Bogotá D.C, 19 de Junio de 2014

Señores
Agencia Nacional de Infraestructura
Vicepresidencia Jurídica
Calle 26 No. 59 – 51 y/o
Calle 24 A No. 59-42 Piso 2.Torre 4, Bogotá D.C
mfolarte@ani.gov.co
Ciudad

Referencia: Observaciones - Informe de Evaluación Preliminar - **Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-009-2013**

Por medio de la presente, OMAR MARTÍNEZ SIERRA identificado con cédula de ciudadanía No. 79.962.043 de Bogotá D.C, con Tarjeta Profesional No. 102.150 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de **APODERADO COMÚN** de la ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI- GRODCO, ("EP SHIKUN- GRODCO"), proponente que presentó oferta en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-009-2013 (la "Licitación" o el "Proceso de Selección"), en el marco de lo establecido en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en el numeral 2.2 del pliego de condiciones de la Licitación (el "Pliego" o los "Pliegos"), me permito presentar observaciones a la oferta presentada por la Estructura Plural conformada por MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA ("EP Mario Huertas – Meco") y a la valoración de esta oferta en el Informe de Evaluación Preliminar (el "Informe de Evaluación") publicado por la Agencia Nacional de Infraestructura ("ANI") el día 11 de junio de 2014.

De este modo, a continuación me permito presentar las observaciones en los términos señalados, de acuerdo a las exigencias establecidas en los Pliegos y sus respectivos anexos.

1. IRREGULARIDADES SUSTANCIALES EN LA GARANTÍA 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 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

Tanto en el Pliego como en las respuestas a las observaciones publicadas por la ANI, dicha entidad fue clara en señalar que el Apéndice Financiero 3 es un documento obligatorio al que debían someterse todos los proponentes que presentarán una póliza para garantizar la seriedad de sus ofertas. De este modo, la ANI confirmó que "*La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos, es mandataria y no se aceptan otros clausulados*" (Respuesta 164 de la Matriz de Respuesta No. 3).

No obstante lo anterior, en las condiciones particulares contenidas en la carátula del seguro tomado por la EP Mario Huertas – Meco se indica que la póliza de seriedad de la oferta está regulada por el clausulado general denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

Al analizar el anterior clausulado, es evidente que el mismo no se ajusta a lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3.

De acuerdo con las normas aplicables de la Ley 80 de 1993, en caso de que la EP Mario Huertas - Meco realice una modificación sustancial al contrato de seguro (aportando nuevamente la totalidad de la carátula de la póliza o ajustando el yerro sustancial cometido), evidentemente estaría complementando, adicionando, modificando y mejorando su oferta, en contravía de la prohibición expresa contenida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el numeral 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 y en el numeral 5.5 del Pliego.

1.1.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

El numeral 1.5.1 del Pliego estableció cuáles son los documentos integrantes de la Licitación. Así, dicho numeral señaló que el Apéndice Financiero 3 "Garantías y Seguros" es un anexo integrante de los documentos que hacen parte de la Licitación.

A través de la Adenda No. 2 expedida por la ANI el 19 de diciembre de 2013, dicha entidad publicó la versión final del Apéndice 3 de "Garantías y Seguros", bajo el título "*AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES*". Esencialmente, dicho anexo desarrolló las manifestaciones, declaraciones, alcance y contenido al que debían someterse los proponentes que presentarán una póliza como instrumento para garantizar la seriedad de sus ofrecimientos.

En relación con los efectos del Apéndice Financiero 3, la ANI manifestó que se trata de un anexo obligatorio al que debían someterse todos los proponentes que presentarán una póliza para garantizar la seriedad de sus ofertas. Lo anterior fue expuesto por la ANI en la Matriz de Respuestas No. 3 publicada el 12 de febrero de 2014 en los siguientes términos:

MATRIZ DE RESPUESTAS No. 3 **Respuesta No. 164**	
OBSERVACIÓN REALIZADA	***RESPUESTA ANI***
"Solicitamos comedidamente a la ANI confirmar nuestro entendimiento en relación con los siguientes puntos. *(...)* *3. La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos, es mandatorio y no se aceptan otros clausulados, dado que en ausencia de estándares universales, la claridad de las garantías y su alcance en cobertura y condiciones de amparo no serán uniformes. Este condicionado anexo al pliego, no es un manual. Son las condiciones bajo las cuales se aceptan garantías cuando ellas se constituyan mediante pólizas de seguros. Las compañías de seguros deberán registrarla ante la Superintendencia Financiera de Colombia.".* *(...)*" (Subrayado fuera de texto)	*"(...) 3.* ***Se confirma el entendimiento realizado por el observador****, de acuerdo con la respuesta enviada con anterioridad donde se afirma que: "La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos,* ***es mandataria y no se aceptan otros clausulados****."* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, la ANI fue totalmente clara en señalar que no se aceptan otros clausulados diferentes a los contenidos en el Apéndice Financiero 3, de forma que el texto contenido en la última versión de dicho apéndice publicado con la Adenda 2 era plenamente vinculante para los proponentes interesados en participar en la Licitación.

En relación con esta respuesta, es importante destacar que de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado[1], independiente de que una respuesta a las observaciones sea incluida o no en los Pliegos a través de una adenda, con el mero hecho de que la respuesta haya tenido la finalidad de modificar/precisar alguna previsión del Pliego y que la respuesta haya sido emitida en documento institucional por la entidad pública contratante, dicha respuesta será plenamente vinculante tanto para la entidad como para los respectivos proponentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, es fácil concluir que el documento denominado "*AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES*" es un documento de obligatorio cumplimiento por parte de los oferentes y es el documento al que deben estar sujetas las pólizas de seriedad de la oferta y demás seguros de cumplimiento. De hecho, tal y como lo indica el numeral 1.5.1 del Pliego, el Apéndice Financiero 3 es un documento que hace parte integral de los Pliegos y demás documentos de la Licitación.

No obstante la claridad de la ANI sobre la obligatoriedad de acoger el clausulado del Apéndice Financiero 3, la EP Mario Huertas – Meco tomó un seguro que no se encuentra sujeto al clausulado general indicado por dicha entidad a través del Apéndice 3 de "Garantías y Seguros". Así, en las condiciones particulares contenidas en la carátula del seguro tomado por la EP Mario Huertas – Meco se indica que el seguro está regulado por el clausulado general denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

Lo anterior se observa en los folios 33, 34 y 35 de la oferta en los siguientes términos:

Asegurado Y Beneficiario: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI
Dirección CALLE 24 No.59-42 Edificio T4 Ciudad: BOGOTA, D.C.
TIPO DE POLIZA OFICIAL ENTIDADES ESTATALES VERSION: MARZO DE 2013 DCTO 734
Licitacion No. VJ-VE-IP-LP-009-2013

Al revisar el contenido de dicho clausulado general que se encuentra publicado en la página web de la compañía de Liberty Seguros S.A[2] y que nos permitimos allegar como **ANEXO A** de este documento, encontramos que es **totalmente diferente** al clausulado general requerido por la ANI.

Así, a modo de ejemplo, a continuación se observa que el primer párrafo de cada condicionado difiere totalmente el uno del otro.

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013. C.P Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000232600020030011301.
[2] Ver el siguiente link: https://www.libertycolombia.com.co/Empresas/ProdyServ/Biblioteca-de-Documentos/Cumplimiento/AFEE/Clausulado_Entidades_Estatales_Anexo.pdf

- Clausulado requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3:

> _____, SOCIEDAD LEGALMENTE ESTABLECIDA EN COLOMBIA Y DEBIDAMENTE AUTORIZADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA PARA OPERAR EN EL PAÍS, LA CUAL EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ LA ASEGURADORA, OTORGA A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI , QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ LA ANI, ENTIDAD ASEGURADA Y BENEFICIARIA, LOS AMPAROS ESPECIFICADOS EN LA CARÁTULA DE ESTA PÓLIZA CON SUJECIÓN, EN SU ALCANCE Y CONTENIDO, A LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DE LA MISMA Y SIN EXCEDER EL CORRESPONDIENTE VALOR ASEGURADO, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1079 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EN EL DECRETO 734 DE ABRIL 13 DE 2012, SEGÚN LAS DEFINICIONES Y ALCANCE QUE DE LOS RESPECTIVOS AMPAROS A CONTINUACIÓN SE ESTIPULAN:

- Clausulado Oficial Entidades Estatales- Versión: Marzo de 2013 DCTO 734 (Liberty Seguros S.A)

> LIBERTY SEGUROS S.A. EN ADELANTE LIBERTY OTORGA A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA, SIN EXCEDER EL VALOR ASEGURADO, LOS AMPAROS MENCIONADOS EN LA CARÁTULA DE LA PRESENTE PÓLIZA, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1088 DEL CODIGO DE COMERCIO, SEGÚN EL CUAL, EL CONTRATO DE SEGURO ES DE MERA INDEMNIZACIÓN Y JAMÁS PODRÁ CONSTITUIR FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO. LA INDEMNIZACIÓN PODRÁ COMPRENDER A LA VEZ EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE, PERO ESTE DEBERÁ SER OBJETO DE UN ACUERDO EXPRESO. ESTA PÓLIZA CUBRE LOS PERJUICIOS DIRECTOS CON SUJECIÓN A LAS CONDICIONES DE LA PRESENTE POLIZA, EN SU ALCANCE Y CONTENIDO, SEGÚN LAS DEFINICIONES Y CONDICIONES GENERALES QUE A CONTINUACIÓN SE ESTIPULAN:

Si bien las condiciones generales aportadas por la EP Mario Huertas – Meco que obran entre los folios 38 y 44 corresponden a unas condiciones que tienen por título "*Póliza de Cumplimiento para Contratos Estatales A Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI*", tal y como se observa en la imagen antes expuesta de la carátula de la póliza aportada por dicha estructura plural, es claro que el tomador del seguro y la aseguradora acordaron que el contrato de seguro estaría regido por un clausulado general diferente, esto es, por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

Es importante destacar que el clausulado general allegado por la EP Mario Huertas – Meco entre los folios 38 y 44 no rige el seguro tomado por dicha estructura plural, pues en las condiciones particulares que aparecen en la carátula de la póliza, firmada por ambas partes, se evidencia que el tomador del seguro y la aseguradora acordaron que el contrato de seguro estaría regido por el clausulado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

Esta situación, en la que tanto el tomador como la aseguradora acuerdan sujetar el contrato de seguro a un clausulado general diferente al que le correspondería originalmente a la póliza, ha sido

objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la justicia arbitral. En varias ocasiones se ha concluido que el clausulado general al que las partes acuerden someterse en la carátula de la póliza prevalece sobre el clausulado general que, en principio, le correspondería al tipo de seguro contratado.

Así las cosas tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

> *"Para la Sala, no ofrece duda que si las partes, de forma explícita, en desarrollo de su autonomía privada, han pactado como condiciones generales del seguro contratado, unas distintas de las depositadas en la Superintendencia Financiera, no es posible que el asegurador, con posterioridad, pretenda que estas últimas prevalezcan sobre aquellas, así las convenidas se refieran a una modalidad de contrato diferente, como sería concertar las de un seguro de cumplimiento para entidades estatales, en lugar de las que regirían para un seguro de cumplimiento entre particulares, que fue lo que aquí aconteció.*
>
> *(...)*
>
> *Es cierto que primigeniamente dicho clausulado fue prediseñado o concebido por la demandada para los seguros de cumplimiento relativos a contratos estatales, y que existe otro cuerpo de condiciones para el caso de negocios jurídicos entre particulares; pero como las partes, en uso de la prerrogativa concedida en el parágrafo del artículo 1047 del C. de Co. -en asocio de otras normas que refrendan su poder y libertad negocial, "expresamente acordaron" que serían aquellas y no estás las condiciones generales a las que se sujetaría el contrato de seguro celebrado, no podía el sentenciador tener en cuenta unas distintas, pues al hacerlo, desconoció la voluntad claramente expresada por los contratantes (...)"*[3] (Subrayado fuera de texto).

