



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-IP-LP-001-2013

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

OBJETO: “Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto será la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Honda – Puerto Salgar – Girardot, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la minuta del Contrato

1. PROPUESTAS RECIBIDAS

De acuerdo con el Acta de Cierre publicada en SECOP el 21 de abril de 2014, presentaron propuestas los siguientes Proponentes:

	Nombre del Proponente	Integrantes de la Estructura Plural	%
1	Estructura Plural MARIO ALBERTO HUERTAS / CONSTRUCTORA MECO S.A. - SUCURSAL COLOMBIA Apoderado Común: Mario Alberto Huertas Cotes	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES	75%
		CONSTRUCTORA MECO S.A. - SUCURSAL COLOMBIA	25%
2	Estructura Plural INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR Apoderado Común: Jesús Enrique Escobar N	CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V.	45%
		ALCA INGENIERÍA S.A.S.	5%
		LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A.	10%
		ESTYMA S.A.	10%
		CASS CONSTRUCTORES Y CÍA.	15%
		CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE	15%

2. SOLICITUD DE SUBSANES

La Agencia Nacional de Infraestructura en virtud de las reglas del proceso de selección, procedió a la solicitud de subsane al Proponente 2 “Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar”, tal como consta en escrito del 16 de abril de 2014, en el cual se les señaló:

“1. Anexo 4 - Acuerdo de Permanencia:

La Agencia Nacional de Infraestructura, en el numeral 8 de la Adenda No 1 publicada el 15 de noviembre de 2013 en el SECOP, modificó el numeral 4 del Anexo 4 - Acuerdo de Permanencia; dentro de los cambios adelantados se adicionó en el numeral 4.4 la siguiente mención “... **en condiciones distintas a las previstas en la Sección 19.5 de la Parte General...**”.

El Anexo 4 – Acuerdo de Permanencia, aportado por la estructura plural “INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR”, difiere del exigido por la Agencia en el mencionado numeral 4.4. En consecuencia el proponente INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR debe aportar el Anexo No 4 – Acuerdo de Permanencia, en orden a las disposiciones establecidas en el Pliego de Condiciones y sus adendas.

2. Cupo de Crédito General

En el subnumeral 3.10.1 “Cupo de Crédito General” del numeral 3.10 CUPO DE CRÉDITO del Pliego de Condiciones y en las Adendas expedidas que regularon el tema especialmente las Adendas 5 y 15 publicadas en el SECOP, se establecen las condiciones que deberá cumplir la carta de cupo de crédito general, indicando que:

“3.10.1 Cupo de crédito general: La Agencia Nacional de Infraestructura- ANI- con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la oferta, requiere que los Precalificados alleguen una certificación de cupo de crédito general, bajo los siguientes términos:

(a) Una certificación de aprobación de cupo de crédito general, en las siguientes condiciones: (i) por una cuantía no inferior a) OCHENTA Y UN MIL VEINTE MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$ 81.020.000.000)...” (Subrayado fuera de texto)

De la revisión efectuada a la documentación presentada, se encuentra que el contenido de cada una de las cartas de cupo de crédito general aportadas por la estructura plural INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR obrantes a folios 77 a 136, no evidencian con claridad que dichas sumas correspondan a “pesos de 31 de diciembre de 2012”. En virtud de lo anterior el proponente INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR debe aclarar mediante documento expedido por quien emitió cada una de las cartas de cupo de crédito, que los valores allí establecidos corresponden a lo exigido por la Agencia en el subliteral (i) del literal (a) del subnumeral 3.10.1 “Cupo de Crédito General” del numeral 3.10 CUPO DE CRÉDITO del Pliego de Condiciones”

Para la contestación de los requerimientos se fijó como fecha límite el 25 de abril de 2014.

Al Proponente No. 1 no se le hizo requerimiento en consideración a que en el proceso de verificación de requisitos habilitantes y evaluación, no se encontró ningún aspecto que diera lugar a solicitud de subsanación o aclaración.

3. SUBSANES PRESENTADOS POR LOS PROPONENTES.

PROPONENTE No. 2

El Proponente 2 “Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar”, mediante escrito con número de radicado 2014-409-018734-2 del 23 de abril de 2008, subsanó en los términos exigidos por la Agencia apostando un Acuerdo de Permanencia en los términos exigidos en el pliego de condiciones, así como cinco (5) certificaciones expedidas por Bancolombia S.A. en las cuales se precisa que la

cuantía de los cupos de crédito aprobados y aportados junto con la oferta corresponden a valores de 31 de diciembre de 2012.

De conformidad con lo expuesto para la Agencia cumple con lo solicitado y con lo indicado en el Pliego de Condiciones en relación con el Anexo 4 - Acuerdo de Permanencia y el Cupo de Crédito General.

4.- RESULTADO DEL INFORME INICIAL DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES Y EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El informe inicial publicado por parte de la Entidad el día 29 de abril de 2014, arrojó el siguiente resultado:

No.	Proponente	Integrantes	Requisitos Habilitantes	Oferta técnica (100)	Factor de calidad	Apoyo Industrial Nacional (100)
1.	ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES CONSTRUCTORA MECO S.A. - SUCURSAL COLOMBIA	Mario Alberto Huertas Cotes Constructora Meco S.A. - Sucursal Colombia	HÁBIL	100	100	100
2.	INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR	Controladora de Operaciones de Infraestructura SA de CV. ALCA Ingeniería SAS. Latinoamericana Construcciones S.A. Carlos Alberto Solarte Solarte CASS SA. Estyma SA.	HÁBIL	100	100	100

Respecto del **CUPO DE CRÉDITO GENERAL** la Agencia en su informe de evaluación inicial consignó:

Los proponentes aportaron certificaciones de cupo de crédito general conforme las siguientes especificaciones establecidas en el pliego de condiciones:

- Cuantía no inferior a OCHENTA Y UN MIL VEINTE MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$ 81.020.000).
- Presentado de conformidad con el Anexo 14 del pliego de condiciones.
- Vigencia no inferior a un año y medio contado a partir del cierre de la licitación.
- Presentado con la oferta.
- Suscrito por el representante legal de un Banco Aceptable o el líder de un grupo de bancos aceptables.

f) Otorgado a cualquier miembro de la Estructura Plural o al Proponente individual. Máximo podrá aportarse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural y dos (2) cupos de crédito en caso de proponente individual.

g) Fecha de expedición no mayor a 60 días hábiles antes de la fecha de cierre de la licitación.

h) Documento donde se demuestre que la persona que suscribe la certificación dirigida a la Agencia es representante legal del Banco Aceptable.

PROPONENTE 1: CUPO TOTAL \$81.020.000.000	CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
Banco Emisor de la Certificación	Bancolombia	Banco de Occidente
Valor del Cupo Individual:	20.255.000.000	60.765.000.000
Vigencia del Cupo:	18	18
Firma de RL de Entidad Bancaria:	SI	SI
Verificado en Certificado de Superintendencia Financiera:	SI	SI
Fecha de Emisión de la Certificación del Cupo:	11/04/14	9/04/14

PROPONENTE 2: CUPO TOTAL \$81.022.000.000	CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V	LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A.	ESTYMA S.A.	CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A.	CARLOS ALBRTO SOLARTE SOLARTE
Banco Emisor de la Certificación	Bancolombia	Bancolombia	Bancolombia	Bancolombia	Bancolombia
Valor del Cupo Individual:	40.510.000.000	8.102.000.000	8.102.000.000	12.154.000.000	12.154.000.000
Vigencia del Cupo:	18	18	18	18	18
Firma de RL de Entidad Bancaria:	SI	SI	SI	SI	SI
Verificado en Certificado de Superintendencia Financiera:	SI	SI	SI	SI	SI
Fecha de Emisión de la Certificación del Cupo:	8/04/14	5/04/14	5/04/14	11/04/14	5/04/14

5.- OBSERVACIONES Y CONTRA OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LOS PROPONENTES AL INFORME DE EVALUACIÓN, RESPUESTA DE LA AGENCIA.

El Proponente 1 “Estructura Plural Mario Alberto Huertas Cotes Constructora Meco S.A. - Sucursal Colombia” presentó mediante escrito con número de radicado 2014-409-021035-2, observaciones al informe inicial, el cual fue publicado en SECOP el 8 de mayo de 2014.

Durante el término establecido en el cronograma del proceso, el Proponente 2 la estructura plural “Infraestructura Vial Puerto Salgar” presentó un escrito de contraobservación con número de radicado 2014-409-018734-2 del 23 de abril de 2014.

Con fundamento en los argumentos esgrimidos por el observante y el contraobservante la Agencia, pone en conocimiento cada una de dichas tesis y pasa a resolverlas en los siguientes términos:

PRIMERO

- **OBSERVACIÓN: INCUMPLIMIENTO REQUISITOS HABILITANTES- CUPO DE CRÉDITO GENERAL - Estructura Plural Mario Alberto Huertas Cotes Constructora Meco S.A. - Sucursal Colombia**

Manifiesta el proponente número 1:

“1. INCUMPLIMIENTO REQUISITOS HABILITANTES – CUPO DE CRÉDITO GENERAL:

- 1.1 En el numeral 3.10.1 del pliego de condiciones, modificado mediante adendas Nos 5 y 15, la ANI al referirse al cupo de crédito general, determinó:

*"3.10.1 **Cupo de crédito general:** La Agencia Nacional de Infraestructura ANI — con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de presentación de la oferta, requiere que los Precalificados alleguen una certificación de cupo de crédito general, bajo los siguientes términos:*

(a) Una certificación de aprobación de cupo de crédito general, en las siguientes condiciones (1) por una cuantía no inferior a OCHENTA Y UN MIL VEINTE MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$81.020.000.000) (i) debe ser presentada de conformidad con el Anexo 14 de este pliego de condiciones, (iii) por una vigencia no inferior a un año y medio contado a partir del cierre de la presente Licitación, (iv) debe ser presentada con la oferta, y (v) suscrita por un representante legal de un Banco Aceptable o el líder de un grupo de Bancos Aceptables, (vi) otorgada a cualquier miembro de la Estructura Plural o al Proponente individual **Máximo podrá oponerse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural y dos (2) cupos de crédito en caso de proponente individual** y (vii) con fecha de expedición no mayor a 60 días hábiles antes de la fecha de cierre de la Licitación.

(...)

- 1.2. La exigencia que efectuó la ANI con respecto a que el cupo de crédito debía ser valorado a precios de diciembre de 2012 e incumplida por el Precalificado, cobra una gran relevancia debido a que de acuerdo a investigaciones y análisis económicos efectuados por la Banca Nacional, los pesos constantes sirven como referente para calcular la capacidad adquisitiva de valores monetarios:

PESOS CONSTANTES: Esta expresión admite dos interpretaciones: una, como el resultado de la eliminación de los cambios de pesos de una variable a partir de un periodo tomado como base y, otra, como el cálculo de la capacidad adquisitiva de algún valor monetario en términos de un conjunto de bienes y servicios.

Por su parte, y en contraposición, los pesos corrientes son definidos como:

PESOS CORRIENTES: Los pesos corrientes se deben entender según su valor nominal en el momento en que son considerados financieramente. Los pesos corrientes se oponen a los pesos constantes que son los que pertenecen a periodos distintos, son corregidos el uno con respecto al otro mediante un factor, normalmente la inflación.

- 1.3. La presentación del Anexo No. 14 por parte del Proponente No. 2, sin el lleno de requisitos exigidos y determinados por la entidad contratante, esto es, la aclaración en relación con que el cupo de crédito debía ser efectuado a pesos constantes de diciembre de 2012, tiene definitivamente unas implicaciones de capacidad financiera que han de ser tenidas en cuenta por la ANI al momento de valorar las propuestas.
- 1.4. Es así como, del análisis de los certificados de BANCOLOMBIA de 8 de abril de 2014 emitidos a cada uno de los miembros del Proponente, se encuentra que el cupo de crédito por una suma total de OCHENTA Y UN MIL VEINTIDOS MILLONES DE PESOS (\$81.022.000.000) **“en moneda corriente”** nunca puede entenderse que eran a pesos de 31 de diciembre de 2012, puesto que se trata de conceptos monetarios diferentes (se adjuntan certificaciones de cupo de crédito presentadas).
- 1.5. Debe además tenerse en cuenta que fue ratificado por el BANCOLOMBIA en su certificación del 21 de abril de 2014 al indicar que la misma se expide **“a manera de ratificación de la certificación expedida el pasado 11 de abril y en aras de atender el requerimiento**

emanado por la Agencia Nacional de Infraestructura de fecha abril 16 de 2014". (Se adjunta documento de ratificación presentado).

