MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA
SUCURSAL COLOMBIA

Bogotá D.C., 26 de Junio de 2014

Señores
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
Gerencia de Contratación
Calle 26 No. 59 – 51 y/o Calle 24 A No. 59-42 Piso 2.Torre 4
Ciudad

MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
Consecutivo: D-795
Sede: OFICINA PRINCIPAL POLO
Fecha de Documento: 26/06/2014
Destinatario: ANI

Ref.: Contra-observaciones a las Observaciones presentadas al informe de evaluación. Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-009-2013

Estimados Señores,

MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, actuando como apoderado común de la Estructura Plural **MARIO ALBERTO HUERTAS Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA - SUCURSAL COLOMBIA,** mediante el presente documento y tomando en consideración el documento presentado por la ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI-GRODCO (en adelante el "Observante"), publicado el pasado 20 de junio de 2014 en la página del SECOP, nos permitimos presentar las siguientes contra-observaciones a dichas observaciones presentadas a nuestra propuesta, dentro del término fijado en el Pliego de Condiciones:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad No. 2014-409-029799-2
Fecha: 26/06/2014 14:36:56->703
OEM: ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUE
Anexos:SIN ANEXOS

1. IRREGULARIDADES SUSTANCIALES EN LA GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA:

1.1. No se presentó Garantía de Seriedad de la Oferta bajo el Clausulado Obligatorio Exigido por la ANI:

1.1.1. La ***Estructura Plural Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco Sociedad Anónima – Sucursal Colombia*** (en adelante la "Estructura Plural" o el "Proponente") presentó Propuesta (en adelante la "Propuesta") el 27 de mayo de 2014 ante la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante la "Agencia" o la "ANI") para la Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-009-2013 (en adelante la "Licitación").

1.1.2. A través de la Propuesta, la Estructura Plural aportó la correspondiente Garantía de Seriedad No. 2355971 expedida por Liberty Seguros S.A (en adelante la "Garantía" o la "Póliza") y demás documentos relacionados con la Garantía, entre ellos (i) el Anexo que suscriben las compañías coaseguradoras con su correspondiente participación y valor asegurador, (ii) la certificación de Liberty Seguros de no expiración de la póliza de cumplimiento, (iii) el clausulado de la Póliza de Cumplimiento Para Contratos Estatales a Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- Versión Enero de 2014 (en adelante el "Clausulado de la Propuesta"), (iv) el certificado de existencia y representación de Liberty Seguros S.A. expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia y (v) la fotocopia de la cédula de ciudadanía de Cesar Augusto Nuñez Villalba quien firma en nombre y representación de Liberty Seguros S.A.

1.1.3. De esta manera, a través de la Garantía, se cumplieron las exigencias y requisitos señalados en el Pliego de Condiciones (en adelante el "Pliego"), entre los cuales se encontraban: (i) las características particulares exigidas en el **numeral 3.8.4 y 3.8.6** del Pliego (Asegurado/Beneficiario, Tomador/Afianzado, número y objeto de la licitación, valor asegurado, vigencia y términos de prorroga), y (ii) el cubrimiento de los perjuicios derivados de los incumplimientos descritos **textualmente en el numeral 3.8.7** del Pliego, como bien se observa en el cuerpo de la Póliza a folios 33 y 34 de la Propuesta.

1.1.4. Adicionalmente, en el Clausulado de la Propuesta, se evidencia en la parte inferior derecha de la caratula (folio 38), que las "*Condiciones*" corresponden a la "***Versión Enero de 2014***", es decir, el Clausulado de la Propuesta aportado junto con la Garantía, se encuentra de conformidad con la *Versión de Enero de 2014* de la compañía Liberty Seguros, mas no con una *Versión Marzo de 2013 Dcto 734*, como lo da a entender el Observante.

Condiciones
Versión Enero de 2014

038

1.1.5. De esta manera, la referencia que se hace en la caratula de la Póliza a la *"Versión Marzo de 2013 Dcto 734"*, no afirma necesariamente que dicha Póliza se condicione bajo un clausulado de marzo de 2013, como lo pretende dar a entender el Observante, pues no obstante se tiene registrada dicha referencia, el Proponente presentó junto con su Propuesta, el correspondiente Clausulado de la Propuesta denominado *"Póliza de Cumplimiento para contrato estatales* ***a Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI****"*.

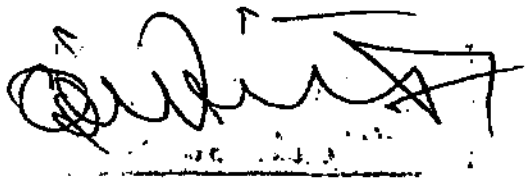
1.1.6. Dicho Clausulado de la Propuesta, refleja **exclusivamente** las condiciones publicadas por la Entidad bajo el *"Apéndice Financiero 3- Póliza de Cumplimiento para contrato estatales a Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI"* (en adelante el "Clausulado de la Entidad") para los procesos de Asociaciones Publico Privadas adelantados por esta.

1.1.7. Lo mencionado en los numerales anteriores, se ratifica con el hecho de haberse suscrito por parte del señor Cesar Augusto Nuñez Villalba - en representación de Liberty Seguros S.A.- la última página del clausulado aportado a la Propuesta (folio 43), y en el cual se indicó expresamente el número de la póliza a la cual se vinculaba dicho clausulado y la fecha de la última revisión, en los siguientes términos:

30/01/2014-1333-P-05-CUM-08A

CUM-08A

PÓLIZA BO 2355971 **Rev. 2014-01**



1.1.8. Nótese que con la firma del representante de la aseguradora en el clausulado aportado a la Propuesta (i) se hace referencia y por lo tanto se vincula dicho clausulado a la Póliza No. BO2355971, (ii) de acuerdo con la revisión de enero de 2014.

1.1.9. Efectivamente la compañía aseguradora cumplió con la expedición de un clausulado para contratos estatales **a favor de la ANI**, pues de lo contrario no hubiese denominado un clausulado bajo el nombre de *"Póliza Única de Seguro de Cumplimiento **para Contratos Estatales a Favor de la ANI**" o* Clausulado de la Entidad, que corresponde al mismo Clausulado de la Propuesta.

1.1.10. Es pertinente aclarar que dicho clausulado se encuentra depositada **CON SUS CONDICIONES GENERALES**, en la Superintendencia Financiera de Colombia, lo que no deja ninguna duda, de que son éstas las condiciones que regulan este especial contrato de seguro, tal y como lo informan las enseñanzas jurisprudenciales y doctrinarias, alusivas a la "teoría de las condiciones generales".

1.1.11. Ahora, si bien es cierto que el Clausulado de la Entidad, es mandatario para todos los oferentes y por lo tanto no se aceptan otros clausulados (como bien lo manifestó la Entidad mediante respuesta 164 de la matriz de respuesta No 3), es claro que el Clausulado de la Propuesta, cumple las condiciones y requisitos mínimos exigidos en dicho Apéndice y en el mismo Pliego en relación con la garantía de seriedad, como lo ha evaluado la Entidad al calificar los requisitos habilitantes de la Propuesta como Hábil.

1.1.12. Lo anterior se ratifica, cuando dentro del mismo Clausulado de la Propuesta aportado a folio 38, no se evidencian variaciones sustanciales que disminuyan las garantías exigidas por la Entidad, ni mucho menos con las cuales se pueda pretendan derogar las condiciones generales señaladas en el Clausulado de la Entidad. De pretender hacerlo voluntariamente, como mal lo afirma el Observante, se hubiese dejado dicha apreciación en el cuerpo de la póliza o en un anexo a la misma debidamente suscrito por las partes, donde VOLUNTARIAMENTE aceptaran tales afirmaciones.

1.1.13. Al respecto la Ley 1150 de 2007, a través de su Artículo 5°, señaló:

*"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.*

1.1.14. De esta manera, lo señalado en el numeral 1.1.13, lejos de ser: (i) un incumplimiento a la obligatoriedad del Clausulado de la Entidad, (ii) una modificación sustancial o (iii) una complementación, adición, modificación o mejora de la propuesta como el Observante quiere hacerlo ver, se está ante una posible aclaración, que a la luz de la ley 1150 se traduce en un requisito NO necesario para la comparación de las propuestas, que no constituye criterio de ponderación ni capacidad, y por lo tanto, puede ser aclarado y/o corregido en cualquier momento.

1.1.15. Lo anterior con el único fin de recibirse por parte de la Entidad, la totalidad de documentos con los cuales podrá seleccionar de manera transparente y objetiva la propuesta más conveniente al interés general[1].

1.1.16. En concordancia con lo desarrollado por la ley 1150 de 2007, la Jurisprudencia ha venido cimentando la premisa central sobre la subsanabilidad de los documentos en los procesos de selección, expresando lo siguiente:

"En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto,

[1] Sentencia del 26 de abril de 2006 -exp.16.041- la Sección "(...) Por consiguiente, así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, **no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella** y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993)."

"aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas"; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables "... ***todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje"****, los que* ***"... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."***

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."

1.1.17. Adicionalmente, la Directora General – Maria Margarita Zuleta- de la Agencia Nacional de Contratación- Colombia Compra Eficiente-, después de analizar los antecedentes de la problemática que gira alrededor de los criterios de *subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje,* entre ellos el de la garantía de seriedad, aun bajo la vigencia del parágrafo 1° del artículo 5° de la ley 1150 de 2007, mediante Circular Externa No 13 del 13 de junio de 2014 señaló:

"La normativa exige a los oferentes, entre otras cosas, (...); y (ii) presentar junto con la oferta una garantía de seriedad del ofrecimiento. (...)

(ii) Garantía de seriedad de la oferta
La presentación de la garantía de seriedad de la oferta puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación."

"Si en un Proceso de Contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afectan la asignación de puntaje, la Entidad Estatal en el informe de evaluación debe indicarlo y

advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta."

1.1.18. Con lo anterior se aclara, que al tratarse de subsanación de documentos que no otorgan puntaje, más que pretender enmarcarlo en una mejora o adición de la propuesta, es una regulación y exigencia de orden legal, de tal manera que los proponentes puedan entregar, aclarar o corregir oportunamente todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, para obtener una pluralidad de oferentes y una correcta comparación objetiva de las propuestas.

1.1.19. Sin embargo, del informe de evaluación de la Propuesta, se puede concluir con plena certeza, que para la Entidad no existió ningún criterio que fuera objeto de subsanación, prueba de ello es que se le haya calificado como hábil a la Propuesta presentada por la Estructura Plural y no se nos haya requerido aclaración al respecto.

1.1.20. En este orden de ideas, con el documento de aclaración expedido por Liberty Seguros y que se adjunta al presente escrito, se pretende ratificar y aclarar la versión del clausulado vinculante a la Póliza, mas no se constituye en una subsanación de capacidad, ni una acreditación de una situación ocurrida con posterioridad al cierre, ni mucho menos una mejora o adición al contenido de la propuesta.

1.1.21. Adicionalmente y en relación con la garantía de seriedad, el artículo 5.1.7 del Decreto 734 de 2012, señala al respecto:

"La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última."

1.1.22. De igual manera lo expresó el Pliego en su numeral 3.1.10, en los siguientes términos:

"La no presentación de la Garantía de Seriedad, produce el rechazo de la Oferta. Si la garantía se presenta, pero adolece de errores en su constitución, según lo solicitado en este numeral, la ANI podrá solicitar su corrección."

1.1.23. De lo tipificado en el Decreto 734/12 antes transcrito, se extrae con total claridad que la única causal para que la entidad contratante rechace una propuesta y que este rechazo sea derivado de aspectos relacionados con la garantía de seriedad, es que la garantía no sea efectivamente aportada o entregada con la propuesta, situación que NO es la que hoy nos ocupa.

1.1.24. Nótese como el mismo decreto reglamentario, no condicionó ni delimito los eventos en que fuera procedente la modificación de la garantía de seriedad, sino que por el contrario, dejo clara la **única causal de rechazo** de la propuesta por situaciones relacionadas con la garantía de seriedad.

1.1.25. De lo anterior se desprende y se llega a la conclusión, que en la medida en que se presente la garantía de seriedad junto con la propuesta, ésta podrá ser objeto de cuantas aclaraciones sean pertinentes, como consecuencia de errores en su constitución, siempre y cuando, no se estuviera subsanando criterios de ponderación o capacidad jurídica (por ejemplo para suscribir la correspondiente garantía) hasta antes de la adjudicación.

1.1.26. En esencia, lo que ha venido evidenciándose a través de los diferentes decretos reglamentarios de la Ley 1150 de 2007 en relación con la garantía de seriedad, es pretender zanjar por completo el debate que hasta hace 10 años se originaba, cuando por parte de la entidad se daba la necesidad de modificar la garantía de seriedad que se entregaba con la oferta en un proceso de selección, y no se sabía cómo solicitar la aclaración, corrección o modificación al proponente, dando ocasión al rechazo de una propuesta que bien pudo haber entrado a competir objetivamente en beneficio del interés general.

