



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-IP-LP-007-2013
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 consiste en los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Autopista Conexión Pacífico 1 del Proyecto "Autopistas para la Prosperidad", 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 16 de abril de 2014, presentaron propuestas los siguientes Proponentes:

	Nombre del Proponente	Integrantes de la Estructura Plural	%
1	EP AUTOPISTA CONEXIÓN PACÍFICO 1 Apoderado Común: Álvaro Miguel Oedeing	ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. EPISOL .S.A.S.	60%
		IRIDIUM COLOMBIA CONCESIONES VIARIAS S.A.S.	40%
2	INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA Apoderado Común: Carlos A. Solarte Solarte	CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V.	35%
		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	25%

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 “Infraestructura Vial para Colombia”, tal como consta en escrito del 25 de abril de 2014, en el cual se les señaló:

“1. *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 sus Adendas, se establecen las condiciones que deberá cumplir la carta de cupo de crédito general, indicando que:

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

"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 CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$46.635.000.000)" (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 PARA COLOMBIA, obrantes a folios 63, 77, 84, 91 y 98, no evidencian con claridad que dichas sumas en su equivalencia son iguales o superiores a la cuantía mínima exigida en "pesos de 31 de diciembre de 2012". En virtud de lo anterior el proponente INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA debe aclarar mediante documento expedido por quienes emitieron 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.

Sin perjuicio de la evaluación definitiva de la Propuesta, la subsanación debe ser aportada en medio físico (Oficina de Correspondencia de la Agencia Nacional de Infraestructura), en la Calle 26 No 59-51 y/o Calle 24A No 59-42 Torre 4 – Segundo Piso, a más tardar a las a las 04:00 p.m. del día 2 de mayo de 2014, so pena de rechazo de la propuesta de conformidad con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones."

Al Proponente No. 1 Estructura Plural Conexión Pacífico 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 "Infraestructura Vial para Colombia", mediante escrito con número de radicado 2014-409-019690-2 del 29 de abril de 2008, subsanó en los términos exigidos por la Agencia aportando certificaciones expedidas por Bancolombia S.A. y el Banco Davivienda, 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 anterior y tal como consta en el informe de evaluación preliminar publicado a través del SECOP el día 5 de mayo de 2014, "se recibió respuesta satisfactoria, dentro de los términos establecidos, a la solicitud de subsanación en cuanto a las certificaciones de cupo de crédito general aportados."

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 5 de mayo de 2014, arrojó el siguiente resultado:

No.	Proponente	Integrantes	Requisitos Habilitantes	Oferta técnica (100)	Factor de calidad	Apoyo Industrial Nacional (100)
1.	EP AUTOPISTA CONEXIÓN PACÍFICO 1	Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL S.A.S. Iridium Colombia	HÁBIL	100	100	100

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

		Concesiones Vías S.A.S.				
2.	INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA	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.				

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

“Anexo 14: Cupo de Crédito General

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

- a) Cuantía no inferior a CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$46.635.000.000).
- b) Presentado de conformidad con el Anexo 14 del pliego de condiciones.
- c) Vigencia no inferior a un año y medio contado a partir de cierre de la Licitación.
- d) Presentado con la oferta.
- e) Suscrito por un 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 \$48.000.000.000	ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.-EPISOL S.A.S.	IRIDIUMCOLOMBIA CONCESIONES VIARIAS S.A.S.
Banco Emisor de la Certificación	Bancolombia	DAVIVIENDA
Valor del Cupo Individual:	28.500.000.000	19.500.000.000
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:	11/04/2014	8/04/2014

PROPONENTE 2: CUPO TOTAL \$46.637.000.000	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	DAVIVIENDA	DAVIVIENDA	DAVIVIENDA	DAVIVIENDA
Valor del Cupo Individual:	18.654.000.000	4.664.000.000	4.664.000.000	6.996.000.000	11.659.000.000
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:	09/04/2014	08/04/2014	08/04/2014	08/04/2014	8/04/2014

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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

El Proponente 1 "Estructura Plural Autopista Conexión Pacífico 1" presentó observaciones al informe inicial mediante escritos con número de radicado 2014-409-020859-2 del 07/05/2014 y 2014-409-021788-2 del 12/05/2014, los cuales fueron publicados en SECOP el día 13 de mayo de 2014.

