo ha sostenido la Superintendencia de Industria y Comercio, "comporta una manifestación de voluntad de la administración encaminada a producir efectos jurídicos²⁷ de publicidad²⁸ y por ende, gozan de presunción de legalidad²⁹.

La Cámara de Comercio como Entidad privada responsable del Registro Mercantil, tiene una función regulada en la ley, y es la ley la que determina el marco del alcance de sus atribuciones. El control que ejerce, es un control basado en una verificación o control formal de los requisitos legales y estatutarios en materia de inscripción del acto de incorporación y del nombramiento de representantes legales, este control lo realizan basados en la información que consta en los documentos objeto de inscripción y en aplicación del principio de buena fe³⁰

De forma concluyente se observa que la solicitud orientada a dar aplicación al artículo 10 del C.P.A.C.A no es procedente en el caso concreto y que la competencia para determinar si existe o no algún tipo de nulidad se encuentra en cabeza de la jurisdicción.

Frente a los puntos, hasta el momento, tratados a lo largo del presente escrito, vale la pena traer a colación las siguientes conclusiones:

"1. Las inhabilidades o las incompatibilidades o las restricciones legales de los representantes legales de la sociedad extranjera Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA con sucursal

²⁴ En este mismo escrito en el ítem 3.4.1., se había sostenido también que "En todo caso, cualquier discusión acerca de la nulidad por objeto ilícito debe necesariamente llevarse a la autoridad judicial, y en ningún caso la administración, puede reemplazar la jurisdicción en esta materia."

²⁵ Artículo 86 del C de Co.

²⁶ En función de la función pública que ejercen las cámaras de comercio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123, 210 y 365 de la Constitución Política. La Corte Constitucional, en Sentencia C-166 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara sostuvo: "La facultad reconocida a entidades privadas de producir actos administrativos, revela la inaplicabilidad del criterio subjetivo u orgánico para determinar la naturaleza del acto, la cual se deduce ante todo, del contenido de la función realizada en lo que se advierte la evidente primacía de un criterio material que define la índole administrativa del acto y, de contera, la aplicación de la normatividad propia del derecho administrativo en las etapas de formación, notificación, impugnación y control."

²⁷ Citado en el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, Radicación 02041462, SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá - Colombia, 1994. Página 59: "En consecuencia, entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendientes a la producción de efectos jurídicos".

²⁸ Artículo 26 del C de Co.

²⁹ Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, Radicación 02041462, disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic8309.htm.

³⁰ Concepto emitido por la Dra. Diana Lucía Talero Castro de la firma Urdaneta, Vélez, Pearl & Abdallah Abogados

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

269

en Colombia, se predican del desarrollo de la actividad misma, de explotar, dirigir o administrar un servicio público, no de las potencialidades o posibilidades establecidas en el objeto social, por lo que sólo en el caso en que la sociedad extranjera Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA decida explotar, dirigir o administrar un servicio público deberá cumplir con los requisitos legales establecidos en el artículo 473 del C. de Co, es decir efectuar una nueva designación de representantes legales de nacionalidad colombiana.

2. Ni el proceso de selección, ni el objeto que se pretende contratar por la ANI corresponden a la explotación, dirección o administración de un servicio público, por lo que se cumplen las condiciones de capacidad jurídica por parte de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA.

3. Si llegaran a existir inhabilidades, incompatibilidades o restricciones legales de los representantes legales de la sociedad extranjera Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA con sucursal en Colombia, estas no contaminan el objeto social para el cual fue incorporada la sucursal y por tanto por su existencia, no deviene en ilícito su objeto social. El negocio desarrollado es el que podría tener un defecto o vicio, que solo podrá ser declarado en sede judicial.

4. El acto de incorporación, la designación de los representantes legales y su inscripción en el Registro Mercantil gozan de presunción de legalidad y únicamente pueden ser discutidos por vía judicial.

5. La ANI verificó los requisitos de orden habilitante de capacidad jurídica y representación legal que debía cumplir el manifestante de interés, específicamente el dispuesto en el numeral 3.4.3. del documento de Invitación a Precalificar, que hace referencia al objeto social acreditado por la sociedad extranjera y contenido en el certificado de existencia y representación legal los cuales gozan de presunción de legalidad. La designación de los representantes legales de la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA no constituye objeto ilícito, es válida, por lo que la Manifestación de interés signada es igualmente válida³¹.

Ahora, bien, en cuanto a la afirmación que hace el recurrente respecto de su intención de acceder ante la administración de justicia en el evento en que se cumplan los supuestos por él planteados, no se comparte la apreciación efectuada, en tanto, además, de anticipar y dar por sentado, el que la Agencia con la conformación de la lista de precalificados, ya está anticipando una adjudicación que no se ha hecho y una subsiguiente firma de un contrato que estará por definirse, es precisamente en garantía de los preceptos legales y constitucionales, que en esta etapa del proceso se ha tenido como válida la participación del Manifestante de Interés, la cual está legítimamente constituida con un objeto social que le permiten su participación en la fase de manifestación de interés.

No entendemos como el Originador, logra divisar desde ya que la adjudicación del proceso de selección se hará al Manifestante de Interés y por ello requiere de la Agencia, que se adopten medidas tendientes a evitar futuras e inciertas consecuencias, cuando es claro aún que están de por medio etapas que no permiten establecer cuál será la oferta más favorable y en consecuencia quién será el adjudicatario, que incluso puede ser el mismo originador.

³¹ Concepto emitido por la Dra. Diana Lucía Talero Castro de la firma Urdaneta, Vélez, Pearl & Abdallah Abogados

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

269

Al no resultar tan contundente y tan obvio para la Entidad todo lo expuesto por el recurrente, la Agencia Nacional de Infraestructura, en virtud de la garantía de los preceptos legales, constitucionales y respetando los tratados internacionales, conformó la lista de precalificados, con aquellos participantes que de manera legítima han demostrado cumplir con las exigencias contempladas en las bases del proceso concursal.

Aquí no hay un acto de terquedad, como de manera por demás llamativa se califica por parte del recurrente, la actuación de la administración, es la convicción de la existencia de un acto, como el de constitución de la sucursal de la firma COPASA en Colombia, que bajo las disposiciones legales vigentes está revestido de legitimidad y no puede ser desconocido o desestimado por parte de la Agencia.

En ese orden de ideas, es preciso acotar, que el Originador de un proyecto de esta naturaleza, no puede, ni debe presumir que con la sola presentación de la iniciativa y aprobación por parte de la Entidad, se debe dar por descontada la eventual participación de otros interesados y pretender que será el adjudicatario directo del proceso de selección, por tanto deberá de manera responsable hacer sus proyecciones económicas financieras aproximadas a la realidad, y no pretender deslegitimar a sus contendores o las actuaciones de la Entidad, para acceder a la adjudicación.

Advierte el recurrente que de no revocarse la Resolución No. 1055 de 2016, por la cual se conformó la lista de precalificados de este proceso, continuará reclamando por vía judicial, ya sea que concluya el proceso como adjudicatario o que la adjudicación recaiga en el manifestante de interés.