1.1.27. Así pues, el desarrollo normativo y especialmente jurisprudencial, nos lleva a concluir que la garantía de seriedad es susceptible de ser aclarada, corregida o modificada, de acuerdo con lo exigido en el pliego

de condiciones, siempre y cuando no se constituya en criterio que otorgue puntaje o de subsanación de capacidad jurídica[2].

1.1.28. De esta manera, las objeciones formuladas por un tercero, carecen claramente de legitimación, toda vez que las partes, esto es, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, la Estructura Plural como afianzado, y las coaseguradoras que expiden la Garantía, han expresado unánimemente su consentimiento en unas específicas condiciones generales y particulares, que no dejan duda de cuáles son las cláusulas que regulan el contrato de seguro, que para infortunio del opositor, es legalmente consensual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1036 del Código de Comercio.

1.1.29. De acuerdo con los argumentos antes expuestos y ante el innegable hecho - constatable con el registro ante la Superintendencia Financiera de Colombia - consistente en existir un **ÚNICO CONDICIONADO GENERAL** para la: *"PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI"*, es claro que el Clausulado de la Propuesta corresponde al clausulado general de la Póliza de la Propuesta.

1.1.30. En este sentido es claro que la observación planteada por la ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI-GRODCO, en relación con la garantía de seriedad, no procede por las razones expuestas en los numerales anteriores, sin embargo, nos permitimos adjuntar el documento que aclara la situación planteada por el Observante y en el mismo sentido se ratifica el Clausulado de la Propuesta que hace parte integral de la Póliza.

---

[2] *sentencia del 26 de febrero de 2014 (25.804), con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero "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."*

1.1.31. Por lo anterior, solicitamos a la Entidad no tener en cuenta la observación presentada y de esta manera ratificar el informe de evaluación publicado el 11 de junio de 2014.

1.2. **EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APENDICE FINANCIERO 3 - "LA SANCION QUE SE DERIVA DEL INCUMPLIMIENTO"**

1.2.1. De acuerdo con los argumentos expuestos en el numeral anterior, el clausulado registrado ante la Superintendencia (en adelante el "Único Condicionado General") coincide sustancialmente con el Clausulado de la Propuesta, y ambos clausulados anteriores obedecen al Clausulado de la Entidad, publicado por la ANI junto con la Licitación, por lo tanto, es íntegramente valido el Clausulado de la Propuesta para la Entidad.

1.2.2. En relación con la observación es pertinente aclarar que una cosa es el clausulado que contiene las **condiciones generales** del contrato de seguro y que se anexa en documento aparte, y otra muy distinta, es el que contiene las **condiciones particulares** que van incluidas o relacionadas en la caratula y cuerpo de la póliza. Si bien las primeras se compilan en un solo documento que podrá ser adherido a diferentes contratos de seguro, las segundas se aplican única y exclusivamente a un solo contrato de seguro o póliza que exige exclusivamente este tipo de condiciones.

Las condiciones generales de la póliza son aquellas que regulan de manera genérica todos los aspectos de la convención, sus amparos, sus exclusiones, sus bienes no cubiertos, además de transcribir disposiciones legales que iluminan el contrato de seguro. Las condiciones particulares por su parte, contienen aspectos específicos del riesgo que lo identifican, e individualizan, de acuerdo a las particularidades de la convención que se pretende garantizar.

1.2.3. Para efectos de la observación, el Clausulado de la Propuesta o clausulado general de la Póliza, señalaba dentro de su contenido que la garantía de seriedad de la oferta debe garantizar el *"pago a la ANI de la **Sanción** que se deriva del incumplimiento del ofrecimiento en los siguientes eventos (...)"*.

Al respecto el pliego de condiciones dentro del capítulo de la garantía de seriedad, en su numeral 3.8.6[3] y 3.8.7[4], hace referencia a unas condiciones particulares que se debían cumplir e incluir en el cuerpo de la póliza, como efectivamente se refleja en la Garantía aportada con la Propuesta a folio 33 y 34, como se observa a continuación:

OBJETO DE LA POLIZA:
GARANTIZAR LA SERIEDAD DE LA OFERTA PRESENTADA EN EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-IP-LP-009-2013 CUYO OBJETO ES 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 CONCESION AUTOPISTA CONEXIÓN PACIFICO 3 DEL PROYECTO "AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD", DE ACUERDO CON EL APENDICE TECNICO 1 DE LA MINUTA DEL CONTRATO.
LA GARANTÍA DE SERIEDAD AMPARARÁ LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA EN CASO DE QUE EL OFERENTE EN LA PRESENTE LICITACIÓN PÚBLICA RESULTE ADJUDICATARIO DE LA MISMA. PARA LOS EFECTOS DE ESTE NUMERAL SE ENTENDERÁ QUE EXISTE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ADJUDICATARIO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS:

A) LA NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SIN JUSTA CAUSA, EN LOS TÉRMINOS Y DENTRO DE LOS PLAZOS Y CONDICIONES PREVISTOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES.
B) LA NO AMPLIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO EN EL PRESENTE PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SE PRORROGUE O CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SE PRORROGUE.
C) LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR PARTE DEL SPV, DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EXIGIDA POR LA ANI PARA AMPARAR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO, CON EL LLENO DE LAS CONDICIONES Y REQUISITOS QUE CORRESPONDAN, SEGÚN LOS TÉRMINOS AQUÍ PREVISTOS Y CONFORME A LO REQUERIDO POR LA LEY.
D) EL NO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL CONTRATO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE INICIO DE EJECUCIÓN.
E) EL RETIRO DE LA OFERTA DESPUÉS DE VENCIDO EL TÉRMINO FIJADO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS.

Folio 33

---

[3] *3.8.6. Características Particulares:*
(a) La Garantía de Seriedad de la Oferta deberá ser otorgada a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura.
(b) Deberá señalar el número de la presente Licitación Pública.
(c) El tomador será el Oferente. Si éste tuviere varios miembros, se tomará a nombre de cada uno de los miembros del Oferente.
(d) El valor asegurado corresponderá a CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE ($52.856 Millones COP).

[4] ***3.8.7.*** *La Garantía de Seriedad amparará los perjuicios derivados del incumplimiento 43 de la Oferta en caso de que el Oferente en la presente Licitación Pública resulte 44 Adjudicatario de la misma. Para los efectos de este numeral se entenderá que 45 existe incumplimiento por parte del Adjudicatario en los siguientes eventos:*
(a) La no suscripción del Contrato de Concesión sin justa causa, en los términos y dentro de los plazos y condiciones previstos en este Pliego de Condiciones.
(b) La no ampliación de la vigencia de la Garantía de Seriedad de la oferta cuando el término previsto en el presente Pliego de Condiciones para la Adjudicación del Contrato de Concesión se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del Contrato se prorrogue.
(c) La falta de otorgamiento por parte del SPV, de la Garantía de Cumplimiento exigida por la ANI para amparar el incumplimiento de las obligaciones del Contrato, con el lleno de las condiciones y requisitos que correspondan, según los términos aquí previstos y conforme a lo requerido por la Ley.
(d) El no cumplimiento de los requisitos previstos en el Contrato para la suscripción del Acta de Inicio de ejecución.
(e) El retiro de la Oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las Ofertas.

OBJETO DE LA POLIZA:
ESTA GARANTÍA PERMANECERÁ VIGENTE POR SEIS (6) MESES, CONTADOS DESDE LA FECHA DE CIERRE. EN TODO CASO, LA GARANTÍA DEBERÁ PERMANECER VIGENTE HASTA LA FECHA DE INICIO DE CONFORMIDAD CON LOS PLAZOS QUE AL EFECTO SE PREVÉN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN. EL PLAZO DE LA GARANTÍA DEBERÁ SER PRORROGADO CUANDO LA ANI RESUELVA AMPLIAR LOS PLAZOS PREVISTOS PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS Y/O PARA LA EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO Y/O PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y/O CUANDO SEA NECESARIO PARA QUE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA PERMANEZCA VIGENTE HASTA LA FECHA DE INICIO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, O CUANDO DICHOS PLAZOS FUEREN SUSPENDIDOS MEDIANTE RESOLUCIÓN MOTIVADA POR LA ANI.

TOMADOR/GARANTIZADO

MARIO ALBERTO HUERTAS COTES C.C. N°19.146.113
CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA NIT. N°.900.395.291-6

QUIENES PRESENTAN LA PROPUESTA BAJO LA MODALIDAD DE ESTRUCTURA PLURAL CONFORMADA DE LA SIGUIENTE MANERA:
MARIO ALBERTO HUERTAS COTES C.C. 19.146.113 PARTICIPACION 75%
CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA NIT. 900.395.291-6 PARTICIPACION 25%
Folio 34

1.2.4. Se equivoca el Observante, al aseverar que el amparo del *"pago a la ANI de la sanción por incumplimiento"* imperativamente, debía expresarse en las condiciones particulares, pues la **ÚNICA EXIGENCIA DE LOS PLIEGOS**, lo era que en éstas – en las condiciones particulares – se dejara expreso lo ya mencionado, esto es: (i) que la garantía sea otorgada a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI; (ii) que se señale el número de la licitación pública; (iii) tener por tomador al oferente, y si tuviera varios miembros, a todos ellos; (iv) que el valor asegurado asciende a la suma de $52.856.000.000,oo., (v) aunado a las condiciones particulares que se indicaban en el numeral 3.8.4 y 3.8.7 del mismo Pliego y que fueron igualmente incluidas en la caratula de la Póliza como condiciones particulares.

1.2.5. En este sentido, no es comprensible el propósito y sentido de la observación, pues si bien la expresión *"pago de la SANCION"* - a que hace referencia el Clausulado de la Propuesta - es propia de las condiciones generales de la Póliza, es equivoco pretender incluir dentro de los espacios correspondientes a las condiciones particulares de la misma, dicha expresión que hace parte de las condiciones generales, que como ya se ha dicho, son extensas y van en anexo aparte que se adhiere a la póliza, sin que sea necesario relacionarlas en el cuerpo de la Garantía.

1.2.6. Esa especificidad de las condiciones particulares frente a la convención que garantiza, hace imposible su inclusión en las condiciones generales. Las condiciones generales por su parte, que diseñan

macroscópicamente una convención, no pueden contener el detalle específico e individualizador de la las condiciones particulares.

1.2.7. Se trata de una apreciación subjetiva y de poco argumento jurídico y contractual la que pretende el Observante, al no haberse incluido en la caratula de la Póliza, la referencia "**al pago de la "sanción"** (adicional al pago de los "perjuicios" que se incluyó en la Póliza) que se menciona en el Clausulado de la Propuesta, y que por el contrario solo se incluyeron en dicha caratula, las situaciones relacionadas en los literales del numeral 3.8.7. del Pliego, que la misma Entidad reguló como necesarias y específicas para incluir en la misma Garantía.

1.2.8. Es así como con las expresiones señaladas en el numeral 3.8.7 del Pliego, la Entidad se sintió segura, cubierta y protegida en sus garantías, pues de lo contrario, hubiese adendado dicho numeral e incluido lo referente al "*pago de la sanción*", que tanto echa de menos el Observante, aun permaneciendo dicha expresión en el clausulado general que es igualmente vinculante para las partes.

1.2.9. Ni la misma asegurada y beneficiaria de la Póliza exige que se incluya o se haga referencia al "*pago de la sanción*", toda vez que como lo refleja el mismo informe de evaluación, se siente tranquila y cubierta en sus derechos y garantías con el condicionado general y particular que se entregó por parte de la Estructura Plural a través de la Propuesta. Aunado a lo anterior, lo único que debió cumplir el Proponente a la luz del Pliego - como Ley del Contrato – y de esta manera reflejar en el cuerpo de la Póliza, eran la condiciones particulares señaladas en el Pliego, siendo este el documento que regula la relación precontractual y los criterios de evaluación bajo los cuales se adelantara el proceso de selección[5], por ello, solo será exigible lo señalado en el mismo.

[5] "*El contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la ley 80 de 1993, de modo que ellos reflejan la base sobre la cual se deben estructurar los mismos, para garantizar la concreción del principio de transparencia; esos parámetros o exigencias mínimas fijadas desde un marco positivo son, en síntesis, las siguientes: i)* ***los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados*** *en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii)*

1.2.10. De esta manera la Estructura Plural cumplió con lo exigido en el Pliego, y en este sentido, incluyó dentro del clausulado particular de la Póliza, las condiciones y criterios señalados en el Pliego, más específicamente en los numerales 3.8.4, 3.8.6 y 3.8.7., siendo estas las razones legales y contractuales bajo las cuales la Entidad calificó la Propuesta presentada por la Estructura Plural como hábil, al haberse cumplido con todos los requisitos habilitantes exigidos en el Pliego.