Durante el término establecido en el cronograma del proceso, el Proponente 2 Estructura Plural "Infraestructura Vial para Colombia" presentó un escrito de contra observación con número de radicado 2014-409-022832-2 del 16 de mayo 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

Manifiesta el proponente número 1 en escrito del 07/05/2014:

"En mi calidad de apoderado común de la Estructura Plural Autopista Conexión Pacífico 1, y sin perjuicio de que en el informe preliminar de evaluación publicado por la ANI el 5 de mayo de 2014 en el proceso licitatorio de la referencia, se concluye por parte de la entidad que la propuesta presentada por la Estructura Plural que represento cumple con todos los requisitos habilitantes exigidos en el Pliego de Condiciones, por medio del presente escrito respetuosamente me permito solicitar se verifique y se ajuste por parte de la ANI la siguiente conclusión incluida en la evaluación del Anexo 6; correspondiente a la Declaración de Beneficiarios Reales y Origen de sus Recursos, incorporada en el informe preliminar: "*Los miembros de la estructura plural Autopista Conexión Pacífico 1 no presentaron dicho anexo. De conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones, los beneficiarios reales son los declarados por la estructura plural en la etapa de precalificación*". (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De manera respetuosa, invitamos a la Entidad a revisar los folios 347 a 357 del Sobre N° 1 de la Oferta presentada por la Estructura Plural que represento, cuyas copias me permito adjuntar a la presente solicitud, y en los cuales puede verificarse claramente que Estudios y Proyectos del Sol S.A.S- Episol S.A.S (folio 353) e Iridium Colombia Concesiones Viarias S.A.S (folio 357), miembros de la Estructura Plural Autopista Conexión Pacífico 1, sí presentaron y suscribieron cada uno el Anexo 6 de Declaración de Beneficiarios Reales y Origen de sus Recursos en mención.

Sin perjuicio de que los miembros de la Estructura Plural que represento sí presentaron el Anexo 6 mencionado, adicionalmente con el Sobre No. 1 se aportó igualmente una declaración (*obrante a folio 349*), en la cual se informó a la Entidad que los beneficiarios reales y el origen de los recursos declarados en la Etapa de Precalificación, no habían sufrido modificación, y que en todo caso se aportaban los Anexos 6 correspondientes.

En este orden de ideas, solicito de manera respetuosa a la Entidad ajustar la conclusión incluida en el informe preliminar, referente a la evaluación del Anexo 6, precisando que los integrantes de la Estructura Plural Autopista Conexión Pacífico 1, sí presentaron el Anexo 6 mencionado.

Sin perjuicio de lo anterior, y encontrándonos dentro del término previsto en el Cronograma del proceso licitatorio para presentar observaciones al informe preliminar, nos reservamos dicho derecho para ejercerlo antes del vencimiento del plazo mencionado.

Adjunto a la presente comunicación nos permitimos enviar lo enunciado.

RESPUESTA DE LA ANI:

Efectuada la verificación de los documentos aportados con la propuesta, se establece que los miembros de la estructura plural Autopista Conexión Pacífico 1 presentaron el Anexo 6 diligenciado en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones.

SEGUNDO

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

Manifiesta el proponente número 1 en escrito del 12/05/2014:

1. El Cupo de Crédito acreditado por la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia.

1.1. La Acreditación de Capacidad Financiera por parte de miembros precalificados no acreditantes del requisito habilitante y de un Miembro Nuevo.