Téngase en cuenta que la legitimidad del derecho a suscribir y ejecutar el contrato que pregona el recurrente, tal como se ha insistido, no se consolida con el solo hecho de presentar la iniciativa por parte del Originador y aprobación de la Entidad, pues de acuerdo con la ley que regula los procesos de asociaciones público privadas de iniciativa privada en estos proceso es válida la participación de terceros que demuestren interés en el proyecto, como aquí sucede.

En relación con los argumentos presentados por la Agencia para soportar su decisión, el recurrente enlista, los que a bien tiene y los refuta por considerarlos "fútiles". No sin antes rechazar el calificativo utilizado a lo largo de su escrito y que ha sido característico por parte del impugnante, los cuales comportan características de insulto, más que de argumentación jurídica profesional, la Entidad ratifica enfáticamente los argumentos expuestos en el curso del proceso en torno a la inconformidad del Originador por la participación de un tercero que insistimos legítimamente ha presentado manifestación de interés.

Es imperioso, recordarle al Originador que con el fin de mantener el orden y la armonía en la comunicación que en virtud de los actos y funciones se genera entre la administración y el

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

administrado, éste último deberá cumplir a cabalidad con el mandato legal consignado en el artículo 6 del CPACA que prescribe lo siguiente:

"(...) Artículo 6°. Deberes de las personas. Correlativamente con los derechos que les asisten, las personas tienen, en las actuaciones ante las autoridades, los siguientes deberes:

1. Acatar la Constitución y las leyes.

2. Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.

3. Ejercer con responsabilidad sus derechos, y en consecuencia abstenerse de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes.

4. Observar un trato respetuoso con los servidores públicos.

Parágrafo. El incumplimiento de estos deberes no podrá ser invocado por la administración como pretexto para desconocer el derecho reclamado por el particular. Empero podrá dar lugar a las sanciones penales, disciplinarias o de policía que sean del caso según la ley. (...)"Subrayas, negrita y cursiva fuera de texto.

Es por ello, que tal como se ha argumentado de manera clara, completa y suficiente, frente a cada una de las observaciones planteadas por el observante, la Entidad como directora del proceso de selección ha adoptado sus decisiones, las cuales no necesariamente tienen que ser complacientes o satisfactorias para quien las está presentando.

7. En relación con la que se ha denominado "observación adicional"

Señala el impugnante que el principio de preclusión que se predica de las etapas del proceso, no conllevan a la preclusión de las exigencias del pliego, es decir, el no cumplir con las exigencias de éste, las mismas no se subsanan o desaparecen con el paso del tiempo.

La Agencia, y nadie más que ella es la principal interesada en las resultas del proceso, en su vigilancia, en la garantía de los derechos que le asisten a los participantes, en la observancia plena de los requisitos que han de acreditar los participantes, en la sujeción de todos los actores incluida la Entidad a las reglas de participación y selección acorde con las disposiciones legales vigentes y las disposiciones que regulan el proceso de selección.

Es claro para la Entidad que la preclusividad y perentoriedad de los términos en un proceso de selección opera frente a requerimientos o información que los proponentes pretendan por fuera de los plazos del proceso de selección, pero ante cualquier circunstancia que proceda y amerite ser revisada por parte de la Entidad por tener incidencia en el resultado del proceso, así sea extemporánea, esta tendrá la potestad de revisarla y considerarla de manera oficiosa garantizando el interés general y obviamente sin violación de los derechos que le asisten a los participantes.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

269

Contrario sensu, en el evento en que la Entidad estime improcedente lo solicitado extemporáneamente, obviamente el proceder será desconocerlo, antes que entrar a estudiar aquello que no tendrá ninguna incidencia en el resultado final, tal como aquí sucedió en relación con los argumentos expuestos por parte del Originador en la audiencia de conformación de la lista de precalificados, en la cual se desestimaron los argumentos presentados de manera extemporánea en relación con la capacidad financiera y la experiencia en inversión (apostille de documentos) del manifestante de interés.

Cabe advertir que uno de los principios consagrados en el estatuto contractual y que también rige el contenido del Pliego de Condiciones, es el de economía, en virtud del cual, conforme lo establece el numeral 1º del artículo 25, que en su tenor señala:

"En las normas de selección y en los pliegos de condiciones 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".

Lo anterior ha sido expuesto con claridad meridiana por el Consejo de Estado, así:

"La exigencia prevista en el estatuto anterior, no difería para nada de lo que sucede hoy en día, pues, el artículo 25 de la Ley 80 enseña que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse." Y en fallo posterior puntualizó: "Estos plazos, que corresponden a las distintas etapas del proceso de selección, son, como lo consagra el numeral 1º del artículo 25 del Estatuto Contractual, perentorios y preclusivos. Perentorio, significa "Decisivo o concluyente"; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Y el "término perentorio", significa "El improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó". Por su parte, preclusivo significa, según el mismo diccionario, "Que causa o determina preclusión"; y a su vez, preclusión, es definido como "carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella". De acuerdo con las definiciones anotadas, para la Sala no queda duda alguna de que el legislador, al establecer que los términos o plazos de los procesos de selección de contratistas en materia de contratación estatal son perentorios y preclusivos, quiso imprimirles obligatoriedad, de tal manera que, el funcionario encargado de decidir si adjudica la licitación o concurso o los declara desiertos, debe actuar, expidiendo el respectivo acto administrativo, dentro del plazo expresamente establecido en el pliego de condiciones, o legalmente prorrogado, en los términos que la ley autoriza hacerlo, so pena de tomar una decisión viciada, por ilegal. (...) Observa la Sala que se trata de la inclusión de un principio de organización en el trámite de estos procedimientos administrativos de selección de los contratistas del Estado, tendiente a brindarles a los interesados participantes en los mismos, seguridad y certeza sobre los términos de dicho trámite, en el cual, por otra parte, las Entidades no pueden obrar arbitrariamente, y al contrario, deben cumplir estrictamente las distintas etapas en que tales procedimientos se dividen."³² Cursiva fuera de texto.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de abril de 2004, expediente 12960, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

Contrario a lo que manifiesta el recurrente, y a los defectos que en forma por demás arbitraria pretende atribuirle a la administración, en los procesos de selección que se adelantan en la ANI, siempre se han tenido en cuenta los argumentos extemporáneos que son procedentes, contrario a lo que sucede con los que no son conducentes en relación con el resultado del proceso y que puedan dar lugar a cambiar alguna decisión, caso en el cual se desestiman de plano.

Más adelante, señala el Originador que al no existir una tarifa legal que determine la forma en que deben presentarse las observaciones dentro del proceso, basta sólo con que se llame la atención de la administración frente al punto que se considera, que presenta un error, para que la administración, realice la verificación del mismo.