- 1.6. Por ende la subsanación lo que hizo fue ratificar que el valor del cupo presentado era en **moneda corriente** y no en pesos de 31 de diciembre de 2012.
- 1.7. Adicionalmente la ANI en la respuesta dada a la pregunta presentada por la Concesionaria 4g Eurolat Centro y publicada el 17 de marzo de 2014, que transcribo a continuación, indicó que para que fuera posible o admisible presentar el cupo de crédito en pesos corrientes de febrero de 2014 (pues esta era la fecha inicial de presentación de la oferta) debía indexarse con el IPC correspondiente publicado por el DANE (se adjunta copia de esta respuesta):

CONTRATO	CONCESIONARIA	INTERROGANTES	RESPUESTAS	PLIEGO DE CONDICIONES	OTROS
50	CONCESIONARIA 4G EUROLAT CENTRO	Por favor indicar el monto del Cupo de Crédito General en pesos corrientes del mes de febrero de 2014 en el cual se debe presentar la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-OO1 dado que los valores que se presentan en el Pliego de Condiciones están en pesos constantes del Mes de Referencia por lo cual puede haber una discrepancia en el monto mínimo de este Cupo de Crédito General.	Solicitamos al observante que para evitar discrepancias, debe considerar que <u>para cualquier conversión de pesos constantes</u> desarrollados a lo largo de los documentos precontractuales, se debe utilizar el IPC publicado por el DANE, tal como se especifica en fórmulas, que por ejemplo desarrolla el numeral 3.9 (b) Contrato Parte General	Pliego de Condiciones Numeral 3.10	FINANCIERA

- 1.8. En similar sentido se indicó en otra respuesta que:

CONTRATO	CONCESIONARIA	INTERROGANTES	RESPUESTAS	PLIEGO DE CONDICIONES	OTROS
13	Infraestructura Vial Puerto Salgar	Numeral 1.4.10 página 4 línea 29 Pliego de Condiciones: Aclarar qué es a 31 de diciembre. Numeral 1.6 página 10 línea 27 y 31. Aclarar que es 31 de diciembre.	Esta Entidad acara que según lo definido en el numeral 1.101 de la Parte General (versión del 14 de enero de 2014, según Adenda 5) del Contrato el "Mes de Referencia", corresponde al "Mes en el cual se expresan los valores constantes. Para efectos del presente Contrato el Mes de Referencia es el que se establece en la Parte Especial". Por consiguiente, en el Capítulo II de la Parte Especial del Contrato. "Tabla de Referencia Parte General", se establece que el Mes de Referencia es diciembre de 2012.	Pliego de Condiciones	FINANCIERA

- 1.9. Lo anterior corrobora lo indicado en relación con que si se presentaba un valor en pesos corrientes éste debía indexarse con el PC para que fuera equivalente al valor en pesos constantes del 31 de diciembre de 2012 exigido por el pliego de condiciones.
- 1.10. La precedente fue la posición e interpretación oficial de la ANI. Por tanto, aplicando tal interpretación de la ANI, el valor del cupo de crédito presentado por el proponente de \$81.022.000.000 a pesos corrientes, expresado a pesos constantes de 31 de diciembre de 2012 equivale a un valor de \$78.298.159.537, en consecuencia, es evidente que el valor del cupo de crédito presentado es insuficiente, no cumple y no le es posible a la entidad aceptar tal subsanación puesto que evidentemente sería una modificación y mejora de la oferta.
- 1.11. Claro lo anterior, se cree indispensable resaltar la importante posición jurisprudencial que existe en torno a la cuestión de la obligatoriedad de la entidad licitante de prestar observancia a las respuestas dadas por la misma entidad dentro del trámite de un proceso de selección. Al respecto ha sido diáfano el 1-1. Consejo de Estado al indicar que:

*"(...) ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, **la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.**"*

[...]

Desde ninguna perspectiva resulta razonable que las directrices, orientaciones o respuestas que la propia entidad estatal contratante brinda ante las solicitudes de aclaración o ante las inquietudes que se susciten en relación con su contenido no formen parte integral del documento que pretenden aclarar o cuya dualidad interpretativa se requiere enmendar

No puede perderse de vista que su importancia radica precisamente en zanjar toda duda o discrepancia en lo que atañe a las reglas que deben regir tanto el procedimiento de selección, como la ejecución del contrato resultante del mismo. De ahí que desconocer su naturaleza obligacional y su virtualidad para integrar tanto el pliego como el negocio jurídico resultaría a todas luces inconsecuente con la finalidad perseguida por el Estatuto de Contratación Estatal al instituir una etapa destinada exclusivamente a absolver dudas y a responder solicitudes de aclaración.

Desconocer la fuerza vinculante de tales respuestas, interpretaciones, directrices u orientaciones que la propia entidad estatal realice o imparte en relación con el sentido o el alcance de sus respectivos pliegos de condiciones equivaldría a aceptar la absoluta irresponsabilidad con que pudiera actuar la entidad en esa fase del procedimiento, en la cual como resulta irrefutable debe observarse la misma seriedad y compromiso que se le exige a la Administración a la hora de confeccionar los pliegos y durante todas las demás etapas tanto precontractuales como contractuales. '

(Negrillas y subrayas fuera de texto original)

- 1.12. Corolario de lo anterior, es evidente que la solicitud de aclaración realizada por la ANI, no resultaba procedente pues, como se dijo, el hecho de que los cupos de crédito hayan sido expresados en moneda corriente, implica que los mismos fueron valorados a los precios del momento de su presentación¹ esto es, de abril de 2014 y no en pesos constantes del SI de diciembre de 2012 y en atención a las reglas que irradian el proceso licitatorio, la ANI no solo debe prestar fiel cumplimiento a lo que esta misma estableció dentro de las respuestas a las inquietudes, sino que además, no debe permitir la mejora de la propuesta que no cumplió con los términos del pliego de condiciones".

- **CONTRA OBSERVACIÓN: INCUMPLIMIENTO REQUISITOS HABILITANTES- CUPO DE CRÉDITO GENERAL - Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar.**

Respecto a esta observación manifiesta el Proponente No 2:

“En lo referente al punto 1, manifiesta el Observante Lo qué en su criterio subjetivo y equivoco califica como el 'incumplimiento' 'en el monto del cupo de crédito aportado por INFRAESTRUCTURA VIAL PÚERTO SALGAR (en adelante el "**Proponente**"), para lo cual realiza una serie de afirmaciones e interpretaciones que difieren totalmente de la realidad de los documentos apodados en la propuesta, así como de los lineamientos dados por la Entidad en los pliegos de condiciones publicados, los cuales para todos los efectos, rigen el proceso de contratación que nos ocupa.

Como se encuentra establecido en los párrafos transcritos por el **Observante**, correspondientes a las Adendas No. 5 y 15 y, en particular, al numeral 3.10.1, literal a numeral U, que establece “ii. Debe ser presentada de conformidad con el anexo 14 de este Pliego de Condiciones”. Al respecto queremos indicar que nuestra propuesta fue presentada de acuerdo en lo estipulado en dicho anexo, cuya última versión, publicada el pasado 11 de febrero de 2014 como parte de la adenda 11, indica en su primer párrafo lo siguiente:

“Que la firma _____ (nombre completo e identificación tributario del beneficiario del mecanismo de financiación), tiene con nuestra entidad, un (cupo de crédito) por valor de (\$)_____ (valor en números y letras)”.

Contrastando el párrafo transcrito con el anexo 14 adjunto a nuestra propuesta, es claro que el Anexo 14 adjuntado con nuestra propuesta, cumplió a cabalidad los requisitos exigidos por la Entidad, en los pliegos de condiciones y documentos de licitación. En efecto, ya que el formato publicado por la ANI no indicaba la necesidad de expresar que el valor era a pesos constantes de la fecha de referencia de este proyecto. Es más, solicitar su inclusión en dicho párrafo sería innecesario y redundante, ya que en os Pliegos de Condiciones se encuentra establecida taxativamente a naturaleza de dicho valor. Y en cualquier caso, dicha omisión – no de la oferta, sino de los documentos de licitación- hubiere resultado subsanable de conformidad con La ley contractual pública que gobierna este proceso de selección, como efectivamente sucedió.

Partiendo de lo anterior, no es entendible bajo ningún punto de vista la interpretación 'acomodada' del **Observante**, la cual solo pretende confundir a la Entidad, cuando sugiere, que el valor establecido en el cupo debe presumirse como pesos corrientes, cuando claramente la entidad Financiera, concedora de los pliegos de condiciones, otorgó el cupo de crédito General por un valor a pesos constantes de La fecha de la referencia. Así las cosas es claro que el Anexo 14 entregado junto a nuestra oferta, cumplía cabalidad con Lo solicitado en el Pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, la ANI ejerciendo su derecho a solicitar aclaraciones, pidió expresamente la aclaración si el valor incluido en el Anexo 14 correspondía a pesos constantes o Corrientes, y en el plazo dado por la entidad para esto y como lo dice el **Observante**, fueron radicadas la certificaciones aclaratorias dadas por Bancolombia, en la cual la entidad bancaria ratificó que el valor correspondía a "pesos de 31 de diciembre de 2012".

Nuevamente intenta el Observante inducir al error a la Entidad, cuando en el 4 numeral 1.6 de su misiva indica que '*Por ende la subsanación lo que hizo fue J/J-' ratificar que el valor del cupo presentado era en **moneda corriente** y no en pesos de 31 de diciembre de 2012*', sacando. de contexto la frase incluida por Bancolombia en su certificación, Entidad por demás concedora de las condiciones establecidas por la Entidad para dicho requisito, ratificando lo dicho por nosotros referente a que el cupo presentado con la oferta corresponde a pesos constantes del 31 de diciembre de 2012.

Es claro entonces que desde la misma presentación de la cierta, cumplimos con el monto y Las formalidades exigidas por la ANI para presentación de la oferta, por lo cual la entidad debe desestimar las observaciones realizadas por el **Observante** y mantener la calificación de nuestra oferta como HÁBIL.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 señala lo siguiente:

(...)

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, **capacidad financiera** y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

(...)

Parágrafo 1. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización." (Subraya y negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 expresa lo siguiente:

"En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

(...)

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la **falta de capacidad para presentar la oferta** ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta' (Subraya y negrilla fuera de texto).

Adicional a lo anterior, el artículo 12 de la Ley 1508 de 2012 reitera las anteriores reglas en los siguientes términos:

"Artículo 12. Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuran para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

12. 1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación." (Subraya y negrilla fuera de texto).

De las normas transcritas, que desarrollan el principio constitucional que ordena la primacía de lo sustancial sobre lo formal, surge de modo incuestionable que en cualquier caso, La eventual omisión de Los requisitos no necesarios para La comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia, son subsanables en condiciones de transparencia e igualdad para todos los participantes. Esto viene a sumarse al principio de eficacia de la administración pública 1 , de acuerdo con el cual las autoridades deben buscar que los procedimientos logren su finalidad y para el efecto deben remover los obstáculos puramente formales y evitar decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

Sobre éste aspecto, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera expresó que:

"La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir".

(.. .)

A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que "la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos". Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, "ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación." (Subraya y negrilla fuera de texto).

Visto lo anterior, es claro que tanto la jurisprudencia, como la disposición transcrita, precisan la forma de entender los procesos contractuales, puesto que, al darle fundamento legal al saneamiento de los factores que no influyen en la comparación de las propuestas, sitúa el derecho del interesado a ser escogido para celebrar el contrato en el hecho de tener la mejor propuesta para el Estado y no simplemente en el haber cumplido con Las formalidades inherentes al proceso de selección.

Este criterio, fue acogido por la ANI de manera expresa, al establecer en los pliegos de condiciones, numeral 5.6., que se podrán solicitar a los proponentes requisitos o documentos que fueran necesarios para aclarar o subsanar sus ofertas; como a través de comunicación del 16 de abril de 2014, mediante la cual solicitó al Proponente .: " (...) *aclarar mediante documento expedido por quien emitió cada una de las cartas de cupo de crédito, que los valores allí corresponden a lo exigido por la Agencia* (..)

En respuesta de ésta solicitud, el 22 de abril, estando dentro del plazo previsto, se presentó el documento aclaratorio en el que Bancolombia precisó que la cuantía del cupo de crédito aprobado correspondía a valores del 31 de diciembre de 2012, conforme al requerimiento de la ANI y se ratificó en todo lo demás la certificación inicialmente presentada, única lectura posible y lógica de ésta referencia a la "ratificación".