1.2.11. El hecho que dentro del cuerpo de la póliza no se incluya o no se haga referencia al pie de la letra de las condiciones generales, no quiere decir que las condiciones particulares pretendan derogar de manera tácita las condiciones generales que se adhieren al contrato de seguro, y que son igualmente vinculantes y exigibles. Por lo tanto, ni en la misma póliza ni en documento anexo a la póliza, se dejó algún tipo de expresión o afirmación en donde el tomador y el asegurador hayan acordado derogar los amparos que se encuentran en las condiciones generales, continuando de esta manera vigentes.

1.2.12. En ese orden de ideas, el reproche del Observante referido a la falta de inclusión de las condiciones generales dentro de las condiciones particulares del contrato de seguro celebrado, es absolutamente infundado, siendo procedente que la entidad ratifique la calificación de hábil a la Propuesta presentada por la Estructura Plural.

1.3. **EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3- "MANIFESTACIÓN MIPYME"**

1.3.1. En cuanto a esta observación, nos remitiremos a los mismos argumentos de hecho y de derecho que se plantearon en el numeral 1.2 anterior:

---

las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar." Sentencia del Consejo de Estado de julio 24 de 2013. C.p Enrique gil Botero.

1.3.2. Reiteramos en este numeral, que el señalamiento del Observante parte de una premisa errónea, como quiera que presume inexactamente que las condiciones generales de la Póliza o el Clausulado de la Propuesta no corresponde al Clausulado de la Entidad, que acertadamente fueron estudiadas y aprobadas por la ANI.

1.3.3. Se aparta entonces el Observante, de las actuaciones que como tercero desconoce y que se han producido en el desarrollo de la relación aseguraticia con la Entidad. Desconoce que la Entidad, el oferente afianzado y las coaseguradoras, han manifestado su pleno acuerdo sobre cuáles son las condiciones generales aplicables a la póliza expedida por **LIBERTY SEGUROS S.A.,** siendo éstas, como ya lo dijimos, las únicas que para el tipo de póliza que nos ocupa, se han consignado ante la Superintendencia Financiera de Colombia de conformidad con el Clausulado de la Entidad publicado en el proceso de selección que nos ocupa

1.3.4. Es así como siguiendo la línea de la observación anterior, es pertinente aclarar que una cosa es el clausulado que contiene las **condiciones generales** del contrato de seguro y que se anexa en documento aparte, y otra muy distinta, es el que contiene las **condiciones particulares** que van incluidas o relacionadas en la caratula y cuerpo de la póliza. Si bien las primeras se compilan en un solo documento que podrá ser adherido a diferentes contratos de seguro, las segundas se aplican única y exclusivamente a un solo contrato de seguro o póliza que exige exclusivamente este tipo de condiciones.

Las condiciones generales de la póliza son aquellas que regulan de manera genérica todos los aspectos de la convención, sus amparos, sus exclusiones, sus bienes no cubiertos, además de transcribir disposiciones legales que iluminan el contrato de seguro. Las condiciones particulares por su parte, contienen aspectos específicos del riesgo que lo identifican, e individualizan, de acuerdo a las particularidades de la convención que se pretende garantizar.

1.3.5. Para efectos de la observación, el Clausulado de la Propuesta o clausulado general de la Póliza, señala dentro de su contenido que *"la*

garantía de seriedad de la oferta debe garantizar el pago a la ANI de la sanción que se derive del incumplimiento en los siguientes eventos: (...) el haber manifestado ser Mipyme para limitar la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición"

Al respecto el pliego de condiciones dentro del capítulo de la garantía de seriedad, en su numeral 3.8.6 y 3.8.7, hace referencia a unas condiciones particulares que se debían cumplir e incluir en el cuerpo de la póliza, como efectivamente se refleja en la Garantía aportada con la Propuesta a folio 33 y 34.

1.3.6. Se equivoca quien observa, al aseverar que la expresión *"el haber manifestado ser Mipyme para limitar la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición"* debía expresarse en las condiciones particulares, pues la **ÚNICA EXIGENCIA DE LOS PLIEGOS**, lo era que en éstas – en las condiciones particulares – se dejara expreso lo ya mencionado, esto es: (i) que la garantía sea otorgada a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI; (ii) que se señale el número de la licitación pública; (iii) tener por tomador al oferente, y si tuviera varios miembros, a todos ellos; (iv) que el valor asegurado asciende a la suma de $52.856.000.000,oo., (v) aunado a las condiciones particulares que se indicaban en el numeral 3.8.4 y 3.8.7 del mismo Pliego y que fueron igualmente incluidas en la caratula de la Póliza.

1.3.7. En este sentido, no es comprensible el propósito y sentido de la observación, pues si bien la expresión *"el haber manifestado ser Mipyme para limitar la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición"* - a que hace referencia el Clausulado de la Propuesta - es propia de las condiciones generales de la Póliza. Es equivoco pretender incluir dentro de los espacios correspondientes a las condiciones particulares de la misma, dicha expresión que se incluye de manera exclusiva dentro las condiciones generales que hace parte de la misma Póliza, y que como ya lo hemos dicho, son extensas y van en anexo aparte que se adhiere a la póliza, sin que sea necesario relacionarlas en el cuerpo de la Garantía.

1.3.8. Esa especificidad de las condiciones particulares frente a la convención que garantiza, hace imposible su inclusión en las condiciones generales. Las condiciones generales por su parte, que diseñan macroscópicamente una convención, no pueden contener el detalle específico e individualizador de la las condiciones particulares.

1.3.9. Se trata de una apreciación subjetiva y de poco argumento jurídico y contractual, la que pretende afirmar el Observante al no haberse incluido en la caratula de la Póliza, la referencia a: *"el haber manifestado ser Mipyme para limitar la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición"* que se menciona en el Clausulado general de la Propuesta, y que por el contrario solo se incluyeron en dicha caratula, las situaciones relacionadas en los literales del numeral 3.8.7. del Pliego, que la misma Entidad reguló como necesarias y específicas para incluir en la misma Garantía.

1.3.10. Es así como con las expresiones señaladas en el numeral 3.8.7 del Pliego, la Entidad se sintió segura, cubierta y protegida en sus garantías, pues de lo contrario, hubiese adendado dicho numeral e incluido lo referente a *"el haber manifestado ser Mipyme para limitar la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición"*, que tanto echa de menos el Observante, aun permaneciendo dicha expresión en el clausulado general que es igualmente vinculante para las partes.

1.3.11. Ni la misma asegurada y beneficiaria de la Póliza –para el caso la ANI - exige que se incluya o se haga referencia a *"el haber manifestado ser Mipyme para limitar la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición"*, toda vez que como lo refleja el mismo informe de evaluación, se siente tranquila y cubierta en sus derechos y garantías con el condicionado general y particular que se entregó por parte de la Estructura Plural.

Aunado a lo anterior, lo único que debió cumplir el Proponente a la luz del Pliego - como Ley del Contrato - y de igual manera relacionar en el cuerpo de la Póliza, eran la condiciones particulares señaladas en el Pliego, siendo este el único documento que regula la relación

precontractual y los criterios de evaluación bajo los cuales se adelantara el proceso de selección, por lo cual, el Proponente solo deberá acogerse y le será exigible, lo señalado en el Pliego.

1.3.12. De esta manera la Estructura Plural cumplió con lo exigido en el Pliego, y en este sentido, incluyó dentro del clausulado particular de la Póliza, las condiciones y criterios señalados en el Pliego de Condiciones, más específicamente en los numerales 3.8.4, 3.8.6 y 3.8.7., siendo estas las razones legales y contractuales bajo las cuales la Entidad calificó la Propuesta presentada por la Estructura Plural como hábil, al haberse cumplido con todos los requisitos habilitantes exigidos en el Pliego.

1.3.13. El hecho que dentro del cuerpo de la póliza no se incluya o no se haga referencia al pie de la letra de las condiciones generales, no quiere decir que las condiciones particulares pretendan derogar de manera tácita las condiciones generales que se adhieren al contrato de seguro, y que son igualmente vinculantes y exigibles. Por lo tanto, ni en la misma póliza ni en documento anexo a la póliza, se dejó algún tipo de expresión o afirmación en donde el tomador y el asegurador hayan acordado derogar los amparos que se encuentran en las condiciones generales, continuando de esta manera vigentes.

1.3.14. Adicionalmente, es preciso dejar claro que ninguno de los miembros de la Estructura Plural son Mipyme, por lo cual es más absurdo pretender incluir dicha expresión en el cuerpo de la Póliza como parte de las condiciones particulares.

1.3.15. En ese orden de ideas, la observación del proponente referido a la falta de inclusión de las condiciones generales dentro de las condiciones particulares del contrato de seguro celebrado, demuestra el desconocimiento de aspectos sustanciales del contrato de seguro, siendo procedente que la entidad ratifique la calificación de hábil a la Propuesta presentada por la Estructura Plural.

1.4. **EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APENDICE FINANCIERO 3 -OTROS ASPECTOS RELEVANTES**

1.4.1. El clausulado no incluye el amparo de calidad del servicio

1.4.2. Tal afirmación, como todas las anteriores, es inexacta, pues si bien se procede a revisar el correspondiente Clausulado de la Propuesta, y en especial, la cláusula Vigésima Sexta- Anexos, encontraremos la inclusión del "Amparo de Calidad del Servicio":

VIGÉSIMA SEXTA

26. ANEXOS

De acuerdo con el tipo de contrato, en la SECCION I. se deberán incluir los amparos descritos a continuación según sean requeridos por la AGENCIA:

26.1. AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO: MEDIANTE ESTE AMPARO SE CUBRE A LA ANI CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR ÉSTA, IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, QUE SURJAN CON POSTERIORIDAD A LA TERMINACION DEL CONTRATO Y QUE SE DERIVEN DE: (I) LA MALA CALIDAD O INSUFICIENCIA DE LOS PRODUCTOS ENTREGADOS CON OCASIÓN DE UN CONTRATO DE CONSULTORÍA, O (II) LA MALA CALIDAD DEL SERVICIO PRESTADO, TENIENDO EN CUENTA LAS CONDICIONES PACTADAS EN EL CONTRATO.

ESTE AMPARO COMENZARÁ SU VIGENCIA A PARTIR DEL ACTA DE ENTREGA DEL SERVICIO CONTRATADO.

1.4.3. La mencionada clausula Vigésima Sexta del Clausulado general de la Propuesta, regula el *"amparo de calidad del servicio"* en los mismos términos y condiciones en que lo exige la Entidad a través del Clausulado de la Entidad, razón de peso para constatar que la aseveración del opositor es a todas luces infundada y contraria a la realidad.

1.4.4. Al respecto, es preciso señalar que los anexos de las pólizas, hacen parte integral de la misma, como lo establece el artículo 1048 del Código de Comercio, el cual establece a su tenor literal:

"ARTÍCULO 1048. DOCUMENTOS ADICIONALES QUE HACEN PARTE DE LA PÓLIZA. *Hacen parte de la póliza:*

1) La solicitud de seguro firmada por el tomador, y

2) ***LOS ANEXOS QUE SE EMITAN PARA ADICIONAR, MODIFICAR, SUSPENDER, RENOVAR O REVOCAR LA PÓLIZA.***

PARÁGRAFO. *El tomador podrá en cualquier tiempo exigir que, a su costa, el asegurador le dé copia debidamente autorizada de la solicitud y de sus anexos, así como de los documentos que den fe de la inspección del riesgo." (Subrayas y negrilla fuera de texto).*

1.4.5. De esta manera, es claro afirmar que la observación relacionada con la no inclusión del amparo de calidad del servicio, no es cierta y por el contrario dicho amparo se encuentra relacionado en el Clausulado general de la Propuesta aportado a folios 38 a 43.

1.4.6. En este orden de ideas, no procede la observación y en este sentido continúa la calificación de la Propuesta conforme al informe de evaluación publicado por la Entidad el 11 de junio de 2014.

1.4.7. **El clausulado incluye un texto adicional "de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011".**

1.4.8. La observación, por demás irrelevante por tratarse de normas de orden público, que el acuerdo entre las partes no tiene la potestad de desconocer, parte de la remisión expresa que los pliegos de condiciones hacen a la aplicabilidad del Decreto 734 de 2012 el cual, en su artículo 5.1. refiere expresamente a la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Dice el artículo 5.1.13, lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 5.1.13. EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS.** Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:*

*5.1.13.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante **de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**, proferirá el acto administrativo*

correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

5.1.13.2 En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante ***de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011,*** *proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

5.1.13.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante ***de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011****, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro."*

1.4.9. De acuerdo con lo anterior, el mismo decreto al cual se ha acogido la Entidad en los presentes procesos de selección, señala las expresiones, que la Entidad mediante Adendo No. 2, eliminó y que hoy pretende el Observante delimitar como aspectos sustanciales que conllevan a un rechazo de la Propuesta.