Contrario a lo expresado por el observante, y hoy recurrente, la Agencia, ante la observación que le fue planteada y que se reitera, fue efectuada de manera genérica, sí revisó a través del comité evaluador cada uno de los aspectos de la evaluación que inicialmente se realizó en torno a la manifestación de interés presentada por la Sociedad Anónima de Obras y Servicios COPASA Sucursal Colombia, de allí que en la respuesta a lo observado se expresó en los términos que se señalan a continuación:

Observación: "(...) **OBSERVACIÓN ADICIONAL** (...) Aun cuando la contundencia del argumento acabado de exponer convierte en superflua cualquier otra observación, en pese para que atraigamos la atención de la Entidad a fin de que de manera exhaustiva examine la suficiencia del material probatorio aportado por la sociedad anónima de obras y servicios COPASA sucursal Colombia (que no manifestante de interés) dirigido a comprobar a la luz de los términos de la invitación de la legislación aplicable, y de los antecedentes administrativos sucedidos al interior de la Entidad y de otros convocantes a procesos de igual o de similar naturaleza, a fin de constatar que los requisitos habilitantes resultan idóneos o suficientes". Cursiva fuera de texto.

Respuesta: "(...) 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, (...)." (Negrilla fuera del texto)

No obstante lo que se echa de menos es el que el observante insistiera en forma incesante en creer que el argumento inicialmente planteado en relación con la supuesta ilegalidad del objeto del Manifestante de Interés, fuera suficiente y contundente, y no haya advertido argumentos frente a los demás requisitos que consideraba incumplidos por parte del manifestante de interés, sustrayendo su intervención a solicitar una revisión íntegra de los requisitos que fueron evaluados.

Con relación a las observaciones extemporáneas, señala el recurrente que "(...) En suma no existió respuesta alguna hasta la fecha de hoy sobre la glosa u observación hecha por mis representados acerca de las pruebas que soportan la afirmación de que COPASA exhibe la suficiencia en capacidad financiera y experiencia en inversión exigidas por el Pliego³³. En resumen, la observación adicional formulada por el

³³ PUBLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA Y FIJACIÓN DE CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR EVENTUALES TERCEROS INTERESADOS

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016.

269

Originador mereció análisis ni respuesta alguna por parte de la ANI. (...). A lo que la Agencia informa que la respuesta está dada, en la medida en que el proponente cumplió con el requisito y por ello se confirmó la evaluación previa verificación de la documentación aportada.

Tal y como lo manifestó, en la respuesta emitida en el curso de la audiencia de conformación de precalificados, la observación adicional presentada en el escrito de observaciones al informe inicial de verificación de requisitos habilitantes es una observación vaga e imprecisa que solicita hacer una verificación adicional al cumplimiento de los requisitos habilitantes solicitados en la invitación a terceros cuya respuesta no podía haber sido diferente a la contenida en el documento de respuesta a observaciones publicado en el SECOP, en la que se manifestó, tal y como lo refleja el informe definitivo de verificación de requisitos habilitantes, que se mantenía lo contenido en el informe inicial salvo aquellos aspectos que estuvieran sujetos a ser subsanados.

No es cierto que la Agencia no haya cumplido con su “deber de vigilancia hacia específicos documentos conformadores de la oferta” como lo manifiesta el recurrente en su escrito, pues ello significaría que, previo a la publicación del informe inicial de verificación de requisitos habilitantes, no se adelantó ninguna verificación, es afirmar que el Comité Evaluador no ejecutó ninguna de las obligaciones asignadas para el presente proceso y habilitó al manifestante por capricho.

Adicional a lo anterior, atendiendo al contenido de la observación adicional mencionada, si la misma se encuentra enfocada hacia la revisión de todos los requisitos habilitantes contenidos en la invitación, no resulta claro por qué razón el Originador sí presentó una observación exclusiva respecto de la capacidad jurídica mientras que para los requisitos de capacidad financiera y experiencia en inversión no hizo especificación alguna sino hasta llegada la audiencia de conformación de precalificados.

Para la Agencia entonces se hace evidente que la observación adicional no estaba orientada a refutar información específica del informe inicial de verificación y la manifestación de interés, sino que la misma se utilizó como mecanismo para escudar nuevas observaciones frente a nuevos aspectos que el Originador no advirtió en el tiempo de traslado estimado.

Se utiliza la argumentación de que la administración no cumplió con su deber, como si se tratase de una conducta omisiva de la administración que no le ha atendido los requerimientos del originador. Pero se deja de lado que no habiendo observado las reglas propias del proceso de selección, el Originador presentó una observación que fue extemporánea, que no obstante lo cual, la Entidad en aras de claridad y de motivar sus decisiones, procederá a responderla, como ya se ha anunciado en precedencia.

7.1 Capacidad Financiera

Resulta pertinente dar claridad al Originador nuevamente sobre las etapas del proceso y su carácter preclusivo y perentorio, puesto que de la lectura de su afirmación se desprende que

se encuentra haciendo una interpretación extensiva y claramente errónea de la Invitación tratando de establecer nexos entre una definición que contiene el documento y los instrumentos para la acreditación de los requisitos habilitantes, para el caso que nos ocupa, Capacidad Financiera.

No es correcto afirmar, como lo hace el Originador, que sólo por el hecho de que en la Invitación se incluye una definición sobre Estados Financieros y que a la misma se hace referencia a lo largo del documento, el requisito relativo a la capacidad financiera debe necesariamente acreditarse aportando los mismos.

La Agencia estableció desde la publicación de la Invitación, de forma clara y contundente, el mecanismo a través del cual se debían acreditar los requisitos habilitantes de orden financiero, situación que en ningún momento fue observada ni refutada en el término establecido para tal actuación, mismos requisitos que fueron implementados por la Agencia en los procesos que de manera satisfactoria se utilizaron en los proyectos de 4G de concesiones y que no fueron objeto de cuestionamiento.

Atendiendo a lo anterior, no puede ser aceptable que el Originador pretenda, primero, crear caprichosamente requisitos adicionales a los exigidos por la Entidad para acreditar la capacidad financiera por parte de los manifestantes de interés dentro del proceso de selección y, adicionalmente, hacer dicha apreciación a través de una observación que no solo resulta extemporánea frente al informe inicial de verificación de requisitos habilitantes sino frente a la publicación misma de la Invitación a Participar, pues si se advirtió alguna inconformidad respecto de este punto se tuvo la oportunidad de manifestarlo previo a la entrega de las manifestaciones de interés. Como ya se dijo esta actitud, por demás omisiva por parte del Originador, resulta nuevamente contraria a la buena fe procesal y a la lealtad procesal.

Se comparte la apreciación del recurrente en cuanto a que las definiciones que se incorporan en el pliego de condiciones, en relación con la capacidad financiera, constituyen elemento de apoyo que le permite a la Entidad brindar claridad respecto de cómo se aplicarán las reglas de participación en el proceso de selección. No obstante en el caso que nos ocupa concretamente en lo que tiene que ver con la definición de estados financieros, precisamente el entendimiento que hay que darle, es el que tiene el sentido literal de la definición y no otro distinto, esto es, para efectos del presente proceso, la Entidad estableció como requisito a acreditar la información financiera tomada de los estados financieros en los términos que allí se señala, NO se obliga a los proponentes o a los manifestantes de interés a presentar como parte de sus ofertas o manifestaciones de interés los estados financieros propiamente dichos.