En éste sentido, se subsanó el defecto y sin que ello implique una mejora a la oferta, como mal se expresa en la observación, pues como se señaló anteriormente, la aclaración se presenta dentro de la facultad que le asiste a la entidad de solicitar aclaraciones y subsanaciones.

Es así como en cumplimiento de lo expresamente consagrado en el Pliego de Condiciones y requerido por la Entidad, se aclaró en debida forma la cuantía del cupo de crédito aprobado.

Lo anterior, es concordante con lo expresado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz, Radicación número: 17767 del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011):

"El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; y v) la motivación expresa

precisa y detallada del informe de evaluación del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". **Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir.**

(...)

Finalmente, la efectividad del principio de igualdad "depende de un trato igualitario a todos los oferentes **tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas** y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración". **Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad entre otros** con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez." (Negrilla y subrayado nuestros)

Al respecto el Consejo de Estado ha considerado que " (...) *la administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, **está sujeta a las procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes*** (...)

*Ello explica que para la actividad contractual de las entidades estatales, el legislador haya establecido un conjunto de normas que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a su contratista imponiendo, como se explicó en el punto precedente, **un procedimiento estricto y detallado de selección, para que todo el que evalúe las propuestas lleque a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato.***"

En ese mismo orden de ideas la misma Corporación ha referido:

"Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad no parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso puesto que la selección se hizo en forma subjetiva" (Consejo de Estado — Sala de Consulta y Servicio Civil - O. P. Enrique Jose Arboleda Perdomo - 20 de mayo de 2010 Numero de Radicación 11001-03-06-000-2010 - 000034- 00 (1992)).

En idéntico sentido, se pronunció el Consejo de Estado — Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, e. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez —19 de Julio de 2001 — Radicación Numero 1 1001-03-26-000-1996-3771-01(12037) al establecer que:

*"La sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que **el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes**"*

Así las cosas, con base en lo manifestado, reiteramos nuestra solicitud a la Entidad que en aplicación de los criterios claros de selección que planteó en los pliegos de condiciones y con sujeción a la normatividad y jurisprudencia vigentes, se mantenga la calificación de nuestra oferta como HÁBIL".

- **OBSERVACION – INCUMPLIMIENTO REQUISITOS HABILITANTES - CUPO DE CRÉDITO GENERAL - RESPUESTA DE LA AGENCIA.**

Sea lo primero precisar que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone: "*la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, **no necesarios para la comparación de las propuestas** no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos*".

En concordancia con esta disposición, el artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012, norma aplicable al presente proceso de selección en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 162, numeral 3°, del Decreto 1510, por haberle dado apertura en vigencia del Decreto 734 de 2012, establece:

"Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto. Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior (...)".

Sobre este aspecto en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado en virtud del principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, ha sostenido la posibilidad de subsanar o aclarar aquellos requisitos previstos en los Pliegos de Condiciones que sirven para verificar la calidad de los oferentes y que no otorgan puntaje, por cuanto con ello se permite aclarar una situación de tipo formal y no sustancial.

En jurisprudencia reciente del Consejo de Estado sobre la materia, sentencia del 26 de febrero de 2014 (25.804), con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, señaló:

" (...)Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para "subsanar" los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el "orden" exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

(...)

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido "era o no necesario para la comparación de las propuestas".

(...)

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, **para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que "asignan puntaje", de allí que si en un proceso de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.**

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: **que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación.** En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.

(...)

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054- expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: "La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir.

"A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que "la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, **no necesarios para la comparación de las propuestas** no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos". Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, "ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."

Más adelante señala:

"De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades **estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas.** Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., **la entidad solicitará "a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables"**, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que

para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley". (Resaltado fuera de texto).}

En esta misma línea de interpretación, el Consejo de Estado ha sido enfático en destacar:

“Desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas (subraya y Negrilla Fuera de Texto) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Por su parte, el artículo 12.1 de la Ley 1508 de 2012, establece:

"La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación." (Subrayas fuera del texto).

Como se puede apreciar de las lecturas de las disposiciones transcritas, tanto la normatividad como la jurisprudencia, son unánimes en avalar la decisión de la ANI sobre la solicitud de informe en asuntos de orden no sustancial,

En desarrollo de esta premisa normativa y jurisprudencial, la Agencia estableció de manera clara las disposiciones relativas a las reglas de subsanabilidad en el pliego definitivo de condiciones en los siguientes términos:

“5.5. REGLAS DE SUBSANABILIDAD

En los términos del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, la Agencia podrá solicitar a los Oferentes los requisitos o documentos que fueren 1 necesarios para subsanar o aclarar sus Ofertas, de conformidad con las siguientes reglas:

La Agencia podrá solicitar a los Proponentes los requisitos o documentos que no afecten la asignación de puntaje (es decir los requisitos o documentos que verifiquen las condiciones del Oferente o que soporten el contenido de la Oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en el presente Pliego de Condiciones), a fin de subsanar la Oferta.

Los Oferentes deberán allegarlos dentro del término preclusivo y perentorio que al efecto les fije la Agencia en la respectiva solicitud, so pena de rechazo de la Propuesta.

(...)”

Lo anterior encuentra concordancia con lo previsto en el Pliego de Condiciones de la presente Licitación Pública, en el cual se establecieron como factores de ponderación sobre los que la entidad efectúa la comparación de las propuestas son los siguientes:

- | | | |
|----|-------------------------------|-------------|
| 1. | Apoyo a la Industria Nacional | 100 puntos |
| 2. | Oferta Técnica | 100 puntos |
| 3. | Factor de Calidad | 100 puntos |
| 4. | Oferta Económica | 700 puntos. |

Quiere decir lo anterior, que la subsanabilidad cuestionada por el observante, en forma alguna implica una mejora de la propuesta, pues simplemente se limita, como lo exige el requerimiento, a hacer una aclaración respecto de un requisito que no es de comparabilidad de las ofertas por cuanto no otorga puntaje, de manera que no mejora la oferta ni la complementa, tampoco corresponde a un hecho nuevo ocurrido con posterioridad al cierre del proceso; pues, simplemente, se está ratificando, con la respectiva aclaración, la documentación presentada con la propuesta.

Por su parte, en el numeral 3.10.1 del Pliego de Condiciones se señalaron los requisitos que deben cumplir las certificaciones de aprobación de cupo de crédito general, indicando específicamente las siguientes:

- i. Cuantía no inferior a OCHENTA Y UN MIL VEINTE MILLONES DE PESOS (\$81.020.000.000,00) de 31 de diciembre de 2012.
- ii. Presentadas de conformidad con el Anexo 14 de este pliego de condiciones.
- iii. Vigencia no inferior a un año y medio contado a partir de cierre de la presente Licitación.
- iv. Presentada con la oferta.
- v. Suscrita por un representante legal de un Banco Aceptable o el líder de un grupo de Bancos Aceptables.
- vi. Otorgada a cualquier miembro de la Estructura Plural o al Proponente individual.

Así mismo, en el numeral 3.10.1, literal (a), punto (ii) del pliego de condiciones se expresó de forma taxativa que el cupo de crédito general debe ser "por una cuantía no inferior a OCHENTA Y UN MIL VEINTE MILLONES DE PESOS (\$81.020.000.000) **de 31 de diciembre de 2012** (...)"

En este orden de ideas, mediante el requerimiento formulado, la Entidad solicitó aclaración sobre un aspecto específico del cupo de crédito general; obteniendo del proponente una respuesta satisfactoria dentro de los términos establecidos, en la cual la entidad bancaria que expidió los cupos de crédito manifiesta de forma explícita que los valores del cupo otorgado corresponden a valores de diciembre 31 de 2012, y expresa:

"Se expide la presente certificación a manera de ratificación de la certificación expedida el pasado (...) y en aras de atender el requerimiento emanado por la Agencia Nacional de Infraestructura de fecha abril 16 de 2014. **Los demás términos de la certificación permanecen vigentes y sin modificación** (...)" (Subrayado fuera de texto).

Hecha la precisión que antecede, encuentra la entidad que no le asiste la razón al observante, toda vez que resulta claro que el proponente observado presentó las certificaciones de cupo de crédito general de conformidad con lo estipulado en el pliego de condiciones, cumpliendo a cabalidad el requisito establecido.

En relación con la observación presentada por el Proponente Estructura Plural MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA, en la cual solo dá relevancia al aparte en el que se indica que se expide a manera de ratificación y no tiene en cuenta la totalidad del contenido de la certificación expedida por BANCOLOMBIA, la Entidad no acoge dicha observación, ya que se evidencia en la misma certificación se expresa concretamente que los demás términos de la certificación permanecen vigentes, expresión de la que se derivan dos presupuestos básicos en torno al contenido del documento, primero que la aclaración efectuada por la entidad que otorgó los cupos de crédito general, se dirigió a precisar que el valor correspondía a pesos del 31 de diciembre de 2012 y segundo que por medio de la aclaración se ratificaron los demás términos expresados en los cupos inicialmente aportados.

Así las cosas, el proponente presentó las certificaciones de cupo de crédito general de conformidad con lo estipulado en el pliego de condiciones, cumpliendo a cabalidad el requisito establecido.

En consecuencia, realizada la revisión y análisis de la observación formulada, así como lo expuesto en la réplica respectiva, se determina que esta observación NO PROCEDE y se ratifica la evaluación del cupo de crédito general contenida en el Informe publicado el 29 de abril de 2014.

SEGUNDO

- **OBSERVACIÓN: FALTA DE CAPACIDAD FINANCIERA - Estructura Plural Mario Alberto Huertas Cotes Constructora Meco S.A. - Sucursal Colombia**

Manifiesta el observante:

"2.1. El numeral 3.10.1 del Pliego de Condiciones, establece como requisito habilitante, la presentación de un cupo de crédito el cual debe cumplir con unas condiciones o requisitos mínimos a saber:

*"3.10.1 Cupo de crédito general: La Agencia Nacional de Infraestructura- ANI- **con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la oferta**, requiere que los Precalificados alleguen una certificación de cupo de crédito general bajo los siguientes términos:*

(a)(i) por una cuantía no inferior a OCHENTA Y UN MIL VEINTE MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$81.020.000.000% (ii) debe ser presentada de conformidad con el Anexo 14 de este pliego de condiciones, (iii) por una vigencia no inferior a un año y medio contado a partir de cierre de la presente Licitación, (iv) debe ser presentada con la oferta, y (y) suscrita por un representante legal de un Banco Aceptable o el líder de un grupo de Bancos Aceptables, (vi) otorgada a cualquier miembro de la Estructura Plural o al Proponente individual, Máximo podrá aportarse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural y dos (2) cupos de crédito en caso de proponente individual y (vij) con fecha de expedición no mayor a 60 Días Hábiles antes de la fecha de cierre de la Licitación." (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

2.2. Como resulta del texto transcrito, el cupo de crédito es exigido por la Entidad con el fin de verificar que **la capacidad financiera de los Precalificados se mantiene al momento de la presentación de la oferta.**

2.3. De acuerdo con lo anterior, la ANI en el numeral 3.10.1 estableció las siguientes reglas:

- a. El cupo de crédito general fue establecido con el fin de verificar la capacidad financiera de los Precalificados, así lo dispone de forma clara e inequívoca el numeral 3.10.1.
- b. De acuerdo a la definición establecida en el numeral 1.4.39 del Pliego de condiciones Precalificado significa "... *el Manifestante incluido dentro de la Lista de Precalificados*".
- c. Según lo establecido en el numeral 1.4.31 la Lista de Precalificados es la contenida en la Resolución 629 del 27 de junio de 2013, expedida por la ANI.
- d. La Resolución 629 del 27 de junio de 2013, en su parte resolutive estableció lo siguiente:

"ARTICULO PRIMERO: Conformar la lista de precalificados del sistema de precalificación No. VJ-VE-IP-001-2013, cuyo objeto es: "CONFORMAR LA LISTA DE PRECALIFICADOS PARA EL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PUBLICO PRIVADA CONSISTENTE EN EL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, FINANCIACIÓN, OPERACIÓN Y REVERSIÓN DEL CORREDOR HONDA - PUERTO SALGAR — GIRARDOT", de la siguiente manera:

Orden	Manifestante	Integrantes
1	HIDALGO E HIDALGO S.A. SUC COLOMBIA / CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN S.A. CASA/ HIDALDO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S.	Hidalgo e Hidalgo S.A.
		Construcción y Administración S.A. - CASA
		Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S.
2	AUTOPISTAS DEL MAGDALENA SPV	KMA Construcciones S.A.
		Ortiz Construcciones y Proyectos S.A.
		Equipo Universal S.A.
3	CONCESIONES 4G EUROLAT CENTRO	Infraestructura Concesionada S.A.S. Infracon S.A.S.
		Acciona Concesiones Chile Ltda.
		Nexus Infraestructura S.A.S.
4	CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A. / PAVIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S. / SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES	Construtora Andrade Gutiérrez S.A.
		Pavimentos Colombia S.A.S.
		Sainc Ingenieros Constructores
5	IMPREGILIO SPA / SALINI SPA	Impregilio SPA
		Salini SPA
6	MARIO ALBERTO HUERTAS / CONSTRUCTORA MECO S.A. - SUCURSAL COLOMBIA	Mario Alberto Huertas Cotes
		Constructora Meco S.A. - Sucursal Colombia
7	P.S.F. CONCESIONES GUATAQUI	Grupo Odinsa S.A.
		Mincivil S.A.
		Construcciones El Condor S.A.
		Termotécnica Coindustriales S.A.
		ICEIN S.A.
		Mota - Engil Engenharia e Construcao S.A. - Sucursal Colombia
8	OHL CONCESIONES	OHL Concesiones Colombia S.A.S.
		OHL Concesiones Chile S.A.
9	INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR	Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V.
		ALCA Ingeniería S.A.S.
		Latinoamericana de Construcciones S.A.
10	Estructura Plural CINTRA INFRAESTRUCTURAS COLOMBIA S.A.S / INTERVIAL COLOMBIA S.A.S -	Cintra Infraestructuras Colombia S.A.S.
		Intervial Colombia S.A.S.