La Estructura Plural incluyó en su propuesta las siguientes certificaciones de Cupo de Crédito: ji

Integrante de la Estructura	Entidad Financiera	Monto en M.L.
Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V.	Bancolombia .S.A.	\$ 18.654.000.000
Latinoamericana de Construcciones S.A.	Davivienda	\$ 4.664.000.000
Estyma S.A.	Davivienda	\$ 4.664.000.000
CASS Constructores y Cía S.A.	Davivienda	\$ 6.996.000.000
Carlos Alberto Solarte Solarte	Davivienda	\$ 11.659.000.000
	Total	\$ 46.637.000.000

Al respecto, resulta de la mayor importancia mencionar que de conformidad con lo establecido en el numeral 3.10.1. del Pliego de Condiciones, el Cupo de Crédito tiene como finalidad y requisito: "*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 (...)*". (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En este caso, cabe empezar por resaltar que el numeral 1.4.41. del Pliego de Condiciones indica que "Precalificado" "es el Manifestante incluido dentro de la Lista de Precalificados", por su parte en los términos de la Invitación a Precalificar se define "Manifestante" como "los Interesados que, de manera individual o conjunta, presentan una Manifestación de interés", y en los términos de la Invitación a Precalificar se indica que los Interesados "son las personas naturales o jurídicas que puedan tener interés en la presente Precalificación."

En este mismo sentido, es preciso tener en consideración la definición de Miembro Nuevo establecida en el numeral 1.4.33, según la cual "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" (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Es importante recordar, como es de su conocimiento, que los Manifestantes precalificados de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia fueron: Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V., Latinoamericana de Construcciones S.A., CASS Constructores y Cía S.A., y Carlos Alberto Solarte Solarte, de los cuales únicamente Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V. y Carlos Alberto Solarte Solarte acreditaron experiencia en inversión y capacidad financiera durante la precalificación.

Nótese adicionalmente, que Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V. y Carlos Alberto Solarte Solarte, como parte de la propuesta presentada por la Estructura Plural mencionada, suscribieron como Garantes el Acuerdo de Garantía, dada su calidad de Líderes y de miembros acreditantes de capacidad financiera.

Teniendo en cuenta lo anterior, solamente podían presentar el Cupo de Crédito exigido los miembros precalificados que hubieren acreditado capacidad financiera, esto es Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V. y Carlos Alberto Solarte Solarte, ya que este requisito verificaba y corroboraba dicha capacidad, acreditada durante la precalificación.

Lo anterior trae como consecuencia que ni Latinoamericana de Construcciones S.A., ni CASS Constructores y Cía S.A., ni Estyma S.A., como Miembro Nuevo, podían presentar Cupo de Crédito, pues los dos primeros, a

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

pesar de haber sido precalificados como miembros de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, no acreditaron capacidad financiera en su oportunidad, y al último le estaba prohibido de manera expresa la acreditación de capacidad financiera, dada su condición de Miembro Nuevo.

No debe olvidarse que el requisito de Cupo de Crédito hacía evidente y tangible la capacidad financiera acreditada en la precalificación, pues su otorgamiento implicaba una evaluación previa por parte del banco otorgante del cupo, de las condiciones financieras de los miembros que hubieren acreditado dicha capacidad durante la precalificación. En el caso de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, por el contrario, se atomizó la capacidad financiera, haciendo extensible el Cupo de Crédito a 5 miembros, cuando debió haberse otorgado únicamente a dos de ellos, desconociendo la acreditación de capacidad financiera durante la precalificación, violando la prohibición expresa de incluir nueva capacidad financiera, y sustituyendo la acreditada.

De otra parte, tanto los miembros precalificados no acreditantes, como el Miembro Nuevo, no podían suscribir como Garantes el Acuerdo de Garantía, ya que este era una obligación a cargo de los Líderes en los términos de la Invitación a Precalificar y del Pliego de Condiciones, por lo que carecería de cualquier justificación o sentido, siguiendo los términos de la Invitación y del Pliego, que los 3 miembros atrás citados, sí pudieran presentar Cupo de Crédito, pero estuvieran exentos del Acuerdo de Garantía. Esto no es compatible ni con la Invitación a Precalificar, ni con el Pliego de Condiciones.