1.4.10. Es así como, sin perjuicio de las variaciones o modificaciones que la Entidad haya realizado al Clausulado de la Entidad, la aplicación de dichas normas de orden público relacionadas con los procesos de

multa e incumplimientos en los contratos estatales, son de obligatorio cumplimiento.

1.4.11. Es decir, el hecho que el Clausulado de la Entidad y el mismo Clausulado de la Propuesta incluyan o no la expresión *"de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"*, no hace nugatorio el derecho u obligación de las partes cocontrantantes para aplicar el procedimiento establecido en dicho artículo.

1.4.12. Es claro que, no obstante a través del presente escrito se adjunta una certificación que aclara que tal expresión se tendrá por no escrita en el Clausulado de la Propuesta, de conformidad con los lineamientos señalados en el Clausulado de la Entidad, el artículo 86 de la ley 1474 de orden público, deberá ser aplicado cuando la ley así lo exija, y más aún, cuando se trate de los derechos de los contratistas.

1.4.13. El clausulado modifica la numeración prevista en el apéndice 3

1.4.14. Las condiciones de la póliza expedida por **LIBERTY SEGUROS S.A.,** denominada *"PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI"*, coincide estrictamente con las exigencias realizadas por la Entidad asegurada y las condiciones establecidas por ésta.

1.4.15. La numeración que se realice de los amparos, exclusiones y demás condiciones de la póliza, es absolutamente inocua para efectos de valorar el alcance y las condiciones para hacer efectivos aquellos, lo que torna irrelevante el argumento del opositor, más aun, cuando la causa de la observación obedece esencialmente a aspectos netamente formales, que la misma ley y jurisprudencia ha calificado de no procedente para rechazar una propuesta.

1.4.16. Al respecto la Ley 1150 de 2007, a través de su Artículo 5°, señaló:

"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.*

1.4.17. En concordancia con lo desarrollado por la ley 1150 de 2007, la Jurisprudencia ha venido cimentando la premisa central sobre la subsanabilidad de los documentos en los procesos de selección, expresando lo siguiente:

*"En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, "aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas"; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables "... **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje**", los que **"... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."***

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.[6]

1.4.18. De lo anterior se infiere, que si bien la variación en la numeración no hace parte de aspectos relacionados con criterios de ponderación, no podrán constituirse en causal de rechazo de la Propuesta. Sin embargo, si bien el Clausulado de la Propuesta contiene las mismas clausulas y

[6] Idem

en esencia los aspectos sustanciales del Clausulado de la Entidad, no se podría entrar a calificar la propuesta como No Hábil.

1.4.19. Al amparo de lo allí expuesto, es perfectamente posible concluir que como la garantía de seriedad de la oferta, y en particular la numeración de su clausulado, no es un criterio necesario para la comparación de las ofertas, ni implica la asignación de puntaje a los proponentes, esto no podrá ser motivo de rechazo de la Propuesta y por lo tanto se deberá ratificar la calificación de Hábil de la Propuesta.

1.4.20. Finalmente, tampoco se podría concluir que los cambios que la entidad eventualmente considere pertinentes en relación con la garantía de seriedad de la oferta presentada por la Estructura Plural, comporten la modificación, adición o mejora de la oferta presentada, en tanto la garantía de seriedad si bien es un documento que hace parte de la misma, en el fondo no establece las condiciones de celebración y ejecución del contrato, de tal manera que cualquier cambio que sobre el mencionado documento se realice antes de la adjudicación, **no deja de ser un cambio sobre un documento accesorio a la oferta y no sobre la oferta misma.**

2. EN CUANTO AL PUNTAJE POR APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL Y ACREDITACIÓN DE RECIPROCIDAD

2.1. Al revisar la observación planteada por el Observante en relación con el puntaje que debe asignarse a este proponente dentro de la licitación pública de la referencia, se encuentra que el mismo está propendiendo por generar dudas y confusiones totalmente infundadas en relación con las claras reglas que estaban previstas en el pliego de condiciones.

2.2. Al respecto y conforme se podrá encontrar en las explicaciones siguientes, no solo el Observante llega a conclusiones erradas, sino que el camino jurídico que labra dentro de sus razonamientos jurídicos revisten diferentes equivocaciones de importante envergadura que evidencian varias falencias en técnica jurídico-argumentativa, que tenemos pleno convencimiento la ANI ya habrá advertido o seguramente advertirá.

2.3. La argumentación del Observante centra su análisis en el siguiente razonamiento:

(i) El Numeral 4.4.1 del pliego de condiciones en línea con lo dispuesto en el Numeral 4.2.2 del Decreto 734 de 2012 señaló que únicamente se considerarán oferentes de bienes y servicios nacionales los prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.

(ii) Establece que para que una empresa se entienda constituida de acuerdo con las normas nacionales, es necesario que se conforme una persona jurídica distinta de la matriz.

(iii) Conforme lo anterior, afirma el Observante que según su criterio, los servicios prestados por sucursales, constituidas en Colombia, de sociedades extranjeras no se deben considerar servicios nacionales, dado que una sucursal en Colombia es un establecimiento de comercio que no crea una persona jurídica independiente. Es más, afirma que dentro del numeral 4.2.6. del pliego de condiciones en ningún momento exime a las sucursales de sociedades extranjeras de tener que acreditar el trato nacional.

(iv) Por lo anterior, para efectos de asimilar el origen nacional de los bienes y servicios debió haberse cumplido con las reglas respecto de la reciprocidad en Colombia. Situación que, según se afirma por el Observante, no fue cumplida por este proponente.

(v) Por lo anterior, el Observante pretende que se asigne un puntaje diferente al otorgado por parte de la ANI a este proponente.

2.4. Como paso previo a abordar el análisis respectivo que evidenciará que el Observante se encuentra equivocado, debe considerarse que el pliego de condiciones de la licitación pública de la referencia es plenamente claro y sin que haya necesidad de llegar a realizar mayores esfuerzos en la lectura del mismo, es evidente que si una sociedad extranjera constituyó una sucursal en Colombia y formula oferta, se le deben asignar 100 puntos dentro de la evaluación, tal cual como sucedió en este proceso y ha sucedido en tantos otros, no solo relacionados con los proyectos de concesiones de cuarta generación, sino de otros de distinta naturaleza, adelantados por la Agencia Nacional de Infraestructura.

2.5. El criterio con el que se elaboró el pliego de condiciones y de conformidad como fue aplicado el mismo por la ANI es el correcto y el que debe aplicarse, tal y como se verá a continuación.

2.6. **En cuanto a la afirmación que establece que el Numeral 4.4.1 del pliego de condiciones en línea con lo dispuesto en el Numeral 4.2.2 del Decreto 734 de 2012 señalo que únicamente se considerarán oferentes de bienes y servicios nacionales los prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.**

2.6.1. Dentro de la afirmación que realiza el Observante es evidente que existen diferentes condiciones bajo las cuales se puede considerar que existe un oferente de bienes y servicios nacionales. Estas condiciones consisten en que los bienes y servicios sean prestados por: (i) empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional; (ii) por personas naturales o; (iii) por residentes en Colombia.

2.6.2. Respecto de lo anterior debe resaltarse el hecho de que una sucursal de sociedad extranjera, conforme se verá en el punto siguiente, no solo resulta ser una empresa constituida en Colombia, sino que además, gracias a la existencia de dicha sucursal, la sociedad extranjera constituye un residente en Colombia.

2.6.3. Así, conforme lo establece el Código Civil "[e]*l domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella.*" (Art. 78 del Código Civil).

2.6.4. La misma obra presume la permanencia cuando "(...) *el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.*" (Art. 80 del Código Civil)

2.6.5. En línea con lo anterior, el Artículo 83 del Código Civil a su vez indica que "[c]uando *ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a*

un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; (...)".

2.6.6. De otra parte, debe considerarse que dentro de los requisitos exigidos para que una sociedad extranjera constituya una sucursal en Colombia se encuentra el indicar el lugar de domicilio que adoptará dicha sucursal en el país (Numeral 3º del Artículo 472 del Código de Comercio).

2.6.7. Bajo la luz de lo expuesto, se encuentra que la sociedad extranjera al constituir una sucursal en Colombia, por mandato expreso de los requisitos exigidos en el Código de Comercio para la constitución de la misma, esta adopta un domicilio adicional al extranjero, conforme lo permiten las normas que regulan el atributo de la personalidad del domicilio.

2.6.8. Pues bien, la sociedad extranjera al adoptar un domicilio dentro del territorio colombiano, de manera automática se entiende reside en Colombia conforme lo define el Código Civil, dado que dentro de los elementos que constituyen el domicilio se encuentra (i) la residencia acompañada de; (ii) real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. Es decir, una vez se entiende que una persona está domiciliado en algún lugar, se sobreentiende que los dos elementos antes enunciados se han cumplido. Así: Toda persona con domiciliada en algún lugar es residente del mismo, mas no todo residente es domiciliado en dicho lugar.

2.6.9. Aunado con lo anterior, el régimen cambiario colombiano también reconoce de manera inequívoca la residencia a las sucursales de sociedad extranjera. Lo anterior se afirma en el sentido que es claro que el Decreto 1735 de 1992 en su Artículo 2º establece:

> *"DEFINICIÓN DE RESIDENTE. Sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales para efectos del régimen cambiario se consideran residentes todas las personas naturales que habitan en el territorio nacional. Así mismo se consideran residentes las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las*

sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras." (Subrayas fuera de texto original)

2.6.10. Por lo anterior, es evidente que al constituir una sucursal en Colombia, una sociedad extranjera debe ser considerada, para cualquier efecto e incluso para los de este proceso de selección, residente en Colombia.

2.7. **Establece que para que una empresa se entienda constituida de acuerdo con las normas nacionales, es necesario que se conforme una persona jurídica distinta de una persona jurídica distinta de la matriz**

2.7.1. Esta afirmación que podría considerarse es esencial para el argumento y solicitudes del Observante, mas como podrá advertirse es totalmente equivocada y plasma un error de derecho por parte del Observante, derivado del desconocimiento del régimen mercantil colombiano.

2.7.2. Tómese en consideración que esta afirmación parte de la normativa que regula los incentivos a la industria nacional, a saber:

> "*Para los efectos de la aplicación del parágrafo 1o del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son servicios de origen nacional aquellos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.*" (Artículo 4.2.2. Decreto 734 de 2012)

2.7.3. Es decir, que la normativa citada indica que se consideran servicios de origen nacional los que son prestados por: (i) empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional; (ii) personas naturales colombianas o (iii) residentes en Colombia.

2.7.4. Pues bien, conforme lo anterior debe tenerse claro que dentro de la legislación colombiana es totalmente diáfano lo que se debe entender por empresa dentro del ámbito mercantil, lo cual se encuentra claramente definido por el Código de Comercio en su Artículo 25, a saber:

> "*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación,*

administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio."

2.7.5. Pues bien, conforme lo anterior, es evidente que contrario a lo que afirma el Observante para constituir una EMPRESA no resulta, en manera alguna, necesario que la sociedad extranjera constituya una nueva sociedad o persona jurídica independiente a esta.

2.7.6. Es sustancialmente diferente el concepto de SOCIEDAD y de EMPRESA. El Observante los confunde, lo que lo lleva obtener una conclusión totalmente equivocada. Es más, llega a tal nivel de yerro que cita disposiciones societarias para sustentar sus argumentos en relación con el concepto de empresa.

2.7.7. El Decreto 734 de 2012 es claro al indicar que se considerarán servicios de origen nacional todos aquellos que sean prestados por EMPRESAS constituidas de acuerdo con la legislación nacional.

2.7.8. Pues bien, dado que una sucursal de sociedad extranjera, tal y como lo afirmó el Observante y lo indica el Código de Comercio, resulta ser un establecimiento de comercio (Art. 263 del C.Co.), que, tal y como se acredita en el certificado de existencia y representación legal aportado dentro de la propuesta, para el caso concreto de este proponente, fue constituida de acuerdo con la legislación nacional; de acuerdo con el Artículo 25 del Código de Comercio arriba citado, implica que la actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios que se realiza por intermedio de la sucursal observada, se realiza conforme la expresa autorización de dicho artículo de la legislación mercantil, es decir, a través de un establecimiento de comercio.