- 2.4. Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 629 enunciada, los precalificados que hacen parte de INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR fueron: Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de CV, ALCA Ingeniería SAS y Latinoamericana de Construcciones S.A.
- 2.5. En consecuencia, solamente podrían presentar cupo de crédito: (i) Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de CV; (ii) ALCA Ingeniería S.A.S y, (iii) Latinoamericana de Construcciones SA., quienes fueron Precalificados.
- 2.6. Ahora bien, tal y como lo dispone el subnumeral (vi) del literal a) del numeral 3.10.1, tal cupo de crédito podía ser *'otorgada a cualquier miembro de la Estructura Plural o al Proponente individual.'*
- 2.7. Según lo establecido en el numeral 1.2.19 de la Invitación a Precalificar, Estructura Plural es ***“el Manifestante integrado por un número plural de personas naturales y/o jurídicas que presentan Manifestación de Interés de forma conjunta bujo el presente sistema de Precalificación.*** Para efectos de la presente Precalificación no se admitirán estructuras

plurales bajo la denominación y reglas de los Consorcios o Uniones Temporales por aplicación del artículo .3 del Decreto 1467 de 2012." (Negrilla fuera del texto original)

- 2.8. De acuerdo con lo anterior, la Estructura Plural era tal, solo para efectos de la presentación de la Manifestación de Interés, y por tanto estaba solamente conformada por aquellas personas naturales y/o jurídicas que presentaron Manifestación de Interés.
- 2.9. En este orden de ideas, NADIE QUE NO HUBIERA SIDO PRECALIFICADO O PARTE DE UNA ESTRUCTURA PLURAL (conforme lo arriba indicado el numeral 2.7), podía presentar cupo de crédito.
- 2.10. No debe olvidarse como se indicó anteriormente que el cupo de crédito es para verificar que La capacidad financiera de los Precalificados se mantiene, en consecuencia, se pregunta si un integrante nuevo presenta un cupo de crédito ¿qué capacidad financiera se está VERIFICANDO, cuando nunca la entregó para verificación previamente? Y más aún cuando el pliego de condiciones en el numeral 1.4.32 establece que Miembro Nuevo es:
- "Corresponde al miembro del Oferente que no era Integrante del Precalificado.** Salvo por lo dispuesto en el numeral 2.2.2 (e) de la Invitación a Precalificar y el numeral 3.2.1(e) de este Pliego de Condiciones, en ningún caso podrán los Miembros Nuevos acreditar Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión, y/o sustituir a miembros Líderes del Precalificado o miembros que no siendo Líderes hayan acreditado Capacidad Financiera." (negrilla y subrayado fuera del texto original)
- 2.11. De acuerdo con las reglas anteriormente enunciadas, establecidas por la ANI en el Pliego de condiciones, **sólo los miembros Precalificados, es decir aquellos contenidos en la Resolución 829 de 2013:** (i) Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de CV; (ii) ALCA Ingeniería S.A.S y, (iii) Latinoamericana de Construcciones SA., quienes fueron Precalificados, **podían ratificar que mantenían su capacidad financiera presentando un cupo de crédito y nunca un Miembro Nuevo podía acreditar capacidad financiera**, como en efecto sucedió al presentar cupo de crédito, ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS SA, CASS CONSTRUCTORES & CIA SCA y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE quienes no fueron Precalificados no eran parte de una Estructura Plural y por ende nunca acreditaron capacidad financiera.
- 2:12. De acuerdo con lo anterior la ANI, sólo puede tener en cuenta las certificaciones de cupo de crédito apodadas por Controladora de Operaciones de Infraestructura y Latinoamericana de Construcciones SA, las cuales, por supuesto, resultan insuficientes para acreditar el valor mínimo exigido pues suman \$48.612.000.000, por lo cual el proponente debe ser RECHAZADO".

- **CONTRA OBSERVACIÓN: FALTA DE CAPACIDAD FINANCIERA - Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar**

Al respecto expone el contraobservante

"En lo atinente al punto 2, refiere el Observante un "incumplimiento" en la capacidad financiera aportada por el proponente INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR, al respecto nos permitimos manifestar que el parágrafo del numeral 3.10.1. de los Pliegos de condiciones expresa, que la cuantía del cupo de crédito se podría acreditar mediante certificación otorgada a **cualquier miembro de la estructura plural** o al proponente individual y, acto seguido, el numeral 3.10.2. de los Pliegos de Condiciones señala **que se solicitará un cupo de crédito específico a los oferentes que resultaron hábiles.**

Al respecto, debemos expresar que el **Observante** utiliza en forma inadecuada el concepto de Precalificado dos veces, cuando indica en el numeral 2.4: Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido con la Resolución 629 enunciada, los precalificados que hacen parte de INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR fueron: Controladora de Operaciones de Infraestructura SA. de O. y., ALCA Ingeniería S. A. 5. y Latinoamericana de Construcciones S. A: quienes fueron Precalificados' (Subrayo nuestro), pues el documento de Invitación a Precalificar establece como definición para Precalificado lo siguiente:

"1.2.35. "Precalificado". Es el Manifestante (individual o bajo la Forma de estructura Plural según lo establecido en el numeral 2.2 de esta Invitación) que conforma la Lista de Precalificados de conformidad con las reglas previstas en el presente Documento de Invitación."

Asimismo, define Estructura Plural como:

"1.2.19. "Estructura Plural". Es el Manifestante integrado por un número plural de personas naturales y/o jurídicas que presentan Manifestación de Interés de forma conjunta bajo el presente sistema de Precalificación"

Y para rematar, el Pliego de Condiciones establece igualmente la definición de Precalificado así:

"1.4.39. "Precalificado" Es el Manifestante incluido dentro de la Lista de Precalificados.

De lo anterior claramente se colige que Precalificado es una sola entidad, que para este caso es **INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR**, y no como interpreta el Observante, que los **miembros** de esta Estructura Plural son los Precalificados. Esto se muestra aún más claramente en la definición de Miembro Nuevo dada en los Pliegos de Condiciones, en cuyo numeral 1.4.32 define:

1.4.32. "Miembro Nuevo". Corresponde al miembro del Oferente que no era Integrante del Precalificado"

A su vez, el numeral 2.2.2 de la invitación a precalificar señala que las estructuras plurales podían modificarse en cualquier momento desde la conformación de la lista de precalificación, de manera que la estructura plural precalificada podía ajustarse, cumpliendo las condiciones allí descritas, y siendo sus conformantes Los Llamados a cumplir con los requisitos y la totalidad de Las obligaciones resultantes del proceso de licitación.

Sobre la inclusión de miembros nuevos, el numeral 1.4.32 de los Pliegos de Condiciones, precisa que los miembros nuevos no podían acreditar capacidad financiera, pues la capacidad de la estructura plural **ya** había sido verificada durante la etapa de precalificación y se pretendía evitar que tal ajuste tuviera efecto en la acreditación de los requisitos de participación.

En éste sentido, el literal f del numeral 2.2.2. de la invitación a precalificar, señala que: *"Las anteriores reglas se establecen con el propósito de evitar que las modificaciones en la estructura plural tengan efecto en la acreditación de los requisitos de participación, por consiguiente, cualquier modificación que pese a estar acorde con lo anterior, implique una modificación a la forma en que fueron originalmente acreditados y satisfactoriamente cumplidos, no será permitida"*.

Expuesto lo anterior, se puede observar como la invitación a precalificar señaló en el numeral 3.6.2. que en caso de estructuras plurales, la capacidad financiera (i) Patrimonio Neto y (ii) Capacidad de Endeudamiento (iii) podría ser presentada por uno o varios de los integrantes. Con lo cual se evidencia, que en la observación se confunde la capacidad de la estructura plural con la capacidad de los miembros que la conforman, realizando una interpretación acomodada y subjetiva de las condiciones y conceptos establecidos claramente por la Entidad tanto en la invitación a precalificar como en el pliego de condiciones de la licitación en referencia.

Corolario de lo anterior, es el hecho de que el Literal o del numeral 3.2.2. de los Pliegos de Condiciones sólo exigieron la acreditación del requisito de capacidad legal a aquellos miembros nuevos del oferente, pues bajo los parámetros de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, era en la

etapa de precalificación en la que la entidad verificaría los requisitos habilitantes y factores de selección de los oferentes.

Así se reitera que la capacidad financiera de la estructura plural ya había sido verificada en tal etapa, y por ello dentro de la licitación, los Pliegos de Condiciones avalaron que los cupos de crédito fueran presentados por "cualquier miembro de la estructura plural", es decir, sin exigir que fueran los mismos (pudiendo ser uno o varios) que hubiesen acreditado la capacidad financiera en la etapa de precalificación.

Hecha esta aclaración sobre la indebida utilización del término Precalificado por parte del **Observante**, no existe sustento alguno en los Pliegos de Condiciones que de piso a la aseveración por él realizada, ya que, como se dijo, el Pliego es claro cuando establece en el numeral 3.10.1. literal a. Numeral vi que esta certificación (cupos de crédito general) podrá ser "**otorgada a cualquier miembro de la Estructura Plural**" o al Proponente Individual. Subrayo y negrilla nuestro.

En ningún momento imita el Pliego la presentación del cupo a los miembros de la Estructura Plural que hicieran parte de ella en el proceso de Precalificación, ya que de existir expresamente este requisito, asiría la razón al Observante, o cual no es del caso con las condiciones de este proceso.

En razón de lo anterior, solicitamos a la Entidad que en aplicación de los criterios claros de selección que planteó en los pliegos de condiciones y con sujeción a la normatividad y jurisprudencia vigentes, ya expuestos para el numeral anterior, se mantenga la calificación de nuestra oferta como HÁBIL".

- **OBSERVACION – FALTA DE CAPACIDAD FINANCIERA - RESPUESTA DE LA AGENCIA.**

De acuerdo con la normatividad vigente en los procesos de selección de Asociaciones Público Privadas con precalificación, se deben distinguir dos (2) etapas dentro del proceso contractual que si bien se encuentran interrelacionados, ellos son independientes, por contener características propias de cada una de las etapas.