El Cupo de Crédito, como ya se mencionó, verificaba y corroboraba la capacidad financiera de los precalificados acreditantes, por lo tanto, como el Cupo de Crédito cumple dicha función, son esos mismos miembros precalificados los que deben demostrar la verificación y la corroboración de tal capacidad; los demás miembros, se reitera, no pueden demostrar la verificación y la corroboración de la capacidad financiera acreditada durante la precalificación, pues con la presentación del Cupo de Crédito estarían sustituyendo a los Líderes o a los miembros del Precalificado que hubieran acreditado capacidad financiera durante la etapa de precalificación.

No sobra recordar lo rigurosa y restrictiva que ha sido la entidad en sus respuestas respecto de la posibilidad de modificar las Estructuras Plurales precalificadas, reemplazando a los miembros que hubieren acreditado experiencia en inversión o capacidad financiera durante la precalificación, por lo que no se entendería que en un caso como el descrito, sí se permitiera modificar las condiciones en las que fue acreditada la capacidad financiera durante la precalificación. Sobre este punto, cabe resaltar la siguiente respuesta publicada por la ANI en la Matriz de Respuestas No. 7, ante la observación No. 131:

*"La Entidad considera necesario mantener el requisito del Cupo de Crédito tal como lo especifica el Pliego de Condiciones. La certificación de aprobación de un cupo de crédito general, tiene como finalidad específica que la ANI pueda corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la Oferta. **Lo anterior se justifica en cuanto las condiciones financieras y/o de financiación de los precalificados pueden haber sufrido variaciones desde el momento en el cual se surtió la precalificación hasta la presentación de la Oferta** (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Si bien el numeral 3.10.1. del Pliego de Condiciones establece que "*máximo podrá aportarse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural*", es claro que tal regla debe interpretarse a la luz de la respuesta antes referenciada, publicada por la ANI, y en el sentido de que únicamente son los miembros precalificados, que hubieren acreditado capacidad financiera durante la precalificación, los que podían aportar dicho Cupo de Crédito; la regla citada de ninguna manera supone que cualquier miembro de la estructura plural podía presentar el Cupo de Crédito, pues de permitirse esta interpretación, se podría aportar nueva capacidad financiera o se podría sustituir la acreditada durante la precalificación.

En consecuencia, de la suma total en la tabla indicada al inicio de este numeral debe restarse la suma de \$16.324.000.000, de manera que la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, solamente acreditó un Cupo de Crédito por valor de TREINTA MIL TRESCIENTOS TRECE MILLONES MILLONES DE PESOS (\$30.313.000.000 M.L.), suma que no se ajusta al requerimiento establecido Literal a) (i) del Subnumeral 3.10.1 del numeral 3.10, que indica que como mínimo se debe acreditar un Cupo de Crédito por CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$46.635.000.000).

1.2. Mejora de la Propuesta.

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

El pasado 16 de abril de 2014, el Comité Evaluador solicitó a la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia "aclarar mediante documento expedido por quienes emitieron 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", frente a lo cual la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia presentó los documentos correspondientes el pasado 29 de abril. Lo anterior constituye sin asomo de duda una evidente mejora de la oferta, en la medida en que constituye una modificación de los valores de cada uno de los Cupos de Crédito, no solamente convirtiendo los montos en valores constantes, sino también modificando su valor nominal.

En cada una de las certificaciones mediante las cuales la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia habría acreditado el Cupo de Crédito, evidentemente hubo una mejora en el monto certificado por cada una de las entidades financieras, puesto que en las certificaciones obrantes a folios 63, 77, 84, 91 y 98 se indica que el Cupo de Crédito es otorgado en "pesos colombianos M.L.", de modo que los cupos de crédito no fueron otorgados en pesos de 31 de diciembre de 2012, lo cual implica que en el momento en que el crédito se desembolse se desembolsará una cantidad menor a la exigida en el Pliego de Condiciones, por cuanto al desembolso en valor nominal transformado a pesos constantes de 31 de diciembre de 2012, se vería afectado por la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2012 y la fecha de desembolso.