Esta exigencia de acreditar la información financiera únicamente a través del diligenciamiento de los anexos 6A y 6D, con la firma de revisor fiscal y representante legal no es más que una regla que ha implementado la Agencia, con el ánimo de facilitar a los proponentes y concursantes en general, la confección de sus ofrecimientos, de tal manera

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

que este requisito debe acompañarse de la firma de las mismas personas que suscriben los estados financieros, de allí que se requiera que la información que se presente en dichos anexos, corresponda a la información tomada de los estados financieros debidamente certificados y dictaminados, conforme a las reglas dispuestas para el efectos en normas nacionales e internacionales.

Tal requisito de exigir información financiera a través de los anexos 6A y 6D, se estableció, como ya se dijo en los procesos de APP de 4G de concesiones, pues además de facilitar a los proponentes la presentación de sus ofertas evitándoles presentar una gran cantidad de documentos correspondientes a los estados financieros, permitió a la Entidad evaluar con mayor precisión y rapidez cada uno de los ofrecimientos efectuados.

Sobre el particular, vale precisar que se destaca aquí la primacía de la verificación de un requisito sustancial sobre lo formal, pues más que la forma en que se esté presentando la información financiera, que no está por demás decirlo, en este caso debe estar avalada por el revisor fiscal y tomada de la información oficial de cada empresa, prima es el cumplimiento de cada uno de los requisitos de capacidad financiera de los oferentes.

Considera la Entidad, que en el caso materia de análisis, lo que se echa de menos por parte del recurrente, más que la acreditación de los requisitos de capacidad financiera del manifestante de interés, los cuales sí se cumplen, es la parte formal de dicha presentación. Pues vale reiterar que el manifestante de interés presentó la información financiera en los términos previamente previstos por la Entidad, esto es a través del diligenciamiento de los anexos 6A y 6D debidamente suscritos y de ninguna manera se cuestiona el cumplimiento de los estados financieros.

Con relación a la literalidad de lo requerido en el subsane al manifestante de interés, vale la pena señalar que sin restarle importancia y sin contravenir la información que contienen los estados financieros de las empresas, y sin ir en contra de lo expuesto por el Consejo de Estado en torno a la importancia de los mismos, es claro que las reglas de participación para el proceso de selección que nos ocupa, y que son ley para las partes, permitieron la posibilidad de acreditar la información financiera a través del diligenciamiento de los anexos 6A y 6D, los cuales debían contener la misma información contenida en los estados financieros debidamente certificados, auditados y dictaminados, además debía venir suscrita, tal como pasa con los estados financieros por el revisor fiscal y el representante legal, este requisito se cumplió por parte del manifestante de interés y no debe ser objeto de cuestionamiento.

En torno a los pronunciamientos del Consejo de Estado, a que hace referencia el observante en relación con este tema, los mismos son compartidos por la Agencia, y es de relevante importancia, advertir que distinto al caso que se trata en esos pronunciamientos del Consejo de Estado, esas decisiones en las cuales la Entidad que adelantó el proceso de selección sí requirió la presentación de los estados financieros; en este caso, la diferencia es notable,

pues el requisito de capacidad financiera se debió cumplir no aportando los estados financieros, sino con el diligenciamiento de anexos que contuvieran información tomada de los estados financieros debidamente certificados y dictaminados. Esta regla del proceso de selección fue cumplida por el manifestante de interés, y en ningún momento se ha cuestionado o demostrado que la información que trajo dicho manifestante al proceso, no corresponda a la información financiera tomada de los estados financieros certificados y dictaminados, o que la información financiera aportada por aquél no cumpla con los indicadores financieros que se requirieron en el presente proceso concursal.

No se comparte la afirmación relativa a que el diligenciamiento de los anexos 6A y 6D se podría efectuar por parte de los proponentes o manifestantes de interés como a bien tengan, pues como ya se ha expuesto además de contener como responsables de su diligenciamiento las firmas del representante legal y del revisor fiscal, esta información corresponde a información o actuación de un particular ante la administración pública revestida de presunción de buena fe y que no está por demás afirmarlo en este proceso no fue, ni ha sido objeto de cuestionamiento.

Cabe resaltar entonces que la información en exceso a la requerida en el pliego de condiciones para la evaluación de la información financiera, aportada por el manifestante de interés, no era, ni fue necesaria para la evaluación de los requisitos habilitantes aportados en desarrollo de la manifestación de interés, pues la Entidad asumió conforme a las reglas de participación claramente definidas por la Entidad, que la información financiera del manifestante de interés aportada mediante los anexos 6A y 6D en desarrollo del proceso de selección, corresponde realmente a la información tomada de los estados financieros debidamente certificados y dictaminados de la empresa.

Adicional a lo expuesto anteriormente, frente a este aspecto es necesario indicar que la solicitud de subsane llevada a cabo por la Agencia, como bien transcribe el recurrente iba dirigida a la presentación de Estados Financieros 2015 o certificación de Revisor Fiscal.

Para el caso que nos ocupa, cuando se utilizó la conjunción "o" su función en el texto es de carácter disyuntivo y se encuentra definida por la Real Academia de la Lengua Española así: *"conjunción coordinante que une elementos sintácticos mediante disyunción"*

Así mismo, la palabra disyunción se encuentra definida mediante las siguientes acepciones:

"1. Acción y efecto de separar y desunir.

(...)

3. f. Fil. y Gram. Relación de alternancia o exclusión entre dos o más términos."

Así las cosas, no puede afirmarse que el manifestante de interés subsanó de forma errónea aportando los estados financieros en la forma citada por el recurrente, desconociendo que además de lo mencionado, éste incluyó en su documentación la certificación emitida por el

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

269

Revisor Fiscal y los anexos 6A y 6D con la información con corte a 2015 debidamente diligenciados y ajustados a lo solicitado en la Invitación a Precalificar.

Es así como el Comité Evaluador tuvo en cuenta para efectos de verificar el subsane aportado uno de los documentos solicitados, el cual fue suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito.

Contrario a lo expuesto por el observante en su recurso, la Agencia a través del comité evaluador, si revisó y evaluó en debida forma la información financiera del manifestante de interés, sin encontrar que dicha manifestación de interés adoleciera de algún yerro o inconsistencia que permitiera su exclusión de la conformación de la lista de precalificados.

En los mismos términos en que en su momento se planteó la observación, esto es que se revisará la evaluación efectuada, sin entrar en detalles, en esos mismos términos se dio la respuesta de la administración, esto es, se revisó la evaluación y no se encontró que el manifestante de interés no cumpliera con la información requerida para la acreditación de los aspectos habilitantes de su manifestación de interés. La evaluación financiera se basó en la información aportada por el proponente que no lo eran los estados financieros, porque así no lo requirió el pliego de condiciones, esta evaluación se hizo a partir de la información contenida en los anexos 6A y 6D.

La observación que como ya se ha dicho, aparentemente y que en su decir, presentó el Originador en relación con la capacidad financiera y experiencia en inversión (apostille de documentos) del manifestante de interés, y que tan sólo en el momento de la audiencia expuso en detalle de que se trataba, pero que igual era improcedente, corresponde a una observación, que reiteramos, fue extemporánea y no le aportaba o no hacía que la decisión de la administración fuera diferente.