- En la **Etapa de Precalificación**, la Entidad procedió a revisar los requisitos habilitantes establecidos en la Invitación a Precalificar, dentro de los cuales, la Capacidad Financiera. Durante esta etapa, la manifestación de interés que resultó precalificada para la presente Licitación Pública estaba conformada de la siguiente manera:

Integrante	Participación
Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de	70%
Alca Ingeniería S.A.S.	10%
Latinoamericana de Construcciones S.A.	20%

Durante la etapa de precalificación, fue **Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V.** quien en calidad de Líder, acreditó la Capacidad Financiera, de conformidad con lo señalado en la Invitación a Precalificar, que establece en el numeral 3.6 Capacidad Financiera, numeral 3.6.1. lo siguiente: "*Los Manifestantes deberán cumplir con los requisitos de (i) Patrimonio Neto y (ii) Capacidad de Endeudamiento (...) No obstante lo anterior, solamente los Integrantes de la Estructura Plural que acrediten Patrimonio Neto serán tenidos en cuenta para acreditar la Capacidad de Endeudamiento a través de la alternativa escogida (Alternativa 1 o Alternativa 2)(...)*"

En la invitación a Precalificar en el numeral 3.6.2. "*En el caso de Estructuras Plurales, la Capacidad Financiera podrá ser acreditada por uno o varios Integrantes, incluyendo los: (i) Líderes y (ii) Aquellos que, no obstante no tienen la calidad de Líderes, concurren a la acreditación de los requisitos relativos a Capacidad Financiera (...)*"

Por su parte, en el numeral 3.6.3 **Capacidad de Endeudamiento** se establece que: "**La Capacidad de Endeudamiento podrá ser acreditada con el cumplimiento de una de dos alternativas, el Índice de Endeudamiento (Alternativa 1) o el Cupo de Crédito en firme (Alternativa 2),** Para efectos de claridad, se señala que la escogencia de la Alternativa 1 o Alternativa 2 por parte de un Manifestante Estructura Plural para

la acreditación de la Capacidad de Endeudamiento comporta la necesidad de que dicho requisito sea acreditado solamente a través de la Alternativa escogida, es decir, no podrá acreditarse Capacidad de Endeudamiento de una misma Estructura Plural mezclando la Alternativa 1 y la Alternativa 2.”

Conforme con lo establecido en la invitación a Precalificar, la estructura plural, **Infraestructura Vial Puerto Salgar**, acreditó capacidad financiera, cumpliendo con los requisitos de **i) Patrimonio Neto y (ii) Capacidad de Endeudamiento**. Y la Capacidad de Endeudamiento lo cumplió, con el Índice de Endeudamiento (Alternativa 1), desechando en esta etapa, el cumplimiento del Índice de Endeudamiento con el Cupo de Crédito (Alternativa 2).

De esta manera, se afirma, que la estructura plural, **Infraestructura Vial Puerto Salgar**, cumplió con los requisitos establecidos por la entidad en la invitación a Precalificar.

De conformidad con lo permitido en los Pliegos de Condiciones, para la presentación de la oferta se reconstituyó la estructura plural mediante el ingreso de tres (3) nuevos miembros, quedando conformada así:

Integrante	Participación
Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de	45%
Alca Ingeniería S.A.S.	5%
Latinoamericana de Construcciones S.A.	10%
Estyma S.A.	10%
Cass Constructores & Cía. S. en S.A.	15%
Carlos Alberto Solarte Solarte	15%

Los integrantes que ingresaron a la Estructura Plural no reemplazaron al miembro líder que aportó y acreditó la capacidad financiera en la etapa de Precalificación, que fue CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V. y las reglas sobre porcentaje mínimo de participación del líder se mantuvo.

- En la **Etapa de Licitación**, de conformidad con lo señalado en los artículos 12.1 de la Ley 1508 de 2012 y 13 del Decreto 1467 de 2012, no se verifican nuevos requisitos habilitantes; pues sólo se verifica el cumplimiento de requisitos y condiciones de la propuesta de cada proponente; y uno de tales requisitos lo constituye un Cupo de Crédito General.

Sea del caso aclarar en esta instancia, que el Cupo de Crédito General exigido en la etapa de la Licitación es diferente del “Cupo de Crédito” establecido como alternativa 2 en la etapa de Precalificación para efectos de acreditar la **“capacidad de endeudamiento”** y así cumplir con el requisito de “capacidad financiera”; alternativa que todas maneras no fue escogida por el proponente observado.

La certificación de Cupo de Crédito exigido en el Pliego de Condiciones en la etapa de la licitación tiene como propósito la garantía para la entidad, la permanencia de las condiciones financieras **que permitirán la ejecución del contrato**, para lo cual, los Pliegos permiten que sea aportada la certificación del Cupo de Crédito, tanto por parte de los Precalificados como por parte de los miembros nuevos de la estructura plural.

Resulta pertinente señalar que el Pliego de Condiciones exigía que el Cupo de Crédito fuera presentado únicamente por parte del líder de la estructura plural; y como resultado de las observaciones formuladas a la entidad, se expidió la Adenda No. 3 en la que se modificó el Subnumeral 3.10.1 del numeral 3.10 del Pliego de Condiciones denominado Cupo de Crédito una regla especial, así:

“3.10.1 Cupo de crédito general. La agencia Nacional de Infraestructura -ANI- con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la oferta, requiere que los Precalificados alleguen una certificación de cupo de crédito general, bajo los siguientes términos:

(...) (vi) otorgada a cualquier miembro de la estructura plural o al Proponente individual (...).”

De donde se evidencia claramente, que en la etapa de Licitación Pública el Pliego de Condiciones (Adenda No.

3) permitió que el cupo de crédito fuera aportado por cualquiera de los miembros de la estructura plural que presentaba oferta, inclusive los nuevos.

Al respecto se precisa que el numeral 1.3.1. del Pliego de Condiciones ordena interpretarlo como un todo sin que puedan entenderse sus disposiciones de manera separada de lo que indica su contexto general, así que la regla antes citada sobre el cupo de crédito general, introducida al Pliego mediante la Adenda No. 3, modificó en su conjunto el Pliego de Condiciones, tal como se indicó en el numeral 8 de la misma: *“Las modificaciones contenidas en la presente Adenda forman parte integral del Pliego de Condiciones y, por lo tanto, deberá entenderse que los modifican y por ende tenerse en cuenta en la presentación de la Oferta.”*

Así las cosas, en el presente caso, el Proponente Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar, habiendo acreditado durante la etapa de precalificación la Capacidad Financiera a través de su líder, estaba facultado para aportar como Proponente en la etapa de Licitación Pública, el Cupo de Crédito General, a través de cualquier de sus integrantes, toda vez que la capacidad financiera fue previamente acreditada y evaluada en la etapa de precalificación.

En consecuencia, la entidad no acoge las observaciones presentadas por la **Estructura Plural MARIO ALBERTO HUERTAS COTES - CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA** por encontrarlas improcedentes, teniendo en cuenta que la Capacidad Financiera, como requisito habilitante fue acreditada en la Etapa de Precalificación por parte de la estructura plural **Infraestructura Vial Puerto Salgar**, por lo cual resultó Precalificado; y en condición de Proponente, podía cumplir con el requisito de aportar una certificación de Cupo de Crédito General respecto de cualquiera de sus integrantes, fueran éstos que originalmente hacían parte de la estructura plural o de los nuevos, tal como se hubiera recompuesto la estructura plural.

TERCERO

- **OBSERVACIÓN: INEFICACIA DE LA AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA - Estructura Plural Mario Alberto Huertas Cotes Constructora Meco S.A. - Sucursal Colombia**

Manifiesta el observante al respecto:

- 3.1. Se evidencia dentro del certificado de existencia y representación legal (folio 40) que obra dentro de la propuesta radicada por el Proponente, que el representante legal de Estyma Estudios y Manejos S.A. (en adelante 'Estymá'), (integrante del Proponente) tiene una restricción para realizar actos, operaciones y contratos cuya cuantía sea superior a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000) SMMLV.
- 3.2. La anterior restricción puede ser levantada mediante aprobación previa de la Junta Directiva de la sociedad en comento, según se puede apreciar en el mismo certificado de existencia y representación legal aportado por el Proponente (folio 40).
- 3.3. En folio No. 48 de la propuesta radicada por el Proponente, se puede apreciar que se aportó la respectiva autorización de la Junta Directiva de la sociedad Estyma.
- 3.4. Sin embargo, dentro de la misma se advierte que existen los siguientes miembros que estuvieron presentes en la respectiva reunión: Juan Pablo Ángel Pérez, Germán Alberto Ángel Toro, Cesar Augusto Solano Berrio, Carlos Eduardo Ángel Toro, Carlos Enrique Muñoz, Juan Camilo Solano Estrada. De las personas anteriores, son miembros principales los cuatro primeros y actúa como suplente y en remplazo del segundo renglón, el señor Carlos Enrique Muñoz Naranjo, conformando de esta manera el quórum para deliberar y decidir en la Junta Directiva.
- 3.5. En la misma propuesta presentada por el Proponente, a folio 202 y 203, la sociedad Estyma aporta el Anexo 6 de Beneficiario Real y Origen de los Recursos, señalando bajo la **gravedad de juramento**, entre otros puntos no menos relevantes y que desarrollaremos más adelante, el parentesco entre los diferentes accionistas de dicha sociedad anónima (que como se puede

corroborar, varios resultan ser miembros de la Junta Directiva de dicha sociedad). Lo anterior permite observar que tres (3) de los cinco (5) miembros de la Junta Directiva que reposa en acta No 283 del 31 de marzo de 2014, esto es los señores **Juan Pablo Ángel Pérez, German Alberto Ángel Toro y Carlos Eduardo Ángel Toro**, son familia dentro del tercer grado de consanguinidad y adicionalmente comprenden la mayoría en la Junta Directiva como se observa en el siguiente diagrama:

(...)

- 3.6. Así mismo en dicho Anexo 6, se observa que existen 3 grupos familiares diferentes, que son el grupo Ángel Pérez, Ángel Machado y Solano Estrada, derivándose de cada uno lo que podría considerarse un representante con capacidad decisoria en la sociedad Estyma.
- 3.7. Respecto de lo anterior, la entidad debe tener en especial consideración que el Artículo 435 del Código de Comercio establece que:

*"No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, **excepto en las sociedades reconocidas como de familia.** Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección.*

***Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo.**' (Negrillas y subrayas fuera de texto original)*

- 3.8. Al respecto la Superintendencia de Sociedades a través de diferentes conceptos ha señalado que «las sociedades de familia están reconocidas expresamente en la legislación mercantil (...) *sin embargo, aunque contamos con dicha referencia — artículo 102y 435 C. Cío — no existe en la legislación mercantil una definición legal alguna, ni aun por vía doctrinaria, máxime cuando estas sociedades son consideradas como una modalidad sin otra regulación diferente que las disposiciones generales y especiales previstas en el Código mercantil para cada uno de los tipos societarios.*»
- 3.9. Es así como para la figura de "sociedad de familia", sí existe un reconocimiento legal, que se desprende de la interpretación del artículo 102 del Código de Comercio, que a su tenor literal señala:

*"Artículo 102. [Validez de Sociedades Familiares-Apode de Bienes]. Será válida la sociedad **entre padres e hijos o entre cónyuges** aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras **personas.**" (Negrillas y subrayas fuera de texto original)*

- 3.10. Lo anterior permite concluir que todas las sociedades mercantiles pueden estar constituidas por cualquier clase de personas, aun cuando estas personas sean familiares. Sin embargo, de la lectura del mismo artículo 102 anterior, es preciso resaltar que la misma legislación mercantil considera como familia para este tipo de sociedades, a las siguientes personas:
 - Cónyuges o Compañeros Permanentes.
 - Padres e hijos.
- 3.11. Es así como en tratándose de sociedades de familia se puede conformar una junta directiva sin importar que todos los miembros de la junta tengan relación de consanguinidad. Ahora, por disposición del artículo 435 del Código de Comercio antes transcrito, es posible que una junta directiva esté conformada por familiares siempre y cuando se trate de una sociedad de familia.
- 3.12. Sobre este tema la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 220-038746 junio 9 de 2008, expuso la siguiente tesis.

"La última norma trascrita esto es, el artículo 435 es de carácter imperativo y de aplicación restrictiva por contener una prohibición, se refiere a la junta directiva como órgano social y **de por otra parte consagra una excepción que opera únicamente cuando se trate de sociedades de familia.**

En relación con el concepto de sociedades de familia, la Superintendencia de Sociedades, por vía de la analogía y con base en una desaparecida disposición tributaria, el artículo 60 del Decreto reglamentario 187 de 1975, acogió los requisitos previstos en la norma con el fin de lograr una definición de sociedades de familia, con fundamento en dos presupuestos a saber:

- "a. **La existencia de control económico, financiero o administrativo:**
- b. **Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil**"

Así las cosas y ante la ausencia de norma expresa o de fuente alterna que permita establecer características específicas de la sociedad de familia, es indispensable recurrir a la preceptiva del artículo 102 anteriormente citado, para establecer **que es aquella que está integrada por el padre, la madre y los hijos, siempre y cuando dicha participación sea constitutiva de una mayoría decisoria que se refleje,** para fraseando el desaparecido artículo 6 del citado Decreto 187, **en la existencia de un control económico, financiero o administrativo del ente económico**"(Subrayado fuera de texto).

Respecto de las mayorías en las juntas directivas, se tiene que, no obstante que la ley determina el quórum deliberativo y decisorio para dicho órgano, el legislador, de manera nítida e inequívoca, **consagra que éste deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros** salvo que se estipulare un quórum superior (Artículo 437 del Código de Comercio).