En relación con las reglas generales de subsanabilidad, el artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012 establece lo siguiente:

"Artículo 2.2.8. Regías 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 5o 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.

Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

*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**".*

Tal como se evidencia en la norma citada, para efectos de la subsanación se debe tener en cuenta que en todo proceso prima lo sustancial sobre lo formal, y que las entidades públicas no pueden permitir que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, ni mucho menos que se adicione o mejore el contenido de las propuestas.

En este caso no nos encontramos frente a una mera aclaración formal. Por el contrario, la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia está mejorando la oferta puesto que el monto Cupo de Crédito acreditado en la Fecha de Cierre es sencillamente distinto al consignado en los documentos radicados por la mencionada estructura el día 29 de abril de 2014.

Permitir que el proponente modifique el valor del Cupo de Crédito constituiría una posibilidad para mejorar la propuesta, puesto que le permitiría a un proponente que no acreditó el cupo de crédito necesario, acreditarlo con posterioridad al cierre.

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

De este modo, el Oferente que presente una Oferta debe cumplir con los requisitos a la Fecha de Cierre del proceso, que en el caso que nos ocupa ocurrió el 15 de abril de 2014. En consecuencia, los requisitos habilitantes se deben cumplir a esa fecha, y en particular en un aspecto de trascendental importancia como es el correspondiente al monto del Cupo de Crédito. El hecho de que la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, el día 29 de abril, acredite una nueva cifra para el Cupo de Crédito a través de la transformación de los valores nominales en constantes, y mediante el cambio en el valor nominal de una de las certificaciones, implica una evidente mejora de la propuesta que resulta inaceptable.

En ese sentido, cabe resaltar que no es dable a las entidades estatales permitir que a través de la posibilidad de subsanar las propuestas, los oferentes puedan ir mejorando las ofertas, según vaya evolucionando su situación particular. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en *Concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008. Número Unico 11001-03-06- 000-2008-00079-00* señaló:

"Tampoco se trata entonces de que por vía de la posibilidad de saneamiento, el oferente vaya estructurando y ajustando su propuesta a lo largo del proceso contractual -según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6S del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, "las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones.

Así las cosas, considerando que el Cupo de Crédito es el instrumento que le permite a la ANI tener certeza de que el adjudicatario realizará los Giros de Equity de que trata la sección 4.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión y que igualmente se encuentran definidos en pesos del 31 de diciembre de 2012, previstos para los primeros 12 meses de ejecución del mismo, éste no puede ser subsanable so pena de una mejora en la propuesta.

En resumen, considerando que la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia no acreditó el Cupo de Crédito en los términos establecidos en el numeral 3.10.1 del Pliego de Condiciones, y que adicionalmente permitir la subsanación del monto del respectivo cupo haría viable la mejora de la propuesta, afectando los principios de igualdad y transparencia en el proceso de selección, solicitamos modificar el Informe de Evaluación y proceder a RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia en aplicación de la causal prevista en el literal g) del numeral 7.6.1 del Pliego de Condiciones, que indica que la propuesta debe ser rechazada *"Cuando se omitan requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas"*.

• **CONTRA OBSERVACIÓN: INCUMPLIMIENTO REQUISITOS HABILITANTES- CUPO DE CRÉDITO GENERAL - Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia.**

Respecto a esta observación el Proponente No 2 manifiesta lo siguiente:

"En lo referente al punto 1, manifiesta el Observante lo que en su criterio subjetivo y equívoco califica como el "incumplimiento" en el monto del cupo de crédito aportado por INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA (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 al numeral 3.10.1, literal a numeral ii, 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 agenda 8, 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 los Pliegos de Condiciones se

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

encuentra establecida taxativamente la 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 las entidades Financieras, conocedoras de los pliegos de condiciones, otorgaron 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 y Davivienda, en las cuales las entidades bancarias ratificaron que el valor correspondía a "pesos de 31 de diciembre de 2012".

Al respecto, 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 d 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 estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 pública¹, 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 5.5., 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 25 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 29 de abril, estando dentro del plazo previsto, se presentó el documento aclaratorio en el que Bancolombia y Davivienda precisaron 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.