2.7.9. Por lo anterior, debe concluirse que las actividades que sean ejercidas por la sociedad extranjera a través de una sucursal constituida en Colombia, deben ser consideradas como servicios de origen nacional, ya que provienen de una EMPRESA constituida conforme la legislación nacional.

2.8. **Conforme lo anterior, afirma el Observante que según su criterio, los servicios prestados por sucursales constituidas en Colombia de sociedades extranjeras no se deben considerar servicios nacionales, dado que una sucursal en Colombia es un establecimiento de comercio que no crea una persona jurídica independiente. Es más, afirma que dentro del numeral 4.2.6. del pliego de condiciones en ningún momento exime a las sucursales de sociedades extranjeras de tener que acreditar el trato nacional**

2.8.1. Si bien es cierto dentro del pliego de condiciones no se indica de manera expresa que las sociedades extranjeras que actúen por intermedio de sus sucursales no deban acreditar el trato nacional, un simple conocimiento y adecuado entendimiento de la normativa nacional lleva a concluir a que no es necesario acreditar dicha situación, conforme se pudo ver en los puntos anteriores, por tratarse, en realidad, de servicios de origen nacional los que se prestan por una sociedad extranjera a través de su sucursal constituida en Colombia.

2.8.2. Lo anterior es tan claro para la entidad, que incluso dentro del Numeral 6.6.1 del pliego de condiciones estableció una diáfana regulación respecto de la asignación de puntaje, ya que estableció:

> *"La totalidad de la estructura plural o proponente individual deben cumplir y ser:*
>
> *Personas naturales nacionales, personas naturales extranjeras residentes en Colombia, o personas jurídicas nacionales o con sucursal en Colombia y;*
>
> *Personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia o las personas naturales extranjeras no residentes en el país que hayan acreditado la reciprocidad, así como las Estructuras Plurales integradas por dichas personas."*

2.8.3. Situación que debe ser comprendida en el sentido en que cuando se afirma en el pliego "o con sucursal en Colombia" no cabe entendimiento lógico diferente a entender que el mismo se refiere a sociedades extranjeras. Es más, el mismo inciso final del texto citado le

otorga total sentido a la expresión anotada, en la medida en que indica qué sucede con las sociedades extranjeras cuando no tienen sucursal en Colombia.

2.8.4. Por las anteriores razones, no se requiere que el pliego de condiciones indique todos aquellos requisitos que no deben ser acreditados, cuando el mismo y en la legislación aplicable al proceso de selección de referencia son claros respecto de las consecuencias jurídica a aplicar en los asuntos de apoyo a la industria nacional respecto de las sucursales de sociedades extranjeras.

2.9. **Por lo anterior, para efectos de asimilar el origen nacional de los bienes y servicios debió haberse cumplido con las reglas respecto de la reciprocidad en Colombia. Situación que, según se afirma por el Observante, no fue cumplida por este proponente**

2.9.1. No solo sobraría invertir tiempo en refutar esta afirmación por lo que se ha explicado hasta el momento, sino que además debe indicarse que aun si en gracia de discusión se asumiera que debiera acreditarse reciprocidad para el caso del integrante Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, el puntaje a asignar a este proponente debería continuar siendo el mismo.

2.9.2. La observación del respectivo proponente no tiene asidero en la medida en que el objeto del presente contrato no es la adquisición de bienes, sino de servicios. Así lo indica el pliego de condiciones, pues el objeto del contrato es, públicamente conocido: *"Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, para que el Concesionario realice a su cuenta y riesgo la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta de Contrato."*

2.9.3. Lo anterior como se puede observar no incluye como objeto el suministro o entrega a título traslaticio de dominio de bien alguno del contratista a la entidad, motivo por el cual la reciprocidad no debe versar sobre los bienes sino sobre la prestación del servicio que resulta,

en últimas, en la ejecución de una obra mediante la modalidad de concesión.

2.9.4. A lo sumo, lo único que podría establecerse en cuanto a los bienes es que para cumplirse el objeto del contrato, naturalmente se requiere del uso y aprovisionamiento de ciertos bienes, como sucedería en varios otros contratos, incluso los de mera de prestación de servicios.

2.9.5. Admitir la interpretación del Observante en el sentido de que seba requerirse reciprocidad respecto de los bienes, sería similar a admitir que de ahora en adelante, en cualquier contrato de construcción, sea de obra o suponga una, por ejemplo por precios unitarios, precio global o también de concesión, la reciprocidad tendría que versar también sobre los bienes que se utilizan para la construcción de las vías, puentes, estaciones, edificaciones, etc. Debería entonces acreditarse reciprocidad sobre todos y cada uno de los bienes (verbigracia materia prima) que se utilizará para la prestación del servicio. Incluso, si se lleva a un extremo, como lo pretende hacer el Observante, se podría llegar a entender que la papelería y tinta que utiliza un consultor (como por ejemplo un interventor o diseñador) también tendría, para efectos de ostentar trato nacional, demostrar reciprocidad sobre dichos elementos, pues en la mayoría de dichos contratos se deben entregar unos informes, planos o estudios en medios físicos. Interpretación, que permítasenos usar el término, resulta absurda bajo cualquier óptica y criterio de razonabilidad y proporcionalidad.

2.9.6. Dicha interpretación además reñiría con lo establecido en el literal b) del numeral 5º del Artículo 24 que establece que en los pliegos de condiciones: "*Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole* (...)", toda vez que si la regla fuera en el sentido que se pretende interpretar, por un parte dicha regla no sería clara dentro del pliego, pues no se expresó dicho sentido dentro del mismo y, de otra parte, si en gracia de discusión se aceptara la mencionada interpretación, el pliego de condiciones no establece cómo se manejaría la situación en la cual se presente reciprocidad de los servicios (objeto de contratación) y no se presente respecto de los bienes utilizados para la prestación del servicio, por lo cual habría una vacío que se debe interpretar a favor del proponente.

2.9.7. Precisamente y para apoyar esta respuesta recuérdese que el Decreto 734 de 2012 en su Artículo 4.2.2 y 4.2.1 diferencia entre bienes y servicios de origen nacional, a saber:

- *"ARTÍCULO 4.2.1. BIENES DE ORIGEN NACIONAL. Para los efectos del artículo 21 de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que establezcan condiciones de favorabilidad a las ofertas de bienes de origen nacional, se tendrán en cuenta los criterios establecidos por el Gobierno Nacional para calificar los Bienes Nacionales para el Registro de Productores de Bienes Nacionales establecidos en el Decreto número 2680 de 2009."*

- *"ARTÍCULO 4.2.2. SERVICIOS DE ORIGEN NACIONAL. Para los efectos de la aplicación del parágrafo 1o del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son servicios de origen nacional aquellos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia."*

2.9.8. De acuerdo con lo expuesto, se debe tener claro que aun cuando en las normas y en el pliego se utilice la expresión genérica "bienes y servicios" es una neta referencia a lo que se requiere de la reciprocidad, pero tal y como se indicó, es indispensable tener claro el objeto a contratar dentro del proceso de selección, ya que gracias a este es que se puede conocer cuál es la verdadera reciprocidad que debe acreditarse.

2.9.9. Así las cosas, por todo lo explicado no puede ser de recibo la observación formulada, toda vez que los fundamentos jurídicos en los que se apoya el Observante son errados y por lo tanto, la conclusión a la que llega debe ser desechada y por el mismo motivo, se solicita a la ANI mantener el puntaje asignado a este proponente dentro del proceso de selección de la referencia.

3. EN CUANTO A LOS PRESUNTOS EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN PERSONAL DE LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

3.1. Afirma el Observante que se requiere de presentación personal de la carta de presentación personal, en la medida que dentro de la misma va inserto un poder para el representante común de la estructura plural.

3.2. Lo anterior lo fundamenta en:

(i) Que de conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 25 del Decreto Ley 019 de 2012 los poderes especiales deben ser presentados personalmente.

(ii) Que la necesidad de presentación personal de los poderes tiene origen en la remisión normativa del Artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

(iii) Que aun cuando la ANI ya se manifestó respecto de una observación similar en el curso de las precalificaciones, particularmente la No. VJ-VE-IP-001-2013, la respuesta dada por la ANI en dicha oportunidad no aplicaría, en la medida en que las facultades requeridas en la licitación pública de la referencia para el apoderado común son mucho más "amplias" que las requeridas en la fase de precalificación.

(iv) Para sustentar lo anterior, el Observante indica que las facultades que se otorgan al apoderado común como la de notificarse del acto administrativo de adjudicación, realizar trámites como la obtención del RUT de la SPV y constitución de la misma requieren de presentación personal.

3.3. Para efectos de demostrar que el Observante se encuentra equivocado, se procederá a abordar cada uno de los argumentos antes sintetizados, con el fin de demostrar el yerro jurídico en el que incurre el Observante.

3.4. **De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 25 del Decreto Ley 019 de 2012 los poderes especiales deben ser presentados personalmente**

3.4.1. Afirma el Observante que de conformidad con los Artículos 5 y 25 del Decreto Ley 019 de 2012 los poderes especiales deben contener presentación personal y que, según se infiere, pues no lo explica

claramente, dicha ausencia de presentación personal genera que el apoderado común no ostente las facultades que se le pretendieron conceder.

3.4.2. Al respecto vale la pena citar -valga anotar- en forma adecuada las normas que se comentan, pues el Observante la hacerlo dentro de su escrito lo hace de manera equivocada, ya que transcribe apartes de la norma que no se encuentran vigentes, incluso resaltándolos, como si lo estuvieran.

- Artículo 5 Decreto Ley 019 de 2012. *"ECONOMÍA EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones; los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales. En tal virtud, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas."* (Subrayas fuera de texto original)

- Artículo 25 del Decreto Ley 019 de 2012. *"ELIMINACIÓN DE AUTENTICACIONES Y RECONOCIMIENTOS. Todos los actos de funcionario público competente se presumen auténticos. Por lo tanto no se requiere la autenticación en sede administrativa o notarial de los mismos. Los documentos producidos por las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones, siempre que reposen en sus archivos, tampoco requieren autenticación o reconocimiento.*

  Ninguna autoridad administrativa podrá exigir la presentación, suministro o entrega de documentos originales autenticados o

copias o fotocopias autenticados, sin perjuicio de los controles o verificaciones que dichas entidades deban realizar, salvo para el reconocimiento o pago de pensiones.

Los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales.

Las copias simples que expidan los notarios de los documentos que reposan en los respectivos protocolos no se autenticarán, salvo que el interesado así lo solicite." (Subrayas fuera de texto original)

3.4.3. Como consideración preliminar debe establecerse que de conformidad con el Artículo 832 del Código de Comercio que regula los asuntos relacionados con la representación, no se exige formalidad alguna para efectos de realizar el acto jurídico de apoderamiento, por lo cual, mal podría afirmarse que requisito para la existencia y validez del acto de apoderamiento sea requerida la presentación personal del mismo. Afirmar esto, sería agregar requisitos de existencia o de validez que la ley no exige para dicho acto jurídico.

3.4.4. El acto unilateral de apoderamiento es de carácter netamente consensual, de conformidad con lo que establece y prescribe el principio de consensualidad consagrado en el Artículo 824 del Código de Comercio.

3.4.5. Así, dado que el acto de empoderamiento se realiza entre de dos comerciantes dentro del ejercicio de sus actividades mercantiles a otra persona, la legislación llamada a regir el acto es la mercantil. De esto se concluye que el acto de apoderamiento inserto dentro del documento observado reviste plena existencia y validez, motivo por el cual no reviste problema alguno, bajo una adecuada revisión jurídica, y por lo tanto el apoderado común ostenta todas y cada una de las facultades requeridas por el pliego de condiciones.

Carrrera 22 A No. 85 – 20 • Tel. 6226620 • email: ingenieros@mhc.com.co – Bogotá Colombia

3.4.6. Claro lo anterior, tómese en consideración que las normas citadas establecen diferentes reglas. En el primer caso, el Artículo 5º del Decreto Ley 019 de 2012 establece que "(...) *las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir* (...) *presentación personal sino tratándose de poderes especiales.*". Es decir, se estableció que las autoridades en los únicos casos en que podían exigir presentaciones personales era, además de cuando la ley lo ordene de forma expresa, en el caso de poderes especiales.

3.4.7. De otra parte, el Artículo 25 del Decreto Ley 019 de 2012 no regula nada concerniente a la presentación personal de los poderes, sino respecto de la autenticidad de los documentos. Lo que sucede es que a la administración pública, en aplicación de dicha normativa, tiene la potestad de exigir que se autentique o realice diligencia de presentación personal a los poderes especiales, en la medida en que aun cuando la entidad deba presumir buena fe por parte de los administrados, existen ciertas normas que establecen la posibilidad de exigir para estos actos de apoderamiento, la justificación de los poderes que se presentan por el representante ante el tercero.