En consecuencia solamente habrá trasgresión del artículo 435 citado, **si al interior de la junta directiva hay una mayoría cualquiera decisoria, legal o estatutaria, formada por las personas con las calidades a que allí mismo se alude y la sociedad no ostente la calidad de sociedad de familia conforme lo expuesto en el párrafo anterior.**

Para concluir y responder a la primera pregunta

Es posible que dos hermanos actúen como miembros principales de una junta directiva, siempre y cuando la sociedad corresponda a una sociedad de familia,

En las compañías que NO tenga la calidad de sociedad de familia, los dos hermanos pueden actuar como miembros principales de la junta directiva, siempre y cuando no conformen cualquier mayoría. (Negritas y subrayas fuera de texto original)

- 3.13. De acuerdo con lo antes expuesto, y teniendo en cuenta que la legislación Colombiana no define el concepto de sociedad de familia, es claro que, como lo ha determinado la Superintendencia de Sociedades, para que se pueda tener una sociedad como de familia debe: (i) existir entre dos o más socios con un parentesco entre sí por matrimonio o **hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil**, y; (ii) que aquellos que son familia y socios, tengan el control económico, financiero o administrativo.
- 3.14. Adicionalmente, la misma Superintendencia de Sociedades mediante un estudio realizado por el Dr. RODOLFO DANIES LACOUTURE en calidad de Superintendente de Sociedades, realizó un análisis sobre la cantidad de sociedades de familia que existían para el año 2005 en Colombia y afirmó en dicho documento que las sociedades de familia eran aquellas en donde más del 50% del capital pertenecía a una misma familia⁴. De acuerdo con lo anterior y en

atención a la propuesta objeto de análisis, a ninguno de los grupos familiares⁵ que conforman la sociedad Estyma, le pertenece más del 50% del capital y de igual manera ninguno de estos grupos tiene el control económico, financiero o administrativo.

- 3.15. En este orden de ideas y ratificando lo señalado en el numeral anterior, la sociedad Estyma a folio 202 y 203 señaló bajo juramento que la Capacidad Decisoria se encuentra en cabeza de 4 personas que no hacen parte de un mismo grupo familiar. Es decir, el control de la sociedad no se encuentra en cabeza de un mismo grupo familiar —entendiéndose como grupo familiar los miembros que señala el artículo 102 del Código de Comercio— como lo ha señalado la misma Superintendencia de Sociedades; y adicionalmente, declaran, también bajo juramento, que no existe una situación de control por parte de uno cualquiera de estos grupos familiares, razones sustanciales de peso que dejan ver con total claridad que la sociedad Estyma NO es una Sociedad de Familia por cuanto no existe el control económico, administrativo o financiero en cabeza de un mismo grupo familiar.
- 3.16. Al respecto la ley 222 de 1995 señala en el parágrafo del artículo 27, que las presunciones del control se tendrán cuando el control sea ejercido por una o varias personas, siempre y cuando éstas tengan más del 50% del capital:

"Artículo 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN.

El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*
- 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2- *Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.*

- 3.17. Al respecto la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-052745 del 01 de Mayo de 2011 señaló:

*"Con respecto al alcance del parágrafo del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, debe señalarse **que extiende a las personas naturales y jurídicas de naturaleza no societaria la aplicación del control y en tal virtud, está hacienda extensiva cara todos los efectos legales a dichas personas el régimen de situaciones de control y de grupos empresariales, concebido inicialmente cara los casos del control ejercido por sociedades.***

*En efecto, en legislación anterior a la Ley 222 de 1995 sólo se reconocía el control ejercido por una sociedad. Sin embargo, **actualmente el control puede ser ejercido por cualquier clase de personas, sean naturales o jurídicas,** aunque en la misma ley 222 de 1995 existan normas tales como el artículo 30 y el parágrafo del artículo 146 que hacen referencia a la sociedad*

controlante, normas que deben interpretarse en el entendido que las matrices en general adoptan esa forma jurídica"

3.18. De acuerdo con lo anterior, la sociedad Estyma no ostenta los dos supuestos que ha definido la Superintendencia de Sociedades para calificar a una sociedad como "sociedad de familia", toda vez que:

- (I) No se tiene por un mismo grupo familiar más del 50% del capital, es decir aquel que lo comprenda dos o más socios con un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado o único civil o unidos entre sí matrimonialmente, y
- (II) No se ejerce entre los socios así relacionados, el control económico, financiero o administrativo de la sociedad.

3.19. Prueba de la inexistencia de los dos presupuestos que actualmente son los aceptados por el ordenamiento jurídico Colombiano, es la declaración realizada bajo la GRAVEDAD DE JURAMENTO por el representante legal de Estyma Estudios y Manejos SA., a folios 202 y 203 de la propuesta presentada por el Proponente No. 2 INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR, en el cual indica:

- (i) **Toma de Decisiones Fragmentada:** Se refiere a la capacidad decisoria en cabeza

de varios grupos familiares independientes entre sí.

Capacidad decisoria

- ANGEL TORO GUILLERMO LEON CC. 8.2f1572
- ANGEL TORO GERMAN ALBERTO CC. 70.096,570
- SOLANO BERRÍO CESAR AUGUSTO CC. 8.860.383
- ANGEL TORO CARLOS EDUARDO CC. 71.611.843

- (ii) **Inexistencia de Situación de Control:** se refiere a la falta de control, entendida ésta como la ocurrencia de cualquiera de los supuestos señalados en el artículo 261 del Código de Comercio.

Situación de control

No aplica

Adicionalmente y como soporte a lo anterior, la sociedad Estyma no realizó registro alguno de situación de control en los términos señalados en el numeral 3.17 del presente documento.

3.20. De esta manera y al no tratarse de una sociedad de familia, no aplica la excepción a que hace referencia el artículo 435 del Código de Comercio, toda vez que la mayoría de la junta directiva de dicha sociedad la están conformando tres personas que se encuentran ligadas entre sí por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, como son los señores German Alberto Ángel Toro y Carlos Eduardo Ángel Toro en calidad de hermanos, y el señor Juan Pablo Ángel Pérez en calidad de sobrino de éstos, conformando entre sí un parentesco de tercer grado de consanguinidad como se observó en el diagrama expuesto en el numeral 3.5.

3.21. De acuerdo con lo anterior, las decisiones adoptadas por una junta directiva con una mayoría decisoria compuesta por personas con parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, son ineficaces, y por ende no tienen ningún tipo de efecto jurídico. Situación que sucedió en la decisión tomada a través de la Junta Directiva que reposa en acta No. 283 del 31 de marzo

de 2014 (folio 48 de la propuesta) de Estyma. Por ende, el representante legal de la sociedad Estyma no tiene autorización jurídicamente eficaz y por lo tanto carece de facultades para comprometer a la sociedad y participar en el proceso de licitación pública VJ-VE-LP-LP-Q01 - 2013.

- 3.22. Debe tenerse en cuenta que la decisión de la Junta Directiva no está viciada en cuanto a su validez — que debe ser declarada judicialmente-, sino en cuanto a su eficacia jurídica. Lo anterior en la medida que la ineficacia opera de pleno derecho y no requiere declaración de funcionario o autoridad judicial alguna, por lo cual la presunción de validez no opera en este evento, ya que no se está discutiendo la validez de la autorización, sino la eficacia jurídica, conceptos totalmente diferentes.
- 3.23. De acuerdo con lo anterior, la capacidad jurídica del Proponente debe calificarse como no cumplida y por lo tanto declararse la propuesta del mismo como NO HABIL.

Por lo anterior le solicitamos a la Entidad, calificar como NO HABIL jurídicamente al Proponente No 2 INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR, y por lo tanto no es apto para que le sea evaluada la oferta técnica y económica.

De acuerdo con los argumentos de derecho presentados en el presente documento a la ANI sobre la oferta del Proponente INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR y en aras de mantener la transparencia y claridad con la que ha actuado la Entidad y bajo las políticas de su Presidente demostradas durante el proceso, solicitamos a favor del presente proceso licitatorio se RECHACE la propuesta presentada por INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR dados los fundamentos anteriormente expuestos”.

- **CONTRA OBSERVACIÓN: INEFICACIA DE LA AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA - Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar**

Enuncia la Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar en su escrito de contraobservaciones.

“En lo relacionado al punto 3, expone el Observante la *“ineficacia de la autorización de la junta directiva”* de la sociedad ESTYMA S.A., integrante del proponente INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR, al respecto nos permitimos tachar dicha observación con base en la siguiente fundamentación:

Estyma S.A. si es una sociedad de familia, por lo cual la sanción prevista en el artículo 435 del Código de Comercio no es aplicable a las decisiones de su Junta Directiva.

El observante impugna la composición de la junta directiva de la sociedad ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A., y asegura que con ella, se está contraviniendo la prohibición contenida en el Artículo 435 del Código de Comercio, por lo que asegura que la autorización dada al representante legal de esa sociedad para participar en este proceso es ineficaz. Todo esto lo concluye, al hacer una interpretación errada y amañada de un concepto de la Superintendencia de Sociedades, y al dejar de lado las normas colombianas aplicables a la materia, e incluso evita remitirse a otros conceptos posteriores al que cita en su escrito, donde la misma Superintendencia de Sociedades precisa su entendimiento sobre el concepto de Empresa Familiar, que jamás fue el expresado por el objetante.

En efecto, el objetante cita de manera "acomodada" el artículo 102 del Código de Comercio, haciendo una interpretación restrictiva, a fin de adecuar su argumentación a la aplicación que pretende darle. Reza así el artículo mencionado

"Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán apodar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas”.

Es importante manifestar que desde la Comisión Redactora del decreto Ley que constituye el Código de Comercio se explicó la naturaleza de esta norma y se quería expresamente definir que se exceptuaba la legislación civil que prohibía expresamente contratos entre padres e hijos menores y compraventas entre cónyuges. Para efectos comerciales y, en especial para la constitución de sociedades, dichos actos si se autorizaban y entonces se entendían válidos. Ese es el origen de dicha disposición y se refiere a la validez societaria entre padres e hijos, entre cónyuges entre sí o con terceros.

El Observante malinterpreta la Ley al indicar que al tenor del artículo citado, se puede determinar que sólo es sociedad de familia aquella conformada por:

- Cónyuges o compañeros permanentes; y
- Padres e hijos.

El concepto de "sociedad de familia" como bien lo expresa el observante, no está definido en el Código de Comercio, a pesar de que el mencionado Estatuto hace referencia expresa a este tipo de sociedades en otra disposición especial.

El artículo 435 del Código de Comercio, por ejemplo, señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 435. PROHIBICIÓN EN LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE MAJORIAS CONFORMADAS POR PERSONAS POR PARENTESCO-EXCEPCIONES. No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección.

Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo."

(Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, el artículo 102 se refiere exclusivamente a la validez de los actos jurídicos societarios entre las personas que allí se mencionan y que por tradición legislativa civil se les impedía. El artículo 435 trae ya una prohibición de composición de juntas directivas en sociedades reconocidas como de familia. N razón de que el legislador no explicó qué se entiende por sociedad de familia, forzoso es acudir a las fuentes del derecho y en especial a las mismas que remite el Código de Comercio.

Para darle contenido a este vacío conceptual legal, la Superintendencia de Sociedades ha aplicado por analogía el artículo 60 de la Ley 187 de 1995, una norma tributaria según la cual *"Se considera de familia la sociedad que esté **controlada económica, financiera o administrativamente** por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil."* (negritas y subrayas fuera del texto)

Ciertamente en su Oficio 220-16368 del 21 de marzo de 1997, la mencionada Superintendencia aseguró que:

*"...derogada expresamente la regulación de sociedades anónimas de familia y no habiendo tenido ésta consagración legal dentro de la actual legislación mercantil, **se hace necesario acudir respaldados en el principio de analogía, a lo consagrado en la legislación tributaria, en donde el Decreto reglamentario 187 de 1975 en su artículo 6 determina el carácter familiar de una sociedad con base en los siguientes requisitos:***

a) *La existencia de un **control económico, financiero o administrativo:***

b) *Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o **parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.*** (Negritas y subrayas fuera del texto)

Pues bien, un estudio juicioso de la estructura societaria de Estyma SA. lleva a la conclusión de que el control administrativo y financiero de la misma es ejercido por personas ligadas entre sí por parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, y en consecuencia, se trata de una sociedad de familia, a la cual no le es aplicable la limitación contenida en el artículo 435 del Código de Comercio.

Es así como el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, señala que, en las Sociedades Anónimas, se consideran administradores "... el representante legal, el liquidador, el factor, Los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones".