¹ Numeral 11 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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.

En éste sentido, se subsanó el defecto y sin que ello implicara 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.

Al efecto, vale la pena traer a colación que el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de febrero de 2014², aclaró el alcance de la restricción de completar, adicionar o mejorar ofertas a la luz de la disposición antecedente al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, anteriormente transcrito, en los siguientes términos:

(...)

"La etapa de "observaciones al informe de evaluación" corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición trascrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo -el principio de economía-, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

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".

Lo anterior, es también 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 la 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*

² Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación: 13001- 23-31-000-1999-00113-01(25.804).

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

administración". **Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definirlos 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 llegue 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".

b. Presentación de cupo por miembros nuevos

"En lo atinente al punto 2, refiere el Observante un "incumplimiento" en la capacidad financiera aportada por el proponente INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA, 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 PARA COLOMBIA** fueron: Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V., ALCA Ingeniería S. A. S. 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:

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

"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 PARA COLOMBIA**, 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.

Asimismo, también es errada la afirmación del **Observante**, en relación con su interpretación de los Pliegos de Condiciones a la luz de la Observación 131 de la 7ª Matriz de Respuestas, ya que fue a partir de la Adenda 4

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

de enero de 2014 cuando la ANI modificó las Reglas inicialmente planteadas que exigían que el Cupo de Crédito fuera otorgado por el Líder de la Estructura Plural.

Tan en es así que en la Observación 151 de la 13ª Matriz de Respuestas precisó lo siguiente:

*"De acuerdo con lo establecido en la Adenda 4, en el punto relacionado al Cupo de Crédito General y Especifico, en el párrafo se aclara la forma de presentación del mismo, y la manera en que **se** podrán sumar varias certificaciones de cupo de crédito específico o general otorgadas a uno o varios miembros de la estructural plural o al Proponente individual. Por lo anterior se solicita al observante remitirse a las Adendas que sobre el tema ha publicado la Entidad."*

En consecuencia de lo anterior, la voluntad de la Entidad es Inequívoca y no deja margen de duda o interpretación en el sentido de que los Pliegos de Condiciones limitaran 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**, lo 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 – 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 3º, 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 5º 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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 procesos 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:

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

"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 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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$46.635.000.000)
- 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. Máximo podrá aportarse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural y dos (2) cupos de crédito en caso de proponente individual
- vii. con fecha de expedición no mayor a 60 días hábiles antes de la Fecha de Cierre de la Licitación.

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 las entidades bancarias que expidieron los cupos de crédito manifiestan 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 25 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 AUTOPISTA CONEXIÓN PACÍFICO 1, respecto a que no se trata de un requisito formal de la propuesta, la solicitud de aclaración emitida por el comité evaluador en el marco del proceso de evaluación, se reiteran los argumentos esbozados por la jurisprudencia, que es clara el indicar que en virtud del principio de primacía de lo sustancial de lo formal las entidades públicas tienen el deber de solicitar las aclaraciones que correspondan como efectivamente ocurrió en el caso materia de análisis y aunado a lo anterior es un derecho de los proponentes aclarar complementar, corregir e incluso aportar un requisito que no sea de aquellos de comparabilidad de las propuestas.

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 5 de mayo de 2014.

- **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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 **Etapas 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
Carlos Alberto Solarte Solarte	25%
CASS Constructores y Compañía S.C.A.	15%
Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V.	35%
Alca Ingeniería S.A.S.	5%
Latinoamericana de Construcciones S.A.	20%

Durante la etapa de precalificación, fueron **Carlos Alberto Solarte Solarte y Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V.** quienes en calidad de Líderes, acreditaron 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 Para Colombia**, 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 para Colombia**, 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 un (1) nuevo miembro, quedando conformada así:

Integrante	Participación
Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V.	35%
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	25%

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

El integrante que ingresó a la Estructura Plural no reemplazo a los miembros líderes que aportaron y acreditaron la capacidad financiera en la etapa de Precalificación, que fueron CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INSTRAESTRUCTURA 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 de 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 de 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 6 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 Para Colombia, habiendo acreditado durante la etapa de precalificación la Capacidad Financiera a través de sus líderes, 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 Autopista Conexión Pacífico 1** 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 para Colombia**, 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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

integrantes, fueran éstos quienes originalmente hicieran parte de la estructura plural o de los nuevos integrantes de la mista, tal como se hubiera recompuesto dicha estructura plural.