Por su parte la justicia arbitral ha determinado lo siguiente:

> *"Para empezar, lo común es que ese contenido aparezca dividido en condiciones generales, condiciones particulares y condiciones especiales. Las primeras son las estipulaciones básicas de operancia general en todas las pólizas de un mismo ramo o modalidad de seguro y en las cuales, entre otros aspectos, se define en sus rasgos básicos la extensión de la cobertura, se describe con detalle la clase de bienes sobre los que pueden recaer los intereses asegurables y se indican las circunstancias, situaciones u objetos que quedan excluidos de la garantía del asegurador, en forma absoluta o solamente en defecto de pacto en contrario; las condiciones particulares recogen aspectos concretos del seguro específicamente contratado en un caso dado y, desde esta dimensión particularizadora, se ocupan también de describir los riesgos cubiertos y de establecer los límites precisos de la garantía, condiciones particulares estas que en cuanto son tales, prevalecen en su aplicación sobre las de carácter general."*[4] (Subrayado es nuestro).

Tal y como se puede apreciar, las condiciones particulares que aparecen en la carátula de la póliza (por materializar la voluntad de las partes, pues es en ellas sobre las que se depositan los acuerdos, reafirmado en el hecho de ser el único documento suscrito por ambas partes), pueden determinar que clausulado general aplicar. En el caso en concreto, las partes que suscribieron la póliza de

---

[3] Corte Suprema de Justicia - Sala Civil, veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007). Ref.: Expediente 68001 31 03001 20000013301

[4] LAUDO EN DERECHO DEL 16 DE JULIO DE 2002. CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ÁRBITROS: Carlos Esteban Jaramillo (presidente), Hernando Tapias Rocha, Jorge Cubides Camacho DEMANDANTE: Palmar del Oriente Ltda. DEMANDADO: ACE Seguros S.A. y otro. TEMAS GENÉRICOS: Derecho Comercial NORMAS ANALIZADAS: Código de Comercio, arts. 1045, 1047, 1054, 1056, 1082. UBICADO EN: Carpeta número 37 - Cámara de Comercio de Bogotá.

seguro No. 2355971, optaron voluntariamente por sujetarse al clausulado general denominado "*Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales*" "*Versión de marzo de 2013*" y no a las allegadas a la Licitación que corresponden a las denominadas "*Póliza de Cumplimiento para Contratos Estatales A Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI*" de "*Versión de enero de 2014*".

En este orden de ideas, es evidente que la EP Mario Huertas – Meco no acreditó las condiciones generales obligatoriamente exigidas por la ANI en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

Al respecto, es importante destacar que el yerro de la EP Mario Huertas – Meco es de tal magnitud que para corregirlo sería necesario que volviera a aportar nuevamente **la totalidad de la carátula de la póliza**, debido a que en cada uno de los folios 33, 34 y 35 debidamente firmados por el tomador y la aseguradora consta con claridad que las condiciones generales a las que se sometió dicha póliza son las correspondientes a "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734". En otras palabras, para corregir la póliza, la aseguradora y el tomador tendrían prácticamente que suscribir una **modificación sustancial** al contrato de seguro de forma que se sustituyan totalmente las condiciones generales en él incluidas originalmente por otras condiciones (las del Apéndice Financiero 3) que difieren considerablemente en su contenido y alcance.

En este contexto, es importante destacar que de acuerdo con el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en ejercicio de la facultad de presentar observaciones al informe de evaluación, *"(...) los oferentes **no** podrán complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas*" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Esta regla fue plenamente ratificada en el numeral 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 (aplicable a esta Licitación), que al respecto dispone:

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

En línea con lo anterior, el numeral 5.5 del Pliego estableció:

> *"(...) La Agencia podrá solicitar a los Oferentes las aclaraciones o explicaciones que estime necesarias para el estudio y evaluación de los factores de escogencia de las Ofertas, siempre y cuando ello no comporte una **modificación, adición o mejora** de la Oferta presentada, fijando un término perentorio para que el Oferente allegue su respuesta*" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha destacado que la aplicación del principio de subsanabilidad **de ninguna forma** elimina la regla establecida en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual "*Las propuestas deben referirse y **sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones** (...). Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación*" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos por dicha corporación:

> "*Tampoco se trata entonces de que por vía de la posibilidad de saneamiento, el oferente vaya estructurando y ajustando su propuesta a lo largo del proceso contractual -según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, "las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones" -; y, por lo mismo, tampoco puede significar para el caso concreto de la consulta, que sea viable hacer ofrecimientos sin la garantía de seriedad que exige el mismo estatuto de contratación, pues la misma es consustancial a la oferta y constituye por tanto un requisito indispensable para participar en el proceso de selección (art.7° Ley 1150 de 2007)*"[5] (Subrayado fuera de texto).