Según el certificado de existencia y representación legal que se adjuntó a la propuesta, el representante legal principal de esta sociedad es el señor **Germán Alberto Ángel Toro**, y el primer suplente es su hermano, el señor **Carlos Eduardo Ángel Toro**. Siendo hermanos, no cabe duda de que el representante legal de Estyma SA. y su primer suplente tienen vínculo de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad. Tampoco puede negarse que el cargo de representante legal es el principal órgano de administración de Estyma SA., y al cual se le encarga el manejo financiero y administrativo de la sociedad, 'tal como se deriva de la lectura de las funciones asignadas estatutariamente a quien desempeñe este cargo las cuales constan en el certificado de existencia y representación adjunto.

Ahora bien, como si lo anterior no fuera suficiente, los hermanos Ángel Toro también ejercen control directo e indirecto sobre el órgano de administración adicional de la sociedad, esto es, la junta directiva.

En efecto los señores **Germán Alberto y Carlos Eduardo Ángel Toro** eran para el momento de la autorización en mención, miembros principales de la junta directiva de Estyma SA., la cual se compone de un total de 5 miembros principales, al igual que el señor Juan Pablo Ángel Pérez, hijo de Guillermo León Ángel Toro, accionista de la sociedad.

Adicionalmente, en concepto reciente emanado de la Superintendencia de Sociedades, se confirma que las sociedades anónimas son "sociedades de familia" cuando sus juntas directivas y órganos de representación están conformados por miembros de un mismo grupo familiar. Así, mediante pronunciamiento del 11 de Julio de 2013, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, José Miguel Mendoza, señaló que:

"...el Despacho pudo constatar que Fernando Rojas Rivadeneira detenta también la calidad de representante legal principal del Colegio Gimnasio Vermont Medellín SA. , desde el 4 de agosto de 2008 (vid. Folio 13). Así mismo, Olga Lucía Amar de Rojas y Patricia Rojas de Lozano ocupan los cargos de suplentes del representante legal desde el 21 de junio de 2012 (id.). Así mismo, la junta directiva de la compañía se encuentra actualmente con formada por Fernando Rojas Rivadeneira, Olga Lucía Amar de Rojas y Patricia Rojas de Lozano, todos ellos miembros de la familia Rojas, así como por Gabriel Jaime Calle Guerra y Javier Arias García.

Por virtud de lo anterior, el Despacho advierte que la familia Rojas no sólo cuenta con la mayoría accionaria en el capital de Colegio Gimnasio Vermont Medellín SA., sino que también ejerce un control directo sobre la junta directiva y la representación legal de la sociedad. Es decir que la familia Rojas controla la totalidad de los órganos internos de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S. A. Lo anterior es suficiente para que se considere a Colegio Gimnasio Vermont Medellín SA. como una sociedad de familia, para los efectos de la excepción contemplada en artículo 435 del Código de Comercio. Debe anotarse además, que esta conclusión no pierde sustento por el simple hecho de que la sociedad demandada cuenta con accionistas y directores ajenos al núcleo familiar de Fernando Rojas Rivadeneira. Ello se debe a que esta circunstancia no afecta la potestad de la familia Rojas para administrar la compañía a y determinar sus políticas internas desde el seno de los diferentes órganos sociales." (Subraya fuera de texto).

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que los hermanos Germán Alberto, Carlos Eduardo y Guillermo León Ángel Toro, junto con sus respectivos cónyuges e hijos, conforman un bloque económico que controla el 67,6% de las acciones ordinarias de la sociedad ESTYMA SA.

Adjunto una certificación de composición accionaria de Estyma SA., suscrita por el revisor fiscal de la compañía, en la cual consta lo anterior.

En conclusión, la sociedad Estudios y Manejos SA.- ESTYMA SA. es una sociedad de familia, de conformidad con el decreto 187 de 1975, que es la norma que por analogía cita la misma Superintendencia, sociedad a la cual no se le puede aplicar la sanción contenida en el artículo 435 del Código de Comercio, y en consecuencia, su junta directiva puede conformarse y adoptar decisiones, con una mayoría compuesta en las condiciones que establece el precitado artículo.

La Superintendencia de Sociedades ha sido clara al manifestar en repetidas ocasiones que:

- Oficio No. 220-16368 del 21 de marzo de 1997: En este orden de ideas, para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre, hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante e hijo adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo.
- Oficio 220-15612 del 22 de marzo de 2007: "Entiende la Superintendencia de Sociedades que si bien no existe ningún concepto legal mercantil de que es sociedad de familia, debe acudirse a la analogía, por lo que la doctrina de dicha entidad para definir tal concepto se centra en el artículo 6 del Decreto 187 de 1975 del cual se desprende que sociedad de familia es aquella en la que concurren las siguientes causales: i) existencia de un control económico financiero o administrativo ; ii) que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil"

No obstante, en sus análisis más recientes, frente a las sociedades de familia, la Superintendencia de Sociedades ha sostenido en forma clara y amplia mediante Oficio 220-1 22605 del 3 de diciembre de 2008, lo siguiente:

(...) debe precisarse que de acuerdo con la legislación mercantil, no existe un tipo de sociedad que la ley catalogue como de familia, así lo confirma el concepto transcrito en el libro sobre Sociedades de Familia en Colombia, publicado en la Superintendencia de Sociedades año 2001, páginas 17 y siguientes, en cuanto que las sociedades de familia se encontraban consagradas en el artículo 30 de la Ley 58 de 1931, como "aquellas que se formen con mayoría de miembros de una misma familia"; posteriormente el Decreto reglamentario 2521 de 1950 en su artículo 283 estableció como requisito para esta clase de sociedades, "que se hayan constituido por mayoría de personas vinculadas entre sí por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado de consanguinidad, o de afinidad dentro del segundo grado".

Agrega la Superintendencia en la referida publicación "Estas normas fueron derogadas por el Decreto 410 de 1971, que regulo íntegramente la materia de sociedades anónimas, sin incluir reglamentación al respecto que permita concluir sobre la existencia autónoma e independiente de este tipo de compañías, ya que no se regló sobre conformación requisitos o reconocimientos de éstas. Al respecto esta entidad ha manifestado en sus oficios SL-19438 del 5 de octubre de 1989 y 220-14246 del 24 de Julio de 1994: "En este orden de ideas... derogada expresamente la regulación de sociedades anónimas de familia y no habiendo tenido ésa consagración legal l dentro de la actual legislación mercantil se hace necesario acudir respaldados en el principio de la analogía, a lo consagrado en la legislación tributaria, en donde el Decreto reglamentario 187 de 1975 en su artículo 6 determina el carácter familiar de una sociedad con base en los siguientes requisitos:

- a) la existencia de un control económico financiero o administrativo.
- b) Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

Los parámetros señalados en el Decreto 187 mencionado indudablemente están acordes con el concepto restringido de familia que se desprende de algunas disposiciones legales: tal es el artículo 874 del Código Civil como de los artículos 1 y 4 de la Ley 70 de 1971 y que doctrinariamente ha sido acogido como una agrupación de personas formadas por el padre, la madre y los hijos.

En consecuencia para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado madre, madre o hijos y hermanos) o único civil madre o madre adoptante o hijo adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente siempre y cuando los otros socios así relacionados ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo (oficio 220-16368 del 21 de marzo de 1971).

*Esta definición de sociedad de familia, de acuerdo al ordenamiento jurídico actual es la aplicable para efectos del artículo 435 del Estatuto Mercantil, resulta inadecuada a la hora de realizar un estudio sobre la realidad de este tipo de organizaciones. **En efecto, las sociedades de familia independientemente del tipo societario (colectivas, en comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, etc.** En particular en las sociedades de segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan vinculados miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada, sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad.*

De las precisiones que anteceden se puede concluir lo siguiente: una sociedad conformada por personas de una misma familia, mal puede contravenir la prohibición del artículo 435 del Código de Comercio, al conformar la junta directiva con la participación de sus socios, cuando éstos a su vez sean parte de la misma familia. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Ahora, frente a los argumentos expuestos por el proponente observante reiteramos que el Artículo 102 del Código de Comercio, en ningún caso pretende definir lo que se entenderá por Empresa Familiar, su objetivo real es evitar que por una interpretación errada de la nulidad que sanciona los negocios entre padres e hijos y cónyuges, se dejen de constituir sociedades entre familiares.

Asimismo, evidenciamos que, el oficio 220-038746 de junio 9 de 2008, en el que basa sus argumentaciones el observante, **anticipa lo expresado en el oficio 220-122805 del 3 de diciembre de 2008** (transcrito arriba) **por la Superintendencia de Sociedades al hacer extensivo el concepto de familia en el sentido amplio contenido en el código civil a las sociedades de familia.**

Habría que decir además que la Constitución Política de 1991, en diversas normas regula el tema de la familia y precisamente, en su artículo 42 la define así: *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"*. Con base en la misma Constitución habría aún una definición mucho más amplia que aún no ha encontrado su desarrollo legislativo y tampoco ha sido objeto de interpretación por la misma Superintendencia de Sociedades; sin embargo, no podemos desconocer que es la norma fundante y determinante del sistema jurídico.

Es así entonces que encontramos, que de acuerdo con las normas antes citadas y de acuerdo con la práctica comercial que se desarrolla en nuestro país, la SOCIEDAD ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. es una sociedad de familia, tal como se ha informado a la superintendencia de sociedades y que consta en [a última actualización de fecha 5 de mayo de 2014 del informe de Prácticas Empresariales. Para los efectos se adjunta:

1. Constancia de la actualización de esta información.
2. La imagen que arroja la página de la entidad donde se evidencia como se diligenció la información para estos efectos desde el 31 de diciembre de 2013.

De la fundamentación expuesta se concluye que para la Superintendencia de Sociedades, sociedad de familia, **en sentido restrictivo**, es aquella en la que concurren los siguientes supuestos:

1. Existencia de parentesco entre dos o más socios hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil, o que se encuentren unidos por matrimonio o ser compañeros permanentes.
2. Que dichos asociados, en conjunto, ejerzan un control administrativo, financiero o económico.

En primer lugar se evidencia claramente, que tres de los socios son hermanos, esto es, se encuentran relacionados entre sí en el segundo grado de consanguinidad, estos son: Germán, Guillermo y Carlos Ángel Toro; son accionistas también, los cónyuges de Germán y Guillermo Ángel Toro, adicionalmente, tienen participación societaria, los hijos de Germán Ángel y su cónyuge, quienes se relacionan entre sí por el primer grado de consanguinidad, así como los hijos de Guillermo Ángel y su cónyuge quienes ostentan entre si el primer grado de consanguinidad. Los socios relacionados en este párrafo ostentan el 67.6% de las acciones de ESTYMA SA.

En segundo lugar y como ya se expresó, el control administrativo y financiero que ejerce en conjunto el grupo familiar se evidencia en los entes administrativos de la sociedad, toda vez que los hermanos Germán y Carlos Ángel Toro ejercen la representación legal de la misma, como consta en el certificado de existencia y representación legal con las respectivas funciones del cargo, de las que se colige dicho control. Adicionalmente, y como bien lo manifiesta el observante, hacen parte de la Junta Directiva, segundo órgano de administración de la sociedad, los hermanos Germán y Carlos Ángel Toro; Juan Pablo Ángel Pérez, hijo de Guillermo Angel y; Camilo y Esteban Ángel Machado, hijos de German Angel.

Ha definido la Superintendencia de Sociedades a forma de ejercer control sobre la sociedad, así:

"En este orden de ideas, para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre, hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante o hijo adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados, ejerzan sobre la sociedad yn control económico, financiero o administrativo.

*El control económico de la sociedad existe en la medida en que **uno o vados socios hayan hecho acortes de tal significación. que representan por lo general un interés de tipo mayoritario.***

El control administrativo radica en la posibilidad de elegir o lograr que sean elegidos quienes estatutariamente han de ejercer directamente las funciones de tal carácter en la compañía obviamente con estricta sujeción a las normas legales y cláusulas contractuales que rigen la materia...." (Oficio 220-1 4246 del 26 de Julio de 1994).

Como se observa al analizar la composición accionaria y la composición de los órganos de administración de la sociedad, existe tanto un control administrativo como económico ejercido de manera conjunta por el grupo familiar Ángel Toro y sus respectivos cónyuges e hijos.

Y finalmente, en cuanto al argumento de que ESTYMA manifestó expresamente no estar en situación de control, simplemente basta mencionar que el formulario aludido reclama "indicar plenamente Las sociedades matrices y sus subordinadas", por esta razón entonces, el representante legal para esa indicación en particular expresa bajo la gravedad de juramento que "no aplica", puesto que Estyma S.A no hace parte de ningún grupo económico donde sea matriz o subordinada de otras sociedades. Por tanto, no tiene razón el observante.