3.4.8. Así, la posibilidad que tiene la administración pública de exigir la presentación personal de los poderes tiene causa en lo que establece el Artículo 837 del Código de Comercio que establece:

> "*El tercero que contrate con el representante podrá, en todo caso, exigir de este que justifique sus poderes, y si la representación proviene de un acto escrito, tendrá derecho a que se le entregue una copia auténtica del mismo.*"

3.4.9. Para efectos de lo anterior, debe considerarse que las normas en comento fueron proferidas por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo 1o. del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011 que, tal y como lo estableció la Corte Constitucional tuvieron un límite material claro, a saber:

> "(...) *las facultades otorgadas al ejecutivo por la ley 1474 de 2011 son precisas y claras, estableciéndose un límite material muy claro que indica que el Presidente de la*

República no tendría facultades para crear nuevos trámites o suprimir procedimientos necesarios.

(...)

[E]*s claro que el Gobierno otorgó las facultades extraordinarias para suprimir o reformar trámites innecesarios y no para volver a consagrar trámites que ya habían sido considerados inexistentes por otra ley* (...)"[7].

3.4.10. Esto significa que el trámite relacionado con la exigencia de la presentación personal de poderes únicamente puede verse como una simple FACULTAD que tiene la administración pública para exigirlos y no como en elemento esencial que se requiera para la existencia o validez del acto jurídico de apoderamiento.

3.4.11. Tal y como lo indicó el Observante, la ANI ya indicó en varias ocasiones y particularmente en el marco de los procesos de selección de concesiones de cuarta generación, que dentro de la legislación colombiana es en los trámites judiciales en los cuales resulta un requisito indispensable el cumplir con la presentación personal, en los demás casos, será una simple facultad que tendrá la administración de exigir tal diligencia. Es decir, así como puede exigirla, puede optar por no hacerlo.

3.4.12. Por lo anterior, no es acertado afirmar que por ausencia de presentación personal el apoderado común de esta estructura plural carezca de facultades.

3.5. **Que la necesidad de presentación personal de los poderes tiene origen en la remisión normativa del Artículo 306 de la Ley 1437 de 2011**

3.5.1. El hecho de que el Artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 remita al Código de Procedimiento Civil, en forma alguna genera que la diligencia de presentación personal se torne obligatorio dentro de los trámites licitatorios.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.5.2. Dentro del análisis de constitucionalidad que realizó la H. Corte Constitucional respecto del Artículo 25 del Decreto Ley 019 de 2012, se acudió a dicho argumento relacionado con la remisión que realiza el Art. 306 de la Ley 1437 de 2011 al CPC, lo cierto es que el mismo fue utilizado para indicar que el trámite de presentación personal no era un trámite nuevo y por lo tanto no podía ser declarado inexequible.

3.5.3. Dicho argumento nunca fue utilizado para efectos de establecer que dicha diligencia resultaba ser obligatoria e indispensable en los trámites administrativos y mucho menos en los procesos de selección que se rigen por la Ley 80 de 1993.

3.5.4. Es más, el Inciso 1º del Artículo 77 de la Ley 80 de 1993, norma especial que aplica de manera prevalente en este proceso de selección claramente indica que:

> *"En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil."*

3.5.5. Lo que quiere decir que debe darse prevalencia especial a la Ley 80 de 1993 y a sus principios por tratarse de ley especial aplicable a este proceso de selección.

3.5.6. Por la anterior razón, debe enaltecerse el principio de economía previsto en el Artículo 25 de la ley en comento, que precisamente propende por evitar que las entidades exijan diligencias como las que el Observante pretende sean pedidas por la ANI.

3.5.7. Particularmente debe tomarse en consideración lo que establece el Numeral 15 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que desarrolla el comentado principio de economía, a saber:

> *"15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma*

perentoria y expresa lo exijan leyes especiales." (Subrayas fuera de texto original)

3.5.8. Es así como los códigos comentados, por excepción aplicarán al trámite licitatorio y por lo tanto no puede, vía interpretación extensiva, afirmarse que los poderse especiales que se aporten en el marco de una licitación pública deban estar con diligencia de presentación personal o autenticación alguna, como sí es requerido en procesos de índole judicial.

3.6. **Que aun cuando la ANI ya se manifestó respecto de una observación similar en el curso de las precalificaciones, particularmente la No. VJ-VE-IP-001-2013, la respuesta dada por la ANI en dicha oportunidad no aplicaría, en la medida en que las facultades requeridas en la licitación pública de la referencia para el apoderado común son mucho más "amplias" que las requeridas en la fase de precalificación**

3.6.1. Para efectos de refutar este argumento baste en primer lugar transcribir lo que en su momento estableció la ANI dentro del proceso de precalificación citado por el Observante:

"En cuanto al acto de apoderamiento, es importante precisar varios conceptos en primer lugar la ANI estableció el requisito del apoderado común, con el alcance previsto en el artículo 2142 del código civil, de acuerdo con el cual: "ARTICULO 2142. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. "La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.".

En segundo lugar, es importante aclarar que los poderes que de acuerdo con la ley, requieren formalidades especiales, son los poderes especiales de mandatarios judiciales, *de acuerdo con lo establecido por el artículo 65 del código de procedimiento civil, que dispone lo siguiente: "ARTÍCULO 65. PODERES. Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos*

separados, sólo podrán conferirse por escritura pública. En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros. El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda. "Los poderes o las sustituciones de éstos podrán extenderse en el exterior, ante Cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en este último caso su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 259. "Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorgue hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquélla y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiere el poder, sea apoderado de otra persona."

*Acorde con las normas anteriormente transcritas, y teniendo en cuenta que la ANI señaló, al responder las observaciones, en la matriz tres de respuestas jurídicas, publicada el 17 de abril de 2013, el siguiente contexto: "El apoderado común de la estructura plural es quien representa a sus integrantes y deberá ser designado en el anexo 1 de la Invitación a Precalificar, sin que se requiera mayores formalidades o solemnidades a la que este suscrito por todos los miembros de la estructura plural, en la medida que es un documento de origen privado que regula las relaciones de quien lo suscribe". **Se concluye que la ANI estableció el requisito del apoderado común, con el alcance previsto en el artículo 2142 del código civil y no con el establecido en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, y por lo tanto, el artículo 5 del decreto 019 de 2012 no es aplicable, porque en este caso, el apoderado era un representante de los integrantes de la estructura plural, pero no para los efectos de la representación judicial, para los cuales la ley exige la formalidad de la presentación personal. Además que dicha norma artículo 5 del decreto 019 de 2012, se debe entender en el sentido de que las autoridades no deben efectuar***

exigencias adicionales a las que la ley haya establecido, por cuanto ha señalado de manera expresa que esa norma es aplicable para poderes judiciales. *Así las cosas, el acto de apoderamiento a través del Anexo UNO, no requiere formalidad alguna distinta a la de la firma de los representantes de los integrantes, por cuanto esa fue la instrucción planteada en la invitación a precalificar y en sus anexos."* (Negrillas y subrayas fuera de texto original)

3.6.2. Es decir, para la ANI es claro que dentro de la legislación colombiana los únicos poderes que requieren de diligencia de presentación personal obligatoria son los que se requieren para efectos judiciales. En los demás será facultativo para el otorgante y para el tercero interesado, realizar o exigir tal diligencia.

3.6.3. Siendo que el único argumento que esgrime el Observante para efectos de procurar infirmar el anterior análisis realizado por la entidad es que las facultades requeridas en la licitación pública de la referencia para el apoderado común son más "amplias", no se puede dar mérito a dicho "argumento", ya que la línea argumentativa de la ANI es diáfana y establece que no le es obligatorio a esta exigir presentaciones personales en los poderes, dado que no se trata de una autoridad judicial.

3.6.4. El Observante en ningún momento desvirtúa el argumento de la ANI, por lo cual se solicita a la entidad que mantenga el criterio inicialmente establecido, con el fin de que no vulnere la confianza legítima que se tiene en dicha autoridad por parte de los administrados.

3.7. **Para sustentar lo anterior, el Observante indica que las facultades que se otorgan al apoderado común como la de notificarse del acto administrativo de adjudicación, realizar trámites como la obtención del RUT de la SPV y constitución de la misma requieren de presentación personal**

3.7.1. Dentro de los variados errores jurídicos en los que incurre el Observante este es uno de los más alarmantes, ya que como se verá, no solo hace alusión a requisitos derogados, sino que confunde los

actos jurídicos y los requisitos de cada uno, lo que demuestra un alto desconocimiento del ordenamiento jurídico colombiano vigente.

3.7.2. En cuanto a la notificación del acto administrativo de adjudicación

(i) En primer lugar debe dejarse plenamente claro que la disposición que obligaba a que los poderes que se otorgaran a un tercero con el fin de que este se notificara de un acto administrativo quedó derogada por el Artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Por lo anterior, el Artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 actualmente vigente quedó en el siguiente tenor literal, que ya no exige dicha presentación personal:

> *"Cualquier persona que deba notificarse de un acto administrativo podrá autorizar a otra para que se notifique en su nombre, mediante escrito. El autorizado solo estará facultado para recibir la notificación y, por tanto, cualquier manifestación que haga en relación con el acto administrativo se tendrá, de pleno derecho, por no realizada.*
>
> *Lo anterior sin perjuicio del derecho de postulación.*
>
> *En todo caso, será necesaria la presentación personal del poder cuando se trate de notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social."*

(ii) En segundo lugar, en relación con que el acto administrativo de adjudicación se trata de un acto de reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, el mismo Observante lo indica pero mal lo entiende y es que el acto administrativo de adjudicación tienes unos efectos particulares, pero no los que este pretende establecer.

(iii) Es decir, según lo insinúa el Observante, el acto administrativo de adjudicación reconoce unos derechos con cargo a recursos públicos y por esto para efectos de que el apoderado se

notifique de dicho acto debe mediar un poder con diligencia de presentación personal.

(iv) Lo anterior es bajo toda perspectiva errado, ya que el acto administrativo de adjudicación no es el que otorga los derechos económicos al contratista con cargo a los eventuales recursos públicos que se le reconozcan. Dicho acto únicamente otorga el derecho al proponente seleccionado de suscribir el contrato adjudicado con la entidad contratante.

(v) El acto que realmente otorga los derechos económicos con cargo a recursos públicos resulta ser el contrato que se suscribe. No pueden confundirse uno y otro acto, pues incluso, deben cumplirse una serie de condiciones para que el proponente seleccionado pueda suscribir el contrato adjudicado, lapso dentro del cual, aun cuando ya se haya proferido y notificado el acto administrativo de adjudicación, el proponente todavía no es el titular de los derechos que le daría la suscripción del contrato estatal (que debe constar por escrito).

(vi) Por lo anterior, no resulta cierto que el hecho de que se exija que el apoderado común pueda notificarse del acto administrativo de adjudicación genera la obligación de que en el poder que se otorga al apoderado común deba mediar diligencia de presentación personal.

3.7.3. En cuanto al trámite del RUT

(i) Se evidencia por parte del Observante desconocimiento de trámite que debe adelantarse para la constitución y formalización de una sociedad, ya que para efectos de poder tramitar el RUT ante la DIAN, anticipadamente debe haberse constituido la sociedad, en este caso la SPV.

(ii) Bajo dicho entendido, nada tiene que ver que el poder que exija la DIAN deba contener diligencia de presentación personal, ya que la persona encargada de suscribir dicho poder no será el

apoderado común, sino el representante legal que se haya nombrado para dicha SPV.

(iii) Si bien podría suceder que el representante legal que se nombre en la SPV sea el mismo apoderado común, estaría actuando en calidades diferentes en proceso de selección de la referencia y en el trámite del RUT ante la DIAN. En el primer caso es apoderado común de los integrantes del proponente. En el segundo, sería representante legal de una sociedad independiente de estos.

3.7.4. En cuanto al trámite de constitución de la SPV

(i) El Observante manifiesta que debe realizarse presentación personal del documento que otorga poder al apoderado común, dado que este último debe poder constituir la SPV, y en la medida que la Ley 1258 de 2008 en el Parágrafo 1º del Artículo 5º establece que el documento de constitución debe autenticarse, al no contener el acto de apoderamiento diligencia de presentación personal, no podría ser constituida la sociedad respectiva.

(ii) La anterior afirmación se encuentra que tiene fundamento en una confusión por parte del Observante respecto del acto jurídico de apoderamiento y el acto jurídico de constitución de la SPV. El primero es mediante el cual una o unas personas facultan a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos (Art. 832 del C.Co.). Este acto jurídico no requiere de formalidad alguna, para efectos de quedar perfeccionado.