Indica el Originador que la certificación presentada por Deloitte, cuenta con una salvedad en el sentido que señala que los mismos *"no han sido auditados"*.

Se insiste en que la información financiera a partir de la cual se hizo la evaluación de la manifestación de interés presentada por COPASA, fue aquella que consta en los anexos 6A y 6D, que fue la solicitada por parte de la Entidad, cualquier información adicional o en exceso de la requerida, no fue objeto de consideración o evaluación, porque nada le aporta al ofrecimiento efectuado o incluso al proceso de selección. De tal manera que siendo estrictos con la aplicación del pliego de condiciones, las reglas de participación y sujetándonos en todos a lo consagrado en las disposiciones legales vigentes, la condición del manifestante de interés en torno a la capacidad financiera, no podía, ni puede ser otra distinta a la que se estableció en el acto administrativo que se impugna, esto es tener como habilitada la manifestación de interés de la firma COPASA, en todos sus aspectos.

En virtud de lo anterior encontramos que, para la verificación de los requisitos de Patrimonio Neto y Capacidad de endeudamiento, se verificó el diligenciamiento de los Anexo 6A y 6D,

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

los cuales están suscritos por el representante legal de la sucursal Colombia y por la revisoría fiscal principal de la sucursal Colombia como lo establece el numeral 3.6.3. para el anexo 6A y por el representante legal como lo establece el numeral 3.6.4. para el anexo 6D.

Si bien los Estados Financieros que soportan el diligenciamiento de dichos anexos corresponde a la información financiera de la SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA, compañía domiciliada en España, pues tal como lo certifica la revisoría fiscal de la sucursal Colombia, a la fecha de presentación la sucursal de Colombia no tiene operaciones; Certifica la Revisoría Fiscal en la respuesta a las subsanaciones (Punto 1 – folio 12) que:

“los Estados Financieros de la sociedad domiciliada en España fueron examinados por Deloitte S.L. en ese país, quien emitió su opinión sin salvedades”.

En el mismo certificado (punto 3 – Folio 13), certifican que:

“Los Estados financieros individuales establecidos con corte al 31 de diciembre de 2015 mencionados en el párrafo 1 y que son base para la conversión descrita en el párrafo 2 fueron suministrados por Deloitte España.”

Adicionalmente, en manifestación del revisor fiscal principal de sucursal Colombia respecto al anexo 6A, también del informe de respuesta a las subsanaciones, el punto 3 (Folio 15) establece que:

“La administración de SOCIEDAD ANONIMA DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA, SUCURSAL DE COLOMBIA, suministró a la Revisoría Fiscal los estados financieros debidamente auditados de SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA, compañía domiciliada en España, de fecha 31 de diciembre de 2015, así como otros documentos tendientes a afirmar la información incluida en el Anexo 6A.”

Quiere decir lo anterior, que la información financiera está debidamente respaldada en el concepto emitido por la Revisoría Fiscal de España y en los anexos entregados de cara a las exigencias de la invitación a precalificar.

Contrario a lo observado, el pliego de condiciones o documento de invitación a presentar manifestaciones de interés, ni en el acápite correspondiente a definiciones, ni en ninguno de sus apartes, exigió de los manifestantes de interés la presentación de los estados financieros como documentos para la acreditación de la capacidad financiera, por el contrario, lo que de manera clara si estableció, fue que tales requisitos se acreditaran mediante la presentación de los Anexos 6A y 6D, con el rigorismos de que dicha información fuera tomada de los estados financieros y suscrita por el representante legal y revisor fiscal.

Insistimos, que la definición de estados financieros, lo que contempla es la regla que deben cumplir los estados financieros de donde ha de tomarse la información que los manifestantes de interés habrán de incorporar en los Anexos 6A y 6D.

No es, ni era posible en la audiencia de conformación de la lista de precalificados, incluir una regla o exigencia al manifestante de interés, como la de que presentará los estados

financieros de donde se extrajo la información que fue objeto de evaluación y que como ya se dijo cumplía con el requisito, salvo que hubiese existido duda razonable que hubiese podido inferir que la información contenida en los Anexos aportada por el manifestante de interés, no correspondía a la información de los indicadores financieros contenidos en los estados financieros del manifestante de interés, lo cual no sucedió.

Aunado a lo anterior, insistimos, es importante precisar tal como la ha sostenido la Superintendencia de Sociedades en múltiples conceptos y la doctrina, conforme se precisó, que las sucursales de las sociedades extranjeras son una prolongación en el territorio nacional de la sociedad cuyo domicilio se encuentra en el exterior, es un establecimiento de comercio que se incorpora al país con el fin de que la sociedad en el exterior desarrolle las actividades de carácter permanentes señaladas en el documento de incorporación. Lo expuesto pone de presente, que la titular de la personería jurídica es de la sociedad en el exterior o casa matriz al paso que las sucursales son establecimientos a través de los cuales actúa la sociedad dentro del territorio nacional.

Así lo ha expresado la Superintendencia de Sociedades en diversos pronunciamientos, uno de ellos, a través del Oficio 220- 58283 de 1996, que se refirió en los siguientes términos

"(...) En cuanto a las sucursales de las sociedades extranjeras, si bien la ley no las define, el artículo 497 del Código de Comercio, por remisión, hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras, el régimen de las nacionales, lo cual nos permite esbozar una definición de la sucursal de sociedad extranjera, así: son sucursales de compañías extranjeras, los establecimientos de comercio abiertos por éstas en el territorio nacional."

Así las cosas, 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 indica 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 ídem *"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 celebración de cada negocio..."*

Concluye la Superintendencia de Sociedades señalando que la sucursal de una sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo.

En resumen de acuerdo con lo expuesto para la Superintendencia de Sociedades:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 2 6 9

"Las sucursales tanto de sociedades nacionales como de sociedades extranjeras, son establecimientos de comercio y técnicamente pueden considerarse como prolongación de la casa matriz pero necesariamente como parte de la sociedad que se descentraliza mediante tal sistema."

Las actuaciones del establecimiento de comercio llamado sucursal, se fundamentan en la capacidad de obrar de la matriz por cuanto tal como lo expresó ese organismo a través del oficio 220-60767 del 7 de diciembre de 1995. *"...la matriz y la sucursal ostentan una única personalidad jurídica, habida cuenta que la segunda es meramente una prolongación de la primera y que es ésta quien exclusivamente adquiere los derechos que de su personalidad se derivan y se obliga por sus actuaciones..."*

De otra parte, señala el impugnante lo siguiente: *"Siendo así lo ocurrido no admite discusión alguna el que a la luz de las disposiciones del Pliego no existe prueba idónea de la capacidad financiera del manifestante de interés que se desagrega en la comprobación de un patrimonio neto mínimo requerido y la capacidad de endeudamiento expresada como un Índice de endeudamiento máximo admisible."*