Así, bajo los lineamientos normativos antes expuestos, eventualmente se podría sustentar en el principio de subsanabilidad la posibilidad de que un proponente corrija una póliza que adolece de aspectos formales menores, **siempre y cuando** dicha póliza se ajuste a todos y cada uno de los puntos contenidos en el Pliego, tal y como el hecho de cumplir con el clausulado general expresamente exigido por la ANI. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la póliza aportada por la EP Mario Huertas – Meco ni siquiera se sujetó a las **reglas mínimas** establecidas en el Pliego en relación con el clausulado general aplicable a la presente Licitación.

De este modo, es evidente que en el caso que nos ocupa, la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, NO se sujetó a los requisitos previstos en el numeral 1.5.1 del Pliego, que establecieron como parte integral los documentos de la Licitación las condiciones establecidas en el Apéndice Financiero 3. Así mismo, encontramos que en caso de que la EP Mario Huertas - Meco realice una modificación sustancial al contrato de seguro aportando nuevamente la totalidad de la carátula de la póliza (o corrigiendo de cualquier forma el yerro cometido), evidentemente estaría complementando[6], adicionando[7], modificando[8] y mejorando[9] su oferta, en contravía de la prohibición expresa contenida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el numeral 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 y en el numeral 5.5 del Pliego.

Así mismo, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

1.2 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3 – "LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO"

1.2.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado (a folios 38-44) NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas

[5] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P William Zambrano Cetina. Rad. 11001-03-06-000-2008-00079-00(1927)
[6] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *complementar*: "Dar complemento a algo.".
[7] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *adicionar*: "Hacer o poner adiciones".
[8] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *modificar*: "Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes".
[9] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *mejorar*: "Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor".

– Meco (que se rige por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734"), en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, encontramos que dicho clausulado no cumpliría con lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 en relación con la cobertura de la garantía de la seriedad de la oferta en cuanto al "PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...)".

1.2.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, tenemos el siguiente comentario adicional.

El Apéndice Financiero 3 de "Garantías y Seguros" estableció que, mediante el amparo de seriedad de la oferta se debe garantizar el "PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...)" (Subrayado fuera de texto). Sin embargo, esta situación no está cubierta por la póliza del seguro de cumplimiento No. 2355971 allegada por la EP Mario Huertas – Meco, póliza en la que únicamente se indica lo siguiente:

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:

Así, aunque en el clausulado general allegado por dicha estructura plural se indica que "MEDIANTE ESTE AMPARO SE GARANTIZA EL PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS: (...)", en las condiciones particulares que se encuentran en la carátula de la póliza (ver folio 33) se indica que únicamente se amparan "(...) *LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA*".

El hecho de que las condiciones particulares del contrato de seguro No. 2355971 no se refieran, como amparo, a la "SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO", implica que las partes, en ejercicio de la voluntad contractual, derogaron este amparo que sí se encontraba en las condiciones generales. Lo anterior acarrea que la EP Mario Huertas – Meco no se ajustó a los requisitos mencionados en el Pliego de la Licitación en relación con la obligatoriedad del clausulado general exigido por la ANI en el Apéndice Financiero 3.

Como lo explicamos y citamos previamente: "*las condiciones particulares recogen aspectos concretos del seguro específicamente contratado en un caso dado y, desde esta dimensión particularizadora, se ocupan también de describir los riesgos cubiertos y de establecer los límites precisos de la garantía, condiciones particulares estas que en cuanto son tales, prevalecen en su aplicación sobre las de carácter general.*"[10] (Subrayado fuera de texto).