TERCERO

2. Autorización Ineficaz de la Junta Directiva al Representante de ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A.

Tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación de ESTYMA que se encuentra en los folios 39 y ss., el Representante Legal de la misma requiere de autorización previa por parte de su Junta Directiva para celebrar contratos cuya cuantía supere los 5.000 salarios mínimos legales vigentes.

Dicha autorización fue otorgada por dicho órgano social en la reunión del 31 de marzo de 2014, cuya acta consta en los folios 52 y ss. Así pues, la decisión de la Junta Directiva de autorizar al Representante Legal para presentar la Oferta, firmar los documentos que se requieren dentro de la Licitación Pública y realizar todas las actividades necesarias para la formalización, ejecución y liquidación del Contrato de Concesión en caso de ser adjudicatarios de la misma, fue aprobada por unanimidad de los miembros presentes de este órgano.

Sin embargo, dentro los miembros que votaron afirmativa y unívocamente respecto a esta autorización, se encontraban los señores JUAN PABLO ÁNGEL PÉREZ, GERMÁN ALBERTO ÁNGEL TORO y CARLOS EDUARDO ÁNGEL TORO, quienes guardan una relación de tercer grado de consanguinidad entre sí.

Ahora bien, una decisión adoptada por una junta directiva con una mayoría dentro de la cual se incluyan miembros con tercer grado de consanguinidad resultará eficaz, salvo que se trate de una sociedad de familia, de conformidad con lo previsto en el artículo 435 del Código de Comercio, según el cual:

"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 y negrillas fuera del texto).

Teniendo lo anterior en cuenta, resulta pertinente resaltar lo que ha indicado la Superintendencia de Sociedades respecto al concepto de sociedad de familia mediante Oficio 220-038746 del 9 de junio de 2008, en el cual se dijo:

"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 6- 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 si 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 decisorio que se refleje, parafraseando el desaparecido artículo del citado Decreto 187. en la existencia de un control económico, financiero o administrativo del ente económico.**" (Subarayas y negrillas fuera del texto original).*

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

Teniendo en cuenta que, según lo anterior, la sociedad de familia depende del control que respecto de la misma tengan quienes estén ligados entre sí por matrimonio y sus hijos, es pertinente recalcar lo que indica el parágrafo del artículo 27 de la Ley 222 de 1995 respecto a la situación de control ejercida por varias personas naturales respecto a una sociedad, a saber:

*"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** (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

En este sentido, ESTYMA no podría ser considerada como una sociedad de familia en los términos expuestos, a raíz de las declaraciones del Representante Legal de esta sociedad con ocasión del Anexo 6: Beneficiario Real y Origen de los Recursos que se encuentra en los folios 238 y ss. de la Oferta, por las razones que se pasarán a exponer:

Como primera medida, la capacidad decisoria dentro de la sociedad está fraccionada entre GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO, GERMÁN ALBERTO ANGEL TORO CESAR AUGUSTO SOLANO BERRÍO y CARLOS EDUARDO ANGEL TORO, los cuales no guardan entre sí un vínculo como el previsto en el artículo 102 del Código de Comercio, es decir, no son padres, madres o hijos el uno del otro. Lo anterior se constata al observar las relaciones de parentesco que fueron declaradas bajo gravedad de juramento por el Representante Legal de la sociedad.

Por su parte, es claro que, aún así, no existe una situación de control respecto de la sociedad, tal y como lo declara el Representante Legal dentro del mismo documento.