Por lo hasta aquí expuesto por parte de la Entidad, es precisamente que a la luz del pliego de condiciones que el manifestante de interés cumple con la exigencia de los requisitos financieros relativos a (i) Capacidad financiera y (ii) Experiencia en inversión. Esta contundente afirmación surge de la regla del pliego, contemplada en el numeral 3.6, conforme a la cual para efectos de la manifestación de interés, los participantes debían demostrar a través del diligenciamientos de los Anexos 6A y 6D, su capacidad financiera, la cual al tenor de lo dispuesto en la definición del pliego de condiciones sobre este aspecto, reiteramos, debía ser tomada de los estados financieros debidamente certificados y dictaminados, no se impuso como condición a los manifestantes de interés el que debían aportar los estados financieros, como de forma equivocado lo ha querido entender el recurrente, para hacer notar un eventual incumplimiento de parte del Manifestante de Interés. Lo que sí es claro, es que este manifestante de interés con la información aportada cumple con los indicadores financieros de Patrimonio Neto y Capacidad de Endeudamiento, y asume la Entidad, porque así lo permitió el pliego de condiciones, no se ha demostrado lo contrario y no puede asumirse de otra manera, que esta información financiera allegada por el proponente corresponde a la información financiera tomada de sus estados financieros debidamente certificados y dictaminados.

Vale precisar que la exigencia es que la información que se presenta sea tomada de los estados financieros, no que se aporten los estados financieros. En conclusión, examinados los documentos aportados por el manifestante tanto en su manifestación de interés como en el subsane solicitado únicamente a la luz de la Invitación publicada, el mismo acredita los requisitos de orden financiero solicitados.

7.2. Experiencia en Inversión

En lo que atañe a la observación planteada en torno al trámite que se surtió por parte del manifestante de interés, respecto del apostille y traducción de documentos aportados para la acreditación de la Experiencia en Inversión, damos respuesta en los siguientes términos:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

El artículo 480 del Código de Comercio, no riñe con lo dispuesto en la ley 455 de 1998, en tanto que la ley le da el reconocimiento de documento público a los actos notariales de tal manera que al ser notariado un documento, por o con la intervención de un notario público, adquiere ese carácter de público, motivo por el cual no tendrá que surtir el trámite previsto en el artículo 480 del Código de Comercio; en caso contrario si el documento no surte el trámite de notarización, deberá agotar el trámite regulado en el artículo 480 del Código de Comercio.

Al respecto, es necesario precisar que en el marco jurídico de la Ley 455 de 1998 la cual aprobó la "Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros" suscrita en La Haya el 5 de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961), se señala que el único trámite que podrán exigir los Estados partes para certificar la autenticidad de una firma y a que título ha actuado la persona que firma un documento, es la adición de un certificado denominado Apostilla, por parte de la autoridad competente del país donde se origina el documento.

Es así como para estos efectos, en el artículo 1° de la mencionada Ley, se determinó que los siguientes son considerados documentos públicos:

- a. Los documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados.
- b. Documentos administrativos.
- c. Actos notariales.
- d. Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firma.

Con fundamento en lo anterior, la invitación a Participar estableció en el numeral 4.14, lo siguiente:

"Documentos Públicos otorgados en el Exterior: Cuando se trate de documentos de naturaleza pública otorgados en el exterior, de conformidad con lo previsto en la Ley 455 de 1998, no se requerirá del trámite de consularización señalado en el numeral (1) anterior, siempre que provenga de uno de los países signatarios de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, aprobada por la Ley 455 de 1998. En este caso sólo será exigible la apostilla, trámite que consiste en el certificado mediante el cual se avala la autenticidad de la firma y el título a que

ha actuado la persona firmante del documento y que se surte ante la autoridad competente en el país de origen. Si la apostilla está dada en idioma distinto del castellano, deberá presentarse acompañada de una traducción oficial a dicho idioma y la firma del traductor legalizada de conformidad con las normas vigentes."

Con fundamento en lo anterior, y una vez revisados los documentos apostillados a los que alude el recurrente en su observación, se encuentra que el notario en uso de las facultades efectúo el reconocimiento de firmas y autenticación de documentos, atribución reglada en la ley y válida a la luz de las disposiciones legales vigentes, por lo tanto, al ser considerados los actos notariales un documento público, o que se les dio trámite con la intervención de éste, se avala así la autenticidad de la firma del notario como autoridad pública y el título a que ha actuado la persona firmante, como acertadamente aparece registrado en cada una de las apostillas revisadas.

Téngase en cuenta que en ninguno de los argumentos expuestos por el observante se cuestiona la legitimidad del contenido de la información aportada por el manifestante de interés, pues sus observaciones y apreciaciones están dirigidos a la formalidad con que se surtió el trámite de apostille, el cual no está demás afirmarlo se surtió debidamente.

Para dar claridad al tema, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Resolución 3269 de 2016 "Por la cual se adopta el procedimiento para apostillar y/o legalizar documentos y se deroga la Resolución 7144 del 24 de octubre de 2014" expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y vigente para la época, en la cual se señalan las diferencias entre las figuras de Legalización y Apostilla, en los siguientes términos:

"(...) Artículo 2°. De las definiciones. Para los efectos de la presente Resolución, entiéndase por Legalización y Apostilla lo siguiente:

1. Legalización: La legalización consiste en certificar la firma de funcionario público en ejercicio de sus funciones, previo registro de la firma ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que el documento sea válido en otro país, cuando el país en el cual surtirá efectos no es parte de la Convención sobre la Abolición del Requisito de Legalización para Documentos Públicos Extranjeros de La Haya de 1961.

2. Apostilla: La apostilla es la legalización de la firma de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, cuya firma deberá estar registrada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que el documento sea válido en otro país, cuando el país en el cual surtirá efectos es parte de la Convención sobre la Abolición del Requisito de Legalización para Documentos Públicos Extranjeros de La Haya de 1961. (...)"

Sobre este particular, apunta la misma disposición: "Parágrafo 2. Los procedimientos de legalización y apostilla de documentos, están dirigidos únicamente a certificar el carácter público del documento, o la autenticidad de la certificación oficial emitida sobre documento privado (menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha, autenticaciones de firmas etc.) y la veracidad de la firma del funcionario autorizante o de los funcionarios que anteceden en la cadena de legalizaciones respectivamente. No están llamados a certificar, ni visar su contenido".

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

1 269

Ahora bien, en cuanto a la legalización de documentos privados, se hace necesario acudir al pronunciamiento que sobre el particular emitió el Consejo de Estado en Sentencia del 25 de septiembre de 2013, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez Radicación No. 25000232600019971393001. Expediente No. 19.933., conforme al cual: "(...) En este orden de ideas debe tenerse en cuenta, por una parte, que el artículo 480 del Código de Comercio, cuya aplicación en materia de contratación estatal se abre paso por la vía de lo normado en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, con toda claridad preceptúa, a propósito del régimen jurídico aplicable a las sociedades extranjeras, que para que los documentos otorgados en el extranjero cuenten con eficacia probatoria en Colombia, deben ser aportados, ante la instancia que corresponda, previa satisfacción de las exigencias previstas en la disposición aludida, a saber:

"Artículo 480. Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las reglas del respectivo país."