[10] LAUDO EN DERECHO DE 16 DE JULIO DE 2002 CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

1.3 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3 – "MANIFESTACIÓN MIPYME"

1.3.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas – Meco (que se rige por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734"), en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, encontramos que dicho clausulado no cumpliría con lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 en relación con la siguiente cobertura de la garantía de seriedad de la oferta: "PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...) EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA CONVOCATORIO DE UN PROCESO CONTRACTUAL SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA TENER TAL CONDICIÓN".

1.3.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, tenemos el siguiente comentario adicional.

El Apéndice Financiero 3 de "Garantías y Seguros" estableció que mediante el amparo de seriedad de la oferta se debe garantizar el "PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...) EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA CONVOCATORIO DE UN PROCESO CONTRACTUAL SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA TENER TAL CONDICIÓN". Sin embargo, esta situación no está cubierta por la póliza del seguro de cumplimiento No. 2355971 allegada por la EP Mario Huertas – Meco.

Así, en el clausulado general allegado por dicha estructura plural se indica lo siguiente: "MEDIANTE ESTE AMPARO SE GARANTIZA EL PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO 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".

No obstante lo anterior, en las condiciones particulares que se encuentran en la carátula de la póliza del seguro de cumplimiento No. 2355971 aportada por la EP Mario Huertas – Meco a folios 33-35, no se indica que la póliza ampare los eventos relacionados con el hecho de haber manifestado ser MIPYME. En el Folio 033 de la oferta presentada se lee lo siguiente:

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.

El hecho de que las condiciones particulares del contrato de seguro No. 2355971 no se refieran, como amparo, a la "SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO: (...) EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA CONVOCATORIO DE UN PROCESO CONTRACTUAL SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA TENER TAL CONDICIÓN ", implica que las partes, en ejercicio de la voluntad contractual, derogaron este amparo que sí se encontraba en las condiciones generales expresamente requeridas por la ANI a través del Apéndice Financiero 3. Lo anterior acarrea que la EP Mario Huertas – Meco no se ajustó a los requisitos mencionados en el Pliego de la Licitación en relación con la obligatoriedad del clausulado general exigido por la ANI en el Apéndice Financiero 3.

Como lo explicamos y citamos en el punto anterior: "*las condiciones particulares recogen aspectos concretos del seguro específicamente contratado en un caso dado y, desde esta dimensión particularizadora, se ocupan también de describir los riesgos cubiertos y de establecer los límites precisos de la garantía, condiciones particulares estas que en cuanto son tales, prevalecen en su aplicación sobre las de carácter general.*"[11] (Subrayado fuera de texto).

1.4 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3- OTROS ASPECTOS RELEVANTES

1.4.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas – Meco (que se rige por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734"), en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, encontramos que dicho clausulado no cumpliría con lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 en los siguientes aspectos: (i) el clausulado que obra a folios 38-44 no incluye el amparo de calidad del servicio expresamente requerido en el Apéndice Financiero 3, (ii) el clausulado que obra a folio 41 incluye un texto adicional ("de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011") que no se encuentra contenido en el Apéndice Financiero 3 y (iii) el clausulado que obra a folios 38-44 modifica la numeración prevista en el Apéndice Financiero 3.

[11] LAUDO EN DERECHO DE 16 DE JULIO DE 2002 CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

1.4.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, tenemos el siguiente comentario adicional.

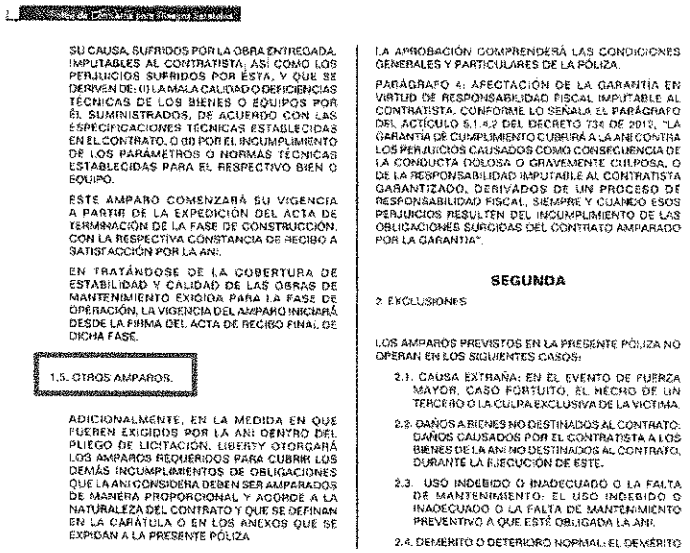
De acuerdo con la respuesta No. 164 dada por la ANI en la Matriz de Respuestas No. 3 publicada el 12 de febrero de 2014 (que fue transcrita previamente), el clausulado general previsto en el Apéndice Financiero 3 de "Garantías y Seguros" es de obligatorio cumplimiento y su emisión debe sujetarse a la literalidad de dicho Apéndice.