El segundo acto, de constitución de la SPV (bajo la modalidad de sociedad por acciones simplificada), es un acto adicional, diferente e independiente al de apoderamiento, que si bien puede ser ejecutado por medio de representante (apoderado), el mismo es independiente del acto jurídico de apoderamiento. Esto implica que la exigencia del Parágrafo 1º del Artículo 5º de la Ley 1258 de 2008 no es predicable del acto de apoderamiento, sino del acto constitutivo de la sociedad.

(iii) Conforme lo expuesto, debe quedar claro que la ley no exige en forma alguna un paralelismo jurídico de formas para efectos de que el apoderado, en representación de sus poderdantes, deba estar investido con un acto escrito y con diligencia de presentación personal, para efectos de poder constituir la sociedad por acciones simplificada, en representación de sus poderdantes.

3.7.5. En virtud de lo expuesto, se solicita que la entidad deseche la observación, ya que no tiene mérito o sustento jurídico alguno.

4. EN CUANTO A LA PRESUNTA FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA SUCURSAL DE MECO PARA CONSTITUIR EL SPV

4.1. El argumento del Observante respecto de este asunto se centra en que el integrante de la estructura plural Constructora Meco Sociedad Anónima – Sucursal Colombia presuntamente no ostenta capacidad jurídica para efectos de constituir el SPV, en la medida en que, según argumenta el Observante, las sucursales de sociedad extranjera no pueden ser accionistas de una sociedad.

4.2. Al respecto debe indicarse que el argumento esgrimido por el Observante está indebidamente construido, ya que debe tenerse claro que las sucursales son una **extensión** de la personería jurídica de sus matrices, y por lo tanto las sucursales cuando actúan lo hacen en nombre y en representación de está. Es así, como las sucursales están facultadas para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social de la sociedad matriz, y por tal razón las actividades de la sucursal se entiende realizadas directamente por la matriz.

4.3. Lo anterior, teniendo en cuenta lo expresado por la Superintendencia de Sociedades en los siguientes términos:

> *"(...) 4.3 Las actuaciones del establecimiento de comercio llamado sucursal, se fundamentan en la capacidad de obrar de la matriz por cuanto tal como lo expresó este Despacho a través del oficio 220-60767 del 7 de diciembre de 1995." ...la matriz y la sucursal ostentan una única personalidad jurídica, habida cuenta que la segunda es meramente una prolongación de la primera y que es ésta quien exclusivamente adquiere los derechos que de su personalidad se*

derivan y se obliga por sus actuaciones (...)"[8]. (Subrayado fuera del texto).

4.4. Así mismo, según oficio 220-58253 del 9 de diciembre de 1996 la Superintendencia de Sociedades resalta que:

> *"(...) 4.4. El mandatario o representante legal de la sucursal tiene la personería judicial y extrajudicial de la sociedad, para todos los efectos legales. 4.7. Si bien es cierto que el mandatario puede actuar dentro de las atribuciones conferidas para el efecto, también lo es que en el desarrollo de dichas atribuciones no actúa en nombre de un establecimiento de comercio, sino en representación de la compañía extranjera que como ya se dijo es quien ostenta la personería jurídica, (y es quien tiene capacidad para endeudarse), persona jurídica que físicamente ha trascendido las fronteras de su domicilio de origen a través de su establecimiento de comercio. 4.8 Por último, es necesario decir que las sucursales no se comprometen a nombre propio, así lo hagan en desarrollo de las actividades permanentes para las cuales fueron incorporadas al país. Por ello mismo, no es correcto afirmar que las sucursales desarrollan un objeto social, toda vez que tal actividad es propia de las sociedades y los establecimientos de comercio solamente ejecutan unas actividades que le son encomendadas por su casa matriz, las cuales, es obvio, necesariamente deben estar contempladas en el objeto social de la compañía a la cual pertenecen (...)"* (Subrayas fuera de texto original).

4.5. Los anteriores conceptos de la mencionada superintendencia transmiten una idea bastante clara: la sucursal de una sociedad extranjera es una extensión de esta y por lo tanto CUALQUIER ACTO que la primera ejecute en Colombia obliga a la segunda.

4.6. De lo anterior debe entenderse que el concepto de la Superintendencia de Sociedades No. 220-071133 del 14 de diciembre de 2005 que cita el Observante debe entenderse en su justa proporción y contexto, es decir, la Superintendencia de Sociedades al referirse a que una sucursal de sociedad extranjera no puede ser socia de otra sociedad en Colombia lo afirmó en el

[8] Oficio 220- 171231 Del 18 de Diciembre de 2011 Superintendencia de Sociedades.

sentido que no puede diferenciarse a esta de su matriz. Nos explicamos: en el concepto que el Observante cita, la Superintendencia de Sociedades explica que la sucursal de sociedad extranjera es residente para efectos cambiarios y, en cambio, su matriz no lo es. Es decir, existe una dualidad de regímenes aplicables a una misma persona jurídica, pues su extensión, la sucursal, se encuentra encomendada a realizar negocios en Colombia, en cambio, su matriz, permanece en el exterior. Así, la primera será residente, mientras que la segunda no lo puede ser. Situación que, en cambio, no sucede respecto de la personalidad jurídica de la sucursal y su casa matriz. Es decir, conforme se ha explicado respecto del régimen de identidad jurídica en cuanto a la existencia de la personalidad jurídica de la sucursal y su matriz debe entenderse que siguen siendo una misma persona jurídica. Simplemente la matriz está llamada a ser una extensión de la primera, en Colombia, para efectos de ejecutar las actividades que a esta le haya sido encomendadas.

4.7. De lo anterior se concluye entonces que lo que en realidad estableció la Superintendencia de Sociedades en el concepto que cita el Observante, era indicar que la sucursal de sociedad extranjera no podía ser socia de una sociedad en Colombia con independencia de su matriz. Lo que sería equivalente a afirmar que si una sucursal suscribe un acto de constitución de una sociedad en Colombia, su matriz es la que está llamada a ser el accionista respectivo. No significa que la sucursal sea socia y la matriz no lo sea. Recuérdese que la identidad en personalidad jurídica entre una y otra es la misma, por lo cual, tal cual lo menciona la Superintendencia de Sociedades, la sucursal no constituye un ente independiente de la matriz y por lo tanto, no es que le esté vedado a la sucursal constituir sociedades en desarrollo de las labores y facultades que le fueron encomendadas, sino que al momento de constituir una persona jurídica nueva, el accionista, de manera automática y por ministerio de la ley, será su sociedad matriz.

4.8. Bajo la luz de lo expuesto, debe considerarse que las prohibiciones en materia mercantil y en cuanto a derecho privado concierne, deben ser expresas. Las prohibiciones no pueden estar dadas de manera extensiva, ni mucho menos vía interpretación, en línea con lo que establece el Artículo 6º de la Constitución Política de Colombia.

4.9. Lo precedente se afirma en la medida en que no existe disposición alguna dentro del régimen mercantil que indique que a una sucursal de sociedad extranjera le esté prohibido participar en el acto de constitución de una

sociedad colombiana. Todo lo contrario, una sucursal de sociedad extranjera puede sin lugar a dudas participar en dicho acto, simplemente el efecto de tal situación será que su matriz será la que terminará siendo la accionista de la sociedad que se constituya, gracias al mandato que ejecuta su respectiva sucursal. Cosa diferente es de dónde provengan los recursos para pagar los aportes que se realizarán para efectos de cumplir con el acto de constitución societario, que de cualquier manera deben respetar lo que dispone el régimen jurídico colombiano para dicho efecto.

4.10. Todo lo expuesto hasta el momento supone que la sociedad extranjera matriz de Meco Sociedad Anónima – Sucursal Colombia es quien finalmente adquiere los derechos y obligaciones producto del SPV a constituir a través de su sucursal legalmente constituida en Colombia. Lo que implica que el documento comentado no se encuentra indebidamente otorgado.

4.11. En línea con lo anterior, solicitamos a la entidad que deseche la observación realizada y se pronuncie en similar sentido en el que lo hizo dentro de la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-011-2013, el pasado 24 de junio de 2014, en el informe de velación definitivo, al estudiar una observación de similar tenor, a saber:

> (...) [R]*esulta claro que para la conformación del SPV quienes concurrirán serán los representantes de la sucursal en desarrollo de competencias que, como se ha señalado, les han sido atribuidas en representación de la principal. Esto es diferente a sostener que la sucursal, de forma autónoma, independiente y separada de la principal, pretenda constituirse en accionista del SPV, intención que de los documentos aportados no se deduce.*"

5. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL ACUERDO DE GARANTIA

5.1. La Estructura Plural aportó el Acuerdo de Garantía (en adelante el "Acuerdo") a folio 53 a 58 y de conformidad con el Anexo No. 3 del Pliego, excepto en cuanto a las condiciones particulares que cada proponente y/o sus miembros debían diligenciar y complementar en el mismo, como lo es en relación con el nombre, identificación y demás aspectos no generales.

5.2. El Observante basado en unos argumentos, que más que nacer de un análisis juicioso y acorde con la ley y el pliego de condiciones, surge de la nada y sustentado en criterios netamente subjetivos y en su gran mayoría, infundados, menciona que a folio 57 se incluye solo a Mario Alberto Huertas Cotes como garantizado.

5.3. Dicha aseveración es totalmente inexacta, pues si bien se observa el Acuerdo a folio 54, se indica claramente que en calidad de garantizado concurre el SPV, a cuya conformación concurrirán Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, así:

(iii) En calidad de Deudor Garantizado:

El SPV que se constituya de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones, a cuya conformación concurrirán MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA.

5.4. Es preciso aclarar que la referencia que hace el Observante según folio 57 del Acuerdo aportado con la Propuesta, obedece a los datos de notificación – esto es nombre y dirección – a quien se deberá dirigir cualquier notificación del garantizado, que aunque al momento no se encuentra constituido, se tendrá para todos los efectos en el evento en que la Propuesta sea adjudicataria de la Licitación y por lo tanto sea constituido el correspondiente SPV, caso en el cual se tendrá como dirección de notificación, la relacionada en el Acuerdo a folio 57, a menos que durante la relación contractual se informe sobre la modificación de los datos de notificación.

5.5. Ahora, si bien los garantizados corresponden a los miembros de la estructura plural que aportaron experiencia en inversión y capacidad financiera, éstos mismos se encuentran plenamente identificados con su nombre y domicilio en el mismo Acuerdo, y adicionalmente lo suscribieron, confirmando de esta manera la obligación que cada uno de ellos tiene ante las obligaciones garantizadas, siendo este el espíritu real del Acuerdo.

5.6. En este orden de ideas, el Acuerdo aportado por la Estructura Plural se encuentra acorde y conforme con las reglas establecidas en el Pliego, situación que a su vez verificó y evaluó la Entidad, dando como resultado una propuesta hábil.

5.7. Si bien la parte final del Acuerdo hace referencia a tres ejemplares del mismo Acuerdo, esto se perfeccionara una vez se cumpla la condición suspensiva – adjudicación del contrato- y se inicie la vigencia del Acuerdo, momento en el cual por parte del oferente se deberán entregar los otros ejemplares para la firma de la Entidad y de igual manera recibirse el ejemplar que le corresponde al Garante.

5.8. Por los argumentos antes expuesto, no procede la observación y en este sentido se deberá ratificar la calificación de Hábil a la Propuesta presentada por la Estructura Plural.

6. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL ACUERDO DE PERMANENCIA- ANEXO 4

6.1. La Estructura Plural aportó el Acuerdo de Permanencia a folio 69 de la Propuesta.

6.2. Dicho Acuerdo de Permanencia fue efectivamente suscrito por Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, en calidad de integrantes de la Estructura Plural.

6.3. Teniendo en cuenta que desde el proceso de precalificación, y aun, en la misma Licitación, se regulo la posibilidad de que las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia pudieran formar parte de la Estructura Plural, es claro que mientras se actúe en calidad de miembro de una Estructura Plural, bajo el compromiso de constituirse una sociedad una vez se cumpla la condición suspensiva, se deberán suscribir todos los documentos relacionados con el proceso de selección bajo la misma identificación con la cual se presentaron los miembros de la Estructura Plural.

6.4. Ahora, el que dentro del Acuerdo de Garantía se haya dejado que quien concurrirá a la constitución del SPV por parte de Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, es la casa matriz, esto no reafirma que para todos los demás documentos del proceso de selección y en donde no se tenga que comprometer a constituir una sociedad, se deba incluir la firma de Constructora Meco Sociedad Anónima, pues ésta solo acude al presente proceso como garantizado y para constituir el SPV como deudor garantizado.