Nótese que la disposición transcrita exige a quien pretenda obtener que un documento de cualquier índole - público o privado - tenga efectos probatorios en territorio colombiano, debe observar unos presupuesto que no constituyen meros formalismos, sino que se trata de procedimiento que el Legislador ha consagrado para que una pieza documental que no ha sido producida u otorgada en Colombia, pueda ser valorada en este país con un mínimo de garantías para la seguridad jurídica y para los derechos e intereses de los intervinientes en el tráfico jurídico; se trata, por lo demás, de una norma que impacta el régimen de valoración de los medios de prueba, que mal podría ser desconocida en las actuaciones administrativas de naturaleza contractual, pues con ello los funcionarios intervinientes podrían ver comprometida su responsabilidad individual, a voces de lo dispuesto por el artículo 6 constitucional.

(...)

Naturalmente, lo hasta aquí expuesto en relación con la exigencia de legalización de los documentos otorgados en el extranjero para que cuenten con eficacia probatoria en Colombia, debe complementarse con lo previsto en la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961 e incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 455 de 1998, en cuanto en dicho instrumento internacional se prevé la posibilidad de sustituir el descrito procedimiento de legalización por el de apostille del documento respectivo, por manera que éste, si ha sido otorgado en un Estado parte de la aludida Convención, debe ser aportado con la respectiva apostilla, mientras que si tiene origen en un Estado que no haya ratificado el Tratado Internacional en comento, ha de venir debidamente legalizado según lo prevén las normas a las cuales se ha hecho referencia."

Es claro entonces, que en virtud de la Ley, los documentos extranjeros ya sean públicos o privados, para que puedan surtir efectos en Colombia, deben venir autenticados y contar con el respectivo trámite de apostille o consularización, según el país de origen del documento, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 480 del Código de Comercio y el artículo 251 del Código General del Proceso y corresponderá al proponente aportarlos debidamente al proceso de contratación.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

49 269

En este mismo orden de ideas, se hace necesario referirnos a la posición que en relación con el tema de legalización de documentos ha adoptado Colombia Compra Eficiente a través del Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación, en el cual ha expresado que: *"(...) Los proponentes pueden entregar con su oferta los documentos otorgados en el exterior sin que sea necesaria su legalización. Para firmar el Contrato, el oferente que resulte adjudicatario debe presentar los documentos otorgados en el extranjero, legalizados de conformidad con la Convención de la Apostilla o legalizados ante cónsul colombiano"*. Esto es, que el requisito de apostille o legalización se puede cumplir por el proponente adjudicatario con posterioridad a la adjudicación del proceso.

Para el análisis que nos ocupa, se destaca en relación con esta posición de Colombia Compra Eficiente, el hecho de que el apostille o legalización de los documentos que han de aportarse a un proceso de selección, corresponde a un elemento si bien necesario, es en esencia independiente de los elementos propios de la oferta, sobre todo de aquellos que otorgan puntaje, es así como para Colombia Compra Eficiente, el apostille o legalización de los documentos, corresponde a un requisito que puede cumplirse y aportarse incluso con posterioridad a la adjudicación por parte del adjudicatario.

No obstante lo anterior, para la Agencia Nacional de Infraestructura, tales requisitos (apostille o consularización) tienen ese carácter de necesarios e independientes a los elementos propios de la oferta, pero con la precisión que deberán aportarse y acreditarse por parte de los proponentes, respecto de los que así se requiera, antes de la adjudicación del proceso de selección. Incluso pudiéramos señalar que dichos requisitos son adjetivos y complementarios a los requisitos que permiten la verificación, evaluación y comparación de las propuestas.

Bajo las anteriores consideraciones, y continuando con el criterio que sobre el particular tiene la Agencia Nacional de Infraestructura, el cual ha sido dado a conocer en procesos de selección precedentes, vale decir en las concesiones de cuarta generación, y porque no decirlo, se ha adoptado como un criterio en relación con las reglas de presentación de documentos provenientes del exterior con los requisitos de apostille y legalización, así como cumpliendo con los requisitos de subsanabilidad, conforme al cual ha permitido y requerido a los proponentes el que se aporte el apostille de documentos públicos bien sea que correspondan a: (i) Actos notariales, o (ii) Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firma, manteniendo para este proceso la misma línea, la cual permite a los participantes seguridad jurídica sobre aspectos con la misma naturaleza o de características similares.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

269

Esta posición jurídica de la Agencia en relación con la apreciación que ha de darse a los documentos aportados en los procesos de selección y que provienen de países extranjeros, cumpliendo los requisitos de apostille y consularización, tiene como fundamento lo dispuesto en el artículo 480 del Código de Comercio, en armonía con la ley 455 de 1998, tal y como se expone en este acápite.

Adicional a lo anterior, es preciso aclarar al Originador que en materia de legalización de documentos la ley 455 de 1998 contempla en su artículo 1 aquellos documentos que se entienden públicos, entre los que se encuentran los actos notariales. Dicha ley no hace exclusión alguna respecto de los tipos de actos notariales ni indica de forma taxativa aquellos actos notariales que se deban entender documento público; por tal razón no es dable para el intérprete u operador jurídico hacer una distinción en este tipo de documentos.

Visto lo anterior, los documentos necesarios para la verificación de requisitos habilitantes en materia de experiencia en inversión aportados por el manifestante de interés están revestidos del carácter de públicos por tratarse de actos notariales, razón por la cual el trámite surtido respecto de la apostilla se considera suficiente y dota de validez los documentos que fueron presentados en el marco del proceso de selección que nos ocupa.

Ahora bien, el recurrente en su escrito lista una serie de documentos aportados por el manifestante sobre los cuales hace un análisis respecto de su validez amparado en el artículo 480 del Código de Comercio y la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros.

Frente a lo mencionado se debe precisar que el artículo 480 del Código de Comercio se encuentra contenido en el TÍTULO VIII del mismo, el cual contempla la regulación en materia comercial para las sociedades extranjeras y de la lectura e interpretación sistemática del artículo en comento se hace evidente que el mismo es de aplicación a aquellos documentos en los que conste que la existencia de una sociedad extranjera y que dicha sociedad *"ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país"*

Para el caso que nos ocupa, los documentos objeto de discusión por parte del Originador no son aquellos encaminados a demostrar la existencia de una sociedad ni que la misma ejecuta el objeto social en concordancia con las leyes del país de origen situación que impiden traer a colación el artículo citado y mucho menos permite su aplicación al caso concreto.

En cuanto al listado de documentos relacionados por el Originador en su escrito, vale decir que si bien el manifestante los aportó en su manifestación de interés, no todos fueron objeto de verificación por parte del Comité Evaluador por no requerirse para acreditar el requisito de experiencia en inversión pues la misma Invitación contempla en su contenido lo siguiente:

"(...)