No obstante lo anterior, observamos que el clausulado aportado por la EP Mario Huertas – Meco a folios 38-44 se diferencia sustancialmente con el clausulado previsto en el Apéndice Financiero 3 en los siguientes tres aspectos:

Aspecto No. 1:

De acuerdo con el Apéndice Financiero 3, la ANI requirió que la póliza incluya los siguientes amparos: "1. AMPARO DE SERIEDAD DE LA OFERTA; 2. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO; 3. AMPARO PARA EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES; 4. AMPARO DE ESTABILIDAD DE LAS OBRAS Y CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS.; **5. AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO**; 6. OTROS AMPAROS" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, el Apéndice Financiero 3 fue claro en incluir entre el cuarto y sexto numeral el "AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO", amparo que fue expresamente requerido por la ANI. No obstante lo anterior, el clausulado allegado por la EP Mario Huertas – Meco **NO INCLUYE** el "AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO" en los términos requeridos por la Apéndice Financiero 3. Así, a folios 39 y 40 de la oferta se evidencia lo siguiente:



SU CAUSA, SUFRIDOS POR LA OBRA ENTREGADA, IMPUTABLES AL CONTRATISTA, ASÍ COMO LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR ÉSTA, Y QUE SE DERIVEN DE: (I) LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR ÉL SUMINISTRADOS, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO, O (II) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS O NORMAS TÉCNICAS ESTABLECIDAS PARA EL RESPECTIVO BIEN O EQUIPO.

ESTE AMPARO COMENZARÁ SU VIGENCIA A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DEL ACTA DE TERMINACIÓN DE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN, CON LA RESPECTIVA CONSTANCIA DE RECIBO A SATISFACCIÓN POR LA ANI.

EN TRATÁNDOSE DE LA COBERTURA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO EXIGIDA PARA LA FASE DE OPERACIÓN, LA VIGENCIA DEL AMPARO INICIARÁ DESDE LA FIRMA DEL ACTA DE RECIBO FINAL DE DICHA FASE.

1.5. OTROS AMPAROS.

ADICIONALMENTE, EN LA MEDIDA EN QUE FUEREN EXIGIDOS POR LA ANI DENTRO DEL PLIEGO DE LICITACIÓN, LIBERTY OTORGARÁ LOS AMPAROS REQUERIDOS PARA CUBRIR LOS DEMÁS INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIONES QUE LA ANI CONSIDERA DEBEN SER AMPARADOS DE MANERA PROPORCIONAL Y ACORDE A LA NATURALEZA DEL CONTRATO Y QUE SE DEFINAN EN LA CARÁTULA O EN LOS ANEXOS QUE SE EXPIDAN A LA PRESENTE PÓLIZA

LA APROBACIÓN COMPRENDERÁ LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DE LA PÓLIZA.

PARÁGRAFO 4: AFECTACIÓN DE LA GARANTÍA EN VIRTUD DE RESPONSABILIDAD FISCAL IMPUTABLE AL CONTRATISTA. CONFORME LO SEÑALA EL PARÁGRAFO DEL ACTÍCULO 5.1.4.2 DEL DECRETO 734 DE 2012, "LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO CUBRIRÁ A LA ANI CONTRA LOS PERJUICIOS CAUSADOS COMO CONSECUENCIA DE LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA, O DE LA RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL CONTRATISTA GARANTIZADO, DERIVADOS DE UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, SIEMPRE Y CUANDO ESOS PERJUICIOS RESULTEN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DEL CONTRATO AMPARADO POR LA GARANTÍA".