6.5. A su vez y como el mismo Observante lo indicó, la sucursal al no tener personería jurídica no tiene capacidad para ser accionista de una sociedad en Colombia, por lo tanto solo podía acudir a dicha obligación Constructora Meco Sociedad Anónima; para las demás obligaciones durante la etapa precontractual, la misma legislación y el Pliego del presente proceso, abrieron la posibilidad de que fuera posible obligarse y comprometerse a través de la sucursal de sociedades extranjeras, hasta la constitución del correspondiente SPV.

6.6. En este orden de ideas, para suscribir el Acuerdo de Permanencia, (i) no era legalmente exigible la comparecencia de Constructora Meco Sociedad Anónima, sino simplemente de su sucursal como una prolongación de la casa matriz, y (ii) se cumplió expresamente con las condiciones y requisitos señalados en el Pliego para su diligenciamiento y suscripción, razón por la cual es totalmente valido y vinculante para las partes que lo suscribieron.

6.7. La facultad de obligarse a través del Acuerdo de Permanencia, nace a partir del momento en que éste es suscrito por los miembros de la Estructura Plural - Mario Huertas Cotes y Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia-, y para que la sociedad extranjera pueda comprometerse con las declaraciones hechas en el mismo, lo hará a través de su sucursal, sin perjuicio que muchas de estas declaraciones sean efectivas una vez los miembros de la Estructura Plural constituyan el correspondiente SPV en Colombia. Esto no le impide comprometerse a través de un acuerdo creado; (i) en razón al proceso de selección, (ii) por parte de la Entidad y (iii) para beneficio de la Entidad.

6.8. En este orden de ideas, el Acuerdo de Permanencia aportado por la Estructura Plural, se encuentra acorde y conforme con las reglas establecidas en el Pliego, situación que a su vez verificó y evaluó la Entidad, dando como resultado una propuesta hábil.

6.9. Si bien la parte final del acuerdo hace referencia a tres ejemplares del mismo Acuerdo, esto se perfeccionara una vez se cumpla la condición suspensiva y se inicie la vigencia del Acuerdo, momento en el cual se deberán entregar los otros ejemplares para la firma de la Entidad y de esta manera recibir el ejemplar que le corresponde al Garante.

6.10. Por lo antes expuesto, no es procedente la observación.

Carrrera 22 A No. 85 – 20 • Tel. 6226620 • email: ingenieros@mhc.com.co – Bogotá Colombia

7. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL PACTO DE TRANSPARENCIA- ANEXO 7.

7.1. La Estructura Plural junto con la Propuesta, aportó el correspondiente Pacto de Transparencia- Anexo 7, en cumplimiento de lo señalado en el Pliego.

7.2. Al respecto el Pliego exigía dentro de los requisitos habilitantes, la entrega del Anexo 7 debidamente suscrito por cada uno de los miembros de la Estructura Plural.

7.3. Mediante adenda 11 publicada el 25 de marzo de 2014, la Entidad expresó que en el evento en que los oferentes hubieren suscrito y entregado el correspondiente Pacto de Transparencia, solo se debería entregar una declaración en donde se indicara que se estaría cumpliendo con lo señalado en el literal q) de dicho pacto.

7.4. Teniendo en cuenta que la Estructura Plural no había entregado el correspondiente Pacto de Transparencia, se procedió a suscribir la totalidad del documento, y no exclusivamente sobre el literal q), de tal manera que se cumpliera con el requisito exigido en el Pliego.

7.5. De esta manera, se da por infundada la observación presentada y en ese sentido la entidad ratifique la calificación de hábil a la Propuesta presentada por la Estructura Plural.

8. OBSERVACIONES "SOBRE EL NOMBRE DE LA ESTRUCTURA PLURAL" EN EL DILIGENCIAMIENTO DE LA CARTA DE PRESENTACIÓN- ANEXO 2, LA OFERTA TECNICA- ANEXO 9, EL FACTOR DE CALIDAD- ANEXO 13 Y EL PACTO DE TRANSPARENCIA – ANEXO 7.

8.1. Teniendo en cuenta que la observación en relación con el nombre de la Estructura Plural se repite para la *Carta de Presentación* (anexo 2), *Oferta Técnica (anexo 9), Factor de Calidad (anexo 13)* y el *Pacto de Transparencia (anexo 7)*, a continuación plantearemos las contra argumentaciones a estas cuatro observaciones, sin antes dejar claro que dichas observaciones son claramente superfluas, y fundamentadas en argumentaciones falaces, que no tienen ningún sustento legal y contractual.

8.2. A través de la misma Estructura Plural que presentó Propuesta para la Licitación, el 30 de mayo de 2013 se presentó la Manifestación de Interés para la precalificación del proceso VJ-VE-IP-009-2013, presentándose bajo el nombre de ***"ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA SUCURSAL COLOMBIA"***, como se observa en el inicio de la correspondiente Carta de Presentación de la *Invitación a Precalificar*:

Nosotros, los abajo firmantes, a saber: **MARIO ALBERTO HUERTAS COTES** y **MARIA TERESA GARCIA ARANGO** actuando, respectivamente, en nombre y representación de la Estructura Plural **MARIO ALBERTO HUERTAS COTES** y **CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA –**, según los documentos que se anexan

8.3. Todos los anexos de la *Invitación a Precalificar* y demás documentos que se suscribieron por parte de la Estructura Plural a lo largo del proceso de precalificación, se presentaron bajo el mismo nombre.

8.4. Mediante resolución No 850 del 1 de agosto de 2013, la Entidad conformó la lista de precalificados del sistema de precalificación VJ-VE-IP-009-2013, seleccionando a la Estructura Plural.

8.5. En la parte resolutiva de dicho acto, se deja bajo el manifestante No 7 la ***"ESTRUCTURA PLURAL MARIOI ALBERTO HUERTAS COTES- CONSTRUCTORA MECO S.A."***.

8.6. No obstante lo anterior, es claro que como parte de la resolución de conformación de la lista de precalificados, se encuentran todas y cada una de las manifestaciones de interés que se presentaron, especialmente por parte de los 10 precalificados, con las cuales cumplieron los requisitos exigidos por la Entidad de capacidad jurídica, financiera y de experiencia en inversión.

8.7. De esta manera, pretender obviar las condiciones bajo las cuales la Estructura Plural se presentó en la primera etapa (precalificación) del proceso de App y bajo las cuales la Entidad evaluó y declaró como CUMPLE la manifestación de interés, seria obviar de igual manera el análisis realizado en la precalificación y la veracidad de los documentos aportados.

8.8. Con lo anterior resulta claro que, no obstante la entidad haya reducido el nombre de la Estructura Plural en el acto administrativo de conformación de la lista de precalificados para el proceso que nos ocupa, el verdadero nombre con el cual la Estructura Plural se ha identificado y obligado desde el inicio, corresponde a *"ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA SUCURSAL COLOMBIA"*.

8.9. Lo contemplado por la Entidad en la resolución No 850 de 2013 (mas no por voluntad del manifestante y oferente), no modifica el nombre bajo el cual se ha presentado la Estructura Plural, pues adicional a que el nombre de la Estructura Plural lo conformaron los nombres de los dos integrantes que integraron la Estructura Plural para la precalificación, hoy para la Licitación, permanecen los mismos dos integrantes, que en esencia son la razón de ser y el sentido del correspondiente nombre.

8.10. Aunque en la resolución No. 850 de 2013 se haga referencia a ***Constructora MECO S.A.***, no se trata de un integrante nuevo o diferente al que conformó la Estructura Plural en etapa de precalificación. La misma Entidad acorto la totalidad del nombre con el cual se presentó la Estructura Plural, siendo esto una actuación de la Entidad, que de igual manera no deja sin efectos los derechos que la misma estructura ha obtenido.

8.11. De acuerdo con lo antes expuesto, no es procedente la afirmación que hace el Observante, en cuanto a que la Estructura Plural ha incumplido con el diligenciamiento de los anexos conforme a los formatos publicados con el Pliego de condiciones, toda vez que los anexos (2, 9, 13 y 7) aportados con la Propuesta, obedecen literalmente a los formatos publicados con el Pliego.

8.12. Si bien los anexos del Pliego solo hacen referencia a incluir el nombre de la estructura plural, la Estructura Plural Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia cumplió satisfactoriamente con el requisito de incluir en cada uno los anexos observados, el nombre de la estructura plural, no siendo procedente la observación de no haberse cumplido con los correspondientes formatos. Por lo tanto, si en todos los anexos se incluyó el correspondiente nombre con el cual se identifica la Estructura Plural, se cumplió con dicho requisito.

8.13. Distinto es lo referente al nombre, que aunque no es el caso que nos ocupa porque el nombre de la Estructura Plural es correcto conforme a la manifestación de interés presentada y aprobada por la Entidad, este no puede ser acorde con los formatos de los anexos, toda vez que éstos no contienen condiciones particulares de cada proponente, como para el caso es el nombre.

8.14. EL Observante hace referencia al encabezado de los anexos 9 y, dejando de lado y olvidando que los oferentes se deben ceñir a dichos anexos en cuanto al contenido sustancial del mismo, mas no a la referencia que se hace del proceso en la parte superior derecha de los correspondientes anexos, siendo esto a criterio y gusto del oferente.

8.15. De esta manera, el texto del anexo 9 y del anexo 13, cumplen con todas las condiciones y exigencias contenidas en dichos anexos, prueba de ello es la calificación dada por la misma Entidad a los requisitos habilitantes y a los criterios de ponderación exigidos en los Pliegos.

8.16. Finalmente y en cuanto al texto incluido en el recuadro que comprende las obras adicionales, es claro que mediante Anexo 13 aportado con la Propuesta a folio 102 y 103, se ofertó específicamente la ***Segunda Calzada de la Variante de Tres Puertas- La Manuela***, siendo totalmente infundada la observación que presenta el contraproponente y por tanto debe ser desechada.

De acuerdo con lo antes expuesto, damos por aclaradas las observaciones presentadas por ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI-GRODCO en el proceso de la referencia y de esta manera se mantenga el Informe de Evaluación publicado por la entidad el 11 de junio de 2014.

Atentamente,

MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
C.C. 19.346.113 de Bogotá
Apoderado Común
Estructura Plural
MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y
CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA
SUCURSAL COLOMBIA

Anexo: lo anunciado.

Liberty
Seguros S.A.

RATIFICACIÓN

Cesar Augusto Nuñez Villalba, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.151.044, obrando como representante legal de **LIBERTY SEGUROS S.A.**, en mi calidad de suplente del Presidente; Jorge Andrés Mejía Delgado, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.692.044, obrando en mi calidad de representante legal de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** y Diego Mauricio Neira Garcia, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.223.513, obrando en mi calidad de representante legal de **SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A.**, todos actuando en nuestra condición de coaseguradores en la PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, identificada con el número BO2355971 (en adelante la "Póliza"), que tiene como tomador a MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA como miembros de la *ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA - SUCURSAL COLOMBIA (en adelante la "Estructura Plural")*, otorgada en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI en calidad de asegurado y beneficiario (en adelante la "Entidad" o la "ANI") para la Licitación Publica No. VJ-VE-IP-LP-009-2013 (en adelante la "Licitación") cuyo objeto es *"Seleccionar la oferta más favorable para la adjudicación de un 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 Pacifico 3 del proyecto "Autopistas para la Prosperidad", de acuerdo con el apéndice técnico 1 de la minuta del contrato" (en adelante el "Proyecto")*, por medio del presente documento ratificamos y aclaramos que:

1. Las condiciones generales de la Póliza corresponden al documento *"Póliza de Cumplimiento para Contratos Estatales a Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI"* de Versión Enero de 2014, realizado conforme a las condiciones reguladas por la Entidad para la Licitación, y por ende, vinculantes para el oferente y futuro adjudicatario.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Liberty
Seguros S.A.

2. En la Cláusula Cuarta denominada "*Efectividad de la Garantía*", se tendrá por no escrita la expresión "*de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y normas concordantes*". Lo anterior teniendo en cuenta que dicha expresión fue eliminada mediante adenda No. 2 al pliego de condiciones, publicada el 19 de diciembre de 2013. No obstante lo anterior, el artículo 86 antes mencionado, será aplicable en los eventos en que la ley así lo disponga.

Atentamente,

LIBERTY SEGUROS S.A.

Liberty Seguros S.A.
NIT. 860.039.988-0

Cesar Augusto Nuñez Villalba
C.C. No. 17.151.044
Representante Legal

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

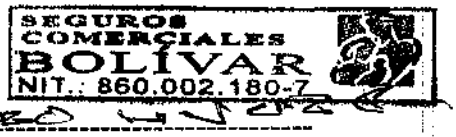
suramericana

FIRMA AUTORIZADA

Jorge Andrés Mejía Delgado
C.C. No. 71.692.044
Representante Legal

SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A

SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR
NIT.: 860.002.180-7



Diego Mauricio Neira Garcia
C.C. No. 19.223.513
Representante Legal

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

058