En razón de lo anterior, solicitamos a la Entidad, que en virtud de la calidad de la sociedad ESTYMA S.A. de "sociedad de familia" de conformidad con la normatividad vigente, La tesis de [a Superintendencia de Sociedades y los argumentos expuestos se mantenga la calificación de nuestra oferta como HÁBIL".

- **OBSERVACIÓN - INEFICACIA DE LA AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA - RESPUESTA DE LA AGENCIA.**

Respecto de la autorización expedida por la Junta Directiva de la sociedad ESTYMA S.A., para participar en el presente proceso licitatorio, conviene precisar lo siguiente.

El artículo 435 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

“No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección.

Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contravinieren lo dispuesto en este artículo”.

Por su parte, el artículo 897 del mismo Código, establece:

“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

Conforme con los documentos suministrados por el proponente Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia (o Infraestructura Vial Puerto Salgar) en la propuesta, la Junta Directiva de la empresa Estyma Estudios y Manejos Sociedad Anónima está integrada por cinco principales y cinco suplentes, así:

Principales

Juan Pablo Ángel Pérez
Claudia Rocío Penagos Barajas
Germán Alberto Ángel Toro
César Augusto Solano Berrío
Carlos Eduardo Ángel Toro

Suplentes

Camilo Ángel Machado
Carlos Enrique Muñoz Naranjo
Esteban Ángel Machado
Juan Camilo Solano Estrada
Juan Diego López Pérez

Sin embargo, el certificado de existencia y representación de la sociedad no da cuenta del eventual parentesco que pueda existir entre los integrantes de la Junta Directiva de la empresa.

Igualmente se aportó el Acta No. 238 de la Junta Directiva, mediante la cual se otorga la autorización al representante legal de Estyma S.A. para presentar ofertas en ocho procesos de contratación, dentro de los cuales se encuentra la Licitación que nos ocupa.

En dicha acta se señala que estaban presentes los siguientes miembros de la Junta Directiva:

Principales

Juan Pablo Ángel Pérez
Germán Alberto Ángel Toro
César Augusto Solano Berrío
Carlos Eduardo Ángel Toro

Suplentes

Carlos Enrique Muñoz Naranjo
Juan Camilo Solano Estrada

De esta manera, se encuentra que la decisión de autorizar *“...al representante legal para presentar oferta en cada uno de [los proyectos analizados en la reunión] y además para firmar todos los documentos que se requiera dentro del proceso de selección, definir la cuantía y cualquier forma de asociación bajo el cual se requiera para participar con otras sociedades, suscribir pólizas y realizar todas las actividades necesarias para la formalización, ejecución y liquidación del contrato en caso de resultar adjudicatarios”*, fue adoptada por cinco votos a favor, tres de los cuales correspondían a Juan Pablo Ángel Pérez, Germán Alberto Ángel Toro y Carlos Eduardo Ángel Toro. Sin embargo, tampoco resulta evidente, *per se*, la relación de parentesco que pueda existir

entre Juan Pablo Ángel Pérez, Germán Alberto Ángel Toro y Carlos Eduardo Ángel Toro.

Al respecto debe resaltarse que, para aplicar la sanción de ineficacia prevista en la norma objeto de estudio, es necesario que se encuentre demostrado el supuesto contenido en la misma, esto es el parentesco de las personas que tomaron la decisión, el cual no se presume. Así por ejemplo, las Cámaras de Comercio no se abstendrán de inscribir decisiones adoptadas por una junta directiva, por el hecho de que los apellidos de quienes adoptan la decisión sean coincidentes, en tanto no cuentan con elementos para conocer, con certeza el parentesco de esas personas.

Lo propio ocurre en el presente caso con el documento de beneficiarios reales correspondiente a Estyma Estudios y Manejos S.A. En este documento se mencionan como beneficiarios reales Juan Pablo Ángel Pérez, Germán Alberto Ángel Toro y Carlos Eduardo Ángel Toro, personas que tienen apellidos concurrentes.

De los documentos aportados con la propuesta no es viable concluir con certeza que exista relación de parentesco en la forma enunciada en la observación formulada, es decir, que Germán Alberto Ángel Toro y Carlos Eduardo Ángel Toro sean hermanos y que Juan Pablo Ángel Pérez sea sobrino de las dos personas mencionadas, como lo expone el observante. En tal sentido, durante el proceso de evaluación, se verificó la validez del Acta No. 238 de Estyma S.A., en la medida en que no se determinó que existiera un parentesco entre los miembros de la Junta Directiva Juan Pablo Ángel Pérez, Germán Alberto Ángel Toro y Carlos Eduardo Ángel Toro, lo cual permitió a la Agencia concluir que no estaban dados los supuestos para declarar la ineficacia del acta No. 238, de la Junta Directiva de Estyma S.A..

No obstante, ante el cuestionamiento formulado por el Apoderado Común de la Estructura Plural integrada por Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco S.A.-Sucursal Colombia, correspondía a la entidad requerir al proponente Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar, para aclarar las dudas surgidas en torno al parentesco entre los miembros de la junta directiva de la sociedad Estyma S.A., para establecer si procedía la consecuencia jurídica prevista en el artículo 435 del Código de Comercio.

Igualmente, dado que la norma en mención contempla una excepción al evento jurídico allí previsto, también sería oportuno requerir al proponente para aclarar si la citada sociedad Estyma S.A., estaba incurso en la situación de excepción contemplada en la norma, esto es, si era una sociedad de familia.

Lo anterior en aplicación de lo previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en el artículo 12.1 de la Ley 1508 de 2012, que dispone:

“La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.” (Subrayado fuera del texto).

Sobre este aspecto se ha pronunciado de manera reiterada el Consejo de Estado, destacándose el pronunciamiento contenido en la sentencia del 26 de febrero de 2011 (25.804), con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, donde señaló:

*“De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades **estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas.** Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., **la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”**, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.*

De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los

proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley”. (Resaltado fuera de texto)

Antes de que la entidad procediera a formular los requerimientos pertinentes, el proponente Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar, en ejercicio del derecho de réplica, aportó unos documentos donde aclara la relación de parentesco entre algunos miembros de la Junta Directiva y entre algunos socios de la sociedad Estyma S.A.

En virtud a que, conforme a la jurisprudencia previamente citada del Consejo de Estado, la posibilidad de aclarar una oferta constituye un derecho del proponente, la Entidad procede a analizar la situación con base en los fundamentos expuestos por el proponente que formula la observación, los argumentos expuestos por el representante del proponente Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar y los documentos aportados por éste.

Respecto de las disposiciones del artículo 435 del Código de Comercio, cabe mencionar que ella tiene por objeto proteger a las minorías existentes al interior de las sociedades anónimas por lo cual, en principio son los integrantes “minoritarios” de las reuniones de las juntas directivas los llamados a tachar las decisiones tomadas en contravía de lo dispuesto por el artículo 435 citado.

La propia doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha enfatizado: (a) que no por el hecho de estar conformada la junta directiva por miembros de una misma familia sus decisiones son ineficaces, pues lo importante es determinar la mayoría que se conformó para adoptar las decisiones en particular y (b) que, en caso de darse una mayoría contrariando lo establecido en el artículo 435 del Código de Comercio, una junta directiva posterior bien puede convalidar las decisiones tomadas con anterioridad. (Superintendencia de Sociedades. Oficio 2205034890 del 25 de mayo de 2012).

Con relación a la interpretación y alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 435 del Código de Comercio, se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades, en diversas oportunidades.

En el Oficio 2205042009 del 21 de marzo de 2011, se pronunció en los siguientes términos:

*"El artículo 435 del Código de Comercio, es claro al señalar que no puede haber juntas directivas con una **mayoría cualquiera** formada por personas ligadas entre sí por matrimonio (es lo que aquí se cuestiona), o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, salvo que se trate de sociedades de familia. Agrega que de elegirse una junta en contraposición a lo señalado por la norma, simplemente no podrá en esas condiciones actuar, por lo que continuará en sus funciones la junta directiva anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para que haga una nueva elección, con sujeción a las normas legales, y las decisiones adoptadas con el voto de una mayoría así conformada carecen de eficacia.*

Haciendo una interpretación integral de la norma en comento, se encuentra que los términos “mayoría cualquiera”, utilizados por el legislador, se refiere es a la necesaria para la toma de decisiones y no al número de miembros que la conforman. Dicho en otros términos, y siguiendo al profesor Gabino Pinzón¹ “... si se tiene en cuenta que las sanciones son de estricta interpretación, puede sostenerse que si una decisión no es adoptada con el voto de una mayoría opuesta a lo previsto en el artículo 435, produce válidamente sus efectos, puesto que entonces no opera la mayoría que trata de evitarse con la prohibición mencionada...”

*Por tanto, reunida la junta directiva, y contando con la mayoría suficiente para deliberar y decidir, las determinaciones que se tomen no pueden contar con el voto de una mayoría que esté conformada por personas ligadas entre sí, y señaladas expresamente por el artículo 435 precitado, so pena de ineficacia; lo que no implica que el solo hecho de, participar en su integración las personas que se encuentren ligadas entre sí por ese grado de parentesco, constituya violación a la ley, pues se repite, lo que está prohibida y sancionada es **la conformación de mayorías con aptitud para decidir.**”*

Tal como se señaló previamente, el representante de la Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar, se

pronunció respecto de las observaciones formuladas por el proponente Estructura Plural integrada por Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco S.A.-Sucursal Colombia, exponiendo su punto de vista y aportando unos documentos, argumentado que la sociedad Estyma S.A. es una sociedad de familia, y que por tanto, procede la excepción contemplada en el mismo artículo 435 del Código de Comercio.

Conforme a la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, para establecer si una sociedad es de familia o no, resulta pertinente acudir por analogía a las disposiciones del artículo 6° del Decreto 187 de 1975, que establece:

“Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad.”

Según la información y documentos suministrados por el Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar, la Entidad concluye que existe parentesco entre los señores Germán Alberto Ángel Toro, Carlos Eduardo Ángel Toro y Juan Pablo Ángel Pérez, quienes hacen parte de la Junta Directiva que expidió la autorización al representante legal de la sociedad Estyma S.A. para participar en la presente licitación, por lo cual, en principio sería procedente la declaración de ineficacia prevista en el artículo 435 del Código de Comercio.

Sin embargo, también se encontró que el parentesco acreditado con los documentos aportados permite establecer la existencia de un control financiero y administrativo de la compañía por personas atadas por matrimonio o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, lo cual genera como consecuencia que la empresa tenga la naturaleza de sociedad de familia, a la luz de las disposiciones del artículo 6° del Decreto 187 de 1975, lo que determina a su vez, que procede la excepción contemplada en el mismo artículo 435 del Código de Comercio.

Así las cosas, la conclusión de la entidad, es que si bien es cierto existe parentesco entre los miembros de la Junta Directiva que expidieron el Acta No. 238 por la cual autorizan al representante legal de la sociedad Estyma S.A. para participar en el presente proceso licitatorio, la decisión allí contenida tiene validez, por concurrir la excepción contemplada en el propio artículo 435 del Código de Comercio, que autoriza la toma de decisiones en estas condiciones, cuando se trate de sociedades de familia.

En consecuencia, realizada la revisión de la información suministrada por el proponente Estructura Plural Infraestructura Vial Puerto Salgar, así como la réplica y documentos presentados por el proponente, resuelve que esta observación NO PROCEDE.

6.- EVALUACIÓN FINAL DE LAS PROPUESTAS

Atendidas por parte del Comité Evaluador, las observaciones al informe inicial de evaluación y las respuestas a las mismas, allegadas por parte de los proponentes, el resultado final de la verificación de requisitos habilitantes y evaluación de la propuesta, es el siguiente:

No.	Proponente	Integrantes	Requisitos Habilitantes	Oferta técnica (100)	Factor de calidad	Apoyo Industrial Nacional (100)
1.	ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES CONSTRUCTORA MECO S.A. - SUCURSAL COLOMBIA	Mario Alberto Huertas Cotes Constructora Meco S.A. - Sucursal Colombia	HÁBIL	100	100	100

2.	INFRAESTRUCTURA VIAL PUERTO SALGAR	Controladora de Operaciones de Infraestructura SA de CV.	HÁBIL	100	100	100
		ALCA Ingeniería SAS.				
		Latinoamericana Construcciones S.A.				
		Carlos Alberto Solarte Solarte				
		CASS SA.				
		Estyma SA.				

COMITÉ EVALUADOR