- 5.6.2 *Asimismo, se resalta que durante el término de la verificación de las Manifestaciones de Interés la ANI no tendrá en cuenta la información que sea allegada por los Manifestantes, si ésta no corresponde a los documentos expresamente requeridos en el presente Documento. En consecuencia, la ANI no revisará ningún documento que sea incluido en las Manifestaciones de Interés, si éste no es requerido de conformidad con lo establecido en el presente Documento. (...)*

Para concluir, en relación con este punto no está demás hacer referencia al concepto 16 de 2014 publicado a través de la página del Ministerio de Relaciones Exteriores, relativo al marco normativo referente a la apostilla sobre actos notariales, en el cual se expresa: "(...) En ese sentido esta Oficina Asesora Jurídica considera pertinente la apostilla sobre las actuaciones notariales por expresa facultad conferida por el literal c del artículo 1 de la Convención de la Haya de 1961, no existiendo por ende una clasificación taxativa que determine expresamente cuales documentos dentro del universo de funciones del notario son objeto del citado trámite, razón (sic) por la cual no le dable distinguir al funcionario los documentos sobre los cuales se llevará a cabo la imposición de la Apostille, máxime si se tiene en cuenta que la labor del Ministerio de Relaciones Exteriores, se establece en el reconocimiento de la firma, más no del contenido el cual es eminentemente una atribución notarial."

Igualmente se toma como fundamento para la decisión que aquí se adopta el concepto aportado por el manifestante de interés y emitido por el Director de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano de la Cancillería de Colombia, de fecha 29 de julio de 2016, en cuanto a que no es procedente adoptar el criterio de otras Entidades en relación con el apostille de documentos, pues el contenido del Oficio del 28 de julio de 2014 que venía siendo utilizado para el efecto, correspondió a una respuesta dada para resolver específica y particularmente una coyuntura que se estaba dando en su momento con la Unión Europea y no corresponde a una directriz permanente de la Dirección de Asuntos Consulares para todos los proceso de licitación.

7.3. De la situación concreta del Manifestante de Interés COPASA.

Una vez analizado el documento entregado por el manifestante de interés durante el término de traslado otorgado, la Agencia manifiesta lo siguiente:

7.3.1. Respetto de la anotación preliminar:

Vale la pena indicar al Manifestante de interés que en el acápite 5.2.1 Oportunidad del recurso interpuesto, de la presente resolución, la Agencia realizó el análisis respecto de la capacidad del apoderado para la presentación del recurso de reposición y la misma fue encontrada suficiente, razón por la cual se desestima el argumento impetrado por el manifestante.

7.3.2. Improcedencia del Recurso.

En este aparte el manifestante de interés hace referencia a dos situaciones a saber: la primera relacionada con la aplicabilidad del artículo 473 del Código de Comercio, y la

segunda enfocada hacia la extemporaneidad de los argumentos adicionales incluidos en el escrito del recurso en mención.

7.3.3. Aplicabilidad del artículo 473 del Código de Comercio

En cuanto a la primera situación mencionada, la Agencia reitera los argumentos esgrimidos en el acápite 5.2, numeral 1 en el que se indicó que del análisis de los argumentos esgrimidos por el Originador frente a un posible objeto ilícito de la Sucursal COPASA por no cumplir con el precepto del artículo 473 del Código de Comercio, es evidente que dicha norma no es de aplicación para el caso que nos ocupa toda vez que los fundamentos de hecho de la misma son muy diferentes de los que enmarcan el caso concreto.

Es así como se encuentra de total recibo el argumento del manifestante de interés en cuanto a que la Sucursal COPASA no se encuentra en la actualidad prestando ningún servicio público y que la restricción impuesta por el artículo en comento únicamente aplica en el evento en que se ejecuten o desarrollen actividades encaminadas a la explotación de un servicio público y no por el solo hecho de que se encuentren previstas en el objeto social.

7.3.4. Presunción de legalidad del acto de registro

Hace referencia, de igual forma, el escrito del manifestante de interés a la presunción de legalidad de los certificados de existencia y representación legal e indica que no pueden ser inaplicados por la administración pues la facultad de hacerlo se encuentra en cabeza de los administradores de justicia.

Frente a este punto, la Agencia reitera el contenido en el presente acto en cuanto a que la Entidad como operador jurídico está en la obligación de dar cumplimiento a la normativa vigente respecto de la presunción de legalidad que se predica de todos los actos administrativos y reconocer su contenido como válido mientras no exista una decisión judicial que indique lo contrario. Adicionalmente, se reconoce por parte de la Agencia la imposibilidad de desconocer un documento con las características precitadas por tratarse de una función dada únicamente a la Administración de Justicia.

7.3.5. Capacidad Financiera

En el documento se encuentra un cuadro comparativo entre los requisitos de la Invitación y la documentación aportada por el manifestante de interés, cuadro en el cual se evidencia de forma clara el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos a través de los instrumentos considerados por la Invitación para su acreditación.

Se hace necesario entonces reafirmar que, tal y como lo verificó el Comité Evaluador, los documentos aportados por el manifestante fueron adecuados y los mismos acreditaron de

forma suficiente los índices de Patrimonio Neto y Capacidad de Endeudamiento requeridos para el presente proyecto.

7.3.8. Experiencia en Inversión

Respecto del cumplimiento del requisito de apostilla para los documentos expedidos en el exterior tanto públicos como privados se indica que tal y como señala en su escrito el manifestante, el único documento que se encuentra en un idioma diferente al castellano, no corresponde a los documentos solicitados para la acreditación de la experiencia en inversión solicitada, razón por la cual no fue objeto de revisión por parte de la Agencia.

De los demás documentos aportados se reitera que los mismos cumplen con los requisitos para tenerse como válidos en Colombia en el entendido de que se tienen como actos notariales, los cuales se encuentran incorporados en la ley 455 de 1998 como documentos sobre los cuales versa la apostilla como mecanismo de abolición de requisitos entre países signatarios del Convenio de la Haya.

En virtud de lo anterior, no se accede a las peticiones efectuadas por el Originador, a través del recurso de reposición, tendientes a revocar la resolución No. 1055 de 2016, declarar la no existencia de una manifestación de interés hábil de parte de la firma COPASA, dar por justificada la contratación directa del Originador y adjudicar el contrato al Originador sin agotar las demás etapas del proceso de selección.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Confirmar, la decisión adoptada mediante la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016, por lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese el presente acto administrativo al manifestante de Interés Sociedad Anónima Obras y Servicios COPASA y al Originador Promesa de Sociedad Futura Accesos Norte de Bogotá S.A.S – Accenorte, participantes en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016 en los términos previstos en los artículos 67, 68 y 69 del CPACA.

ARTÍCULO TERCERO: Publíquese el presente acto administrativo en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) a través del Portal Único de Contratación.

ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición. Contra el presente acto administrativo no procede el recurso alguno, quedando agotada la sede administrativa.

1 269

Por la cual se resuelven el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1055 del 13 de julio de 2016, por medio de la cual se conforma la lista de precalificados en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016

Dada en Bogotá D.C., a los

19 AGO 2016

PÚBLIQUENSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


PRISCILA SÁNCHEZ SANABRIA
Vicepresidente Jurídica (E)

Revisó: Gabriel Del Toro Benavides/ Gerente GIT Contratación/ VJ
Proyectó: Konfirma - Comité evaluador
Proyectó: Ma. Camila Anaya / María Jessica Alzate Gómez / Jorge Perdomo/ Abogados GIT Contratación/ VJ