Teniendo en cuenta que el poder decisorio no es ejercido por personas que tengan una relación como la establecida en el artículo 102 del Código de Comercio y que, por lo demás, el mismo representante declaró que no se presenta una situación de control respecto a la sociedad, la misma no puede ser considerada como una sociedad de familia.

Así las cosas, la decisión adoptada por la Junta Directiva de ESTYMA el 31 de marzo de 2014 mediante la cual se autorizó al Representante Legal para comprometer a la sociedad dentro del proceso de licitación pública VJ-VE-IP-LP-001-2013, (sic) no está sujeta a la excepción prevista en el artículo 435 del Código de Comercio respecto a sociedades de familia; por lo cual la misma se entiende ineficaz en los términos del presente artículo.

En virtud de lo expuesto, el Representante Legal no tenía la capacidad para actuar y participar en representación de la sociedad dentro del proceso de Licitación Pública, como efectivamente lo hizo. Siendo así, el proponente carece de capacidad jurídica para actuar dentro del referido proceso de licitación y, por ende, deberá ser declara como NO HABIL en los términos del Pliego de Condiciones del mismo.

Por todo lo anterior, solicitamos modificar el Informe de Evaluación y proceder a RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, en aplicación de la causal prevista en el literal g) del numeral 7.6.1. del Pliego de Condiciones, que indica que la propuesta debe ser rechazada "Cuando se omitan requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas", así como en el literal l) del mismo numeral, que establece la siguiente causal de rechazo: "Cuando se presente un Miembro Nuevo y no cuenta con la capacidad jurídica, experiencia en inversión, o capacidad financiera, según corresponda, de conformidad con el numeral 1.4.32 de este Pliego de Condiciones."

Por lo anterior, solicitamos modificar el Informe de Evaluación y proceder a RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, en aplicación de la causal prevista en el literal g) del numeral 7.6.1. del Pliego de Condiciones, que indica que la propuesta debe ser rechazada "Cuando se omitan requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas".

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

• **CONTRA OBSERVACIÓN: INEFICACIA DE LA AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA - Estructura Plural Infraestructura Vial Para Colombia**

Enuncia la Estructura Plural Infraestructura Vial Para Colombia en su escrito de contra observaciones.

“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 PARA COLOMBIA, 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 apodarar 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 exceptionaba 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 contravinieren 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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 S.A. 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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 cuente 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 S.A., suscrita por el revisor fiscal de la compañía, en la cual consta lo anterior.

En conclusión, la sociedad Estudios y Manejos SA.- ESTYMA S.A. 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 acudir 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 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.

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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.

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 sí 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 Ángel y; Camilo y Esteban Ángel Machado, hijos de German Ángel.

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 un control económico, financiero o administrativo.

*El control económico de la sociedad existe en la medida en que **uno o varios 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 la 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.

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera 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 Para Colombia) en la propuesta, la Junta Directiva de la empresa Estyma Estudios y Manejos Sociedad Anónima está integrada por cinco miembros 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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

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 Autopista Conexión Pacífico 1, correspondía a la entidad requerir al proponente Estructura Plural Infraestructura Vial Para Colombia, 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 Para Colombia, en ejercicio del derecho de réplica, aportó unos documentos donde aclaró 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

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

representante del proponente Estructura Plural Infraestructura Vial Para Colombia 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 Pinzón "... 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 Para Colombia, se pronunció respecto de las observaciones formuladas por el proponente Estructura Plural Autopista Conexión Pacífico 1, 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 6º 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."

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

Según la información y documentos suministrados por el Estructura Plural Infraestructura Vial Para Colombia, 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 Para Colombia, 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 las propuestas, es el siguiente:

No.	Proponente	Integrantes	Requisitos Habilitantes	Oferta técnica (100)	Factor de calidad	Apoyo Industrial Nacional (100)
1.	EP AUTOPISTA CONEXIÓN PACÍFICO 1	Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL S.A.S. Iridium Colombia Concesiones Viarias S.A.S.	HÁBIL	100	100	100
2.	INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA	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

COMITÉ EVALUADOR

INFORME FINAL DE EVALUACIÓN