SEGUNDA

2. EXCLUSIONES

LOS AMPAROS PREVISTOS EN LA PRESENTE PÓLIZA NO OPERAN EN LOS SIGUIENTES CASOS:

2.1. CAUSA EXTRAÑA: EN EL EVENTO DE FUERZA MAYOR, CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.

2.2. DAÑOS A BIENES NO DESTINADOS AL CONTRATO: DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A LOS BIENES DE LA ANI NO DESTINADOS AL CONTRATO, DURANTE LA EJECUCIÓN DE ESTE.

2.3. USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO: EL USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE ESTÉ OBLIGADA LA ANI.

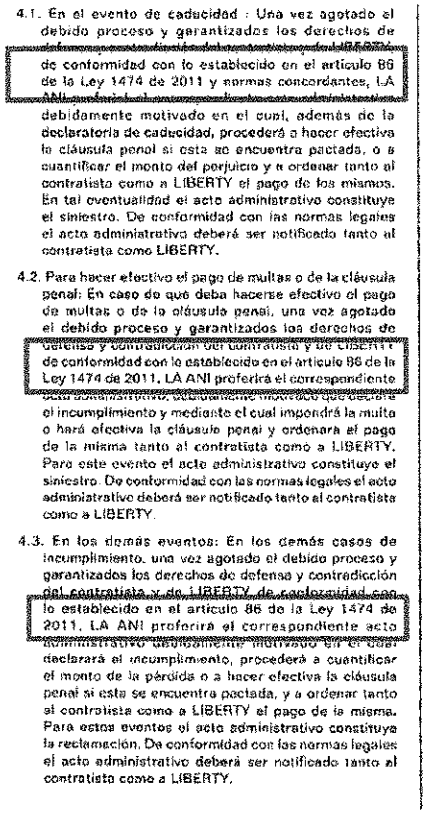
2.4. DEMERITO O DETERIORO NORMAL: EL DEMÉRITO

Como se puede apreciar, haciendo caso omiso de las instrucciones dadas por la ANI en el Apéndice Financiero 3, la EP Mario Huertas – Meco omitió incluir lo correspondiente al "AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO", amparo que debía incluirse entre el cuarto amparo ("AMPARO DE ESTABILIDAD DE LAS OBRAS Y CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS") y el sexto amparo ("OTROS AMPAROS") del clausulado aportado.

De este modo, contrario a lo dispuesto en el Apéndice Financiero 3, la EP Mario Huertas – Meco "se saltó" del cuarto al sexto amparo sin incluir el quinto amparo ("AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO") expresamente requerido por la ANI. Así, es evidente que el clausulado aportado por dicha estructura plural entre los folios 38 y 44 no se ajusta al clausulado requerido por la ANI de acuerdo con el Apéndice Financiero 3.

Aspecto No. 2:

Por otro lado, haciendo caso omiso de las instrucciones impartidas por la ANI en el Apéndice Financiero 3, la EP Mario Huertas – Meco tampoco cumplió con la literalidad del texto del clausulado general del seguro al incluir referencias a la ley 1474 de 2011, que no se encuentran en el clausulado general impuesto por la ANI. Así, a folio 41 de la propuesta se evidencia lo siguiente:



4.1. En el evento de caducidad : Una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del CONTRATISTA y de LIBERTY de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y normas concordantes, LA ANI proferirá el correspondiente acto administrativo debidamente motivado en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal si esta se encuentra pactada, o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar tanto al contratista como a LIBERTY el pago de los mismos. En tal eventualidad el acto administrativo constituye el siniestro. De conformidad con las normas legales el acto administrativo deberá ser notificado tanto al contratista como LIBERTY.

4.2. Para hacer efectivo el pago de multas o de la cláusula penal: En caso de que deba hacerse efectivo el pago de multas o de la cláusula penal, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del CONTRATISTA y de LIBERTY de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, LA ANI proferirá el correspondiente acto administrativo debidamente motivado que declare el incumplimiento y mediante el cual impondrá la multa o hará efectiva la cláusula penal y ordenara el pago de la misma tanto al contratista como a LIBERTY. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro. De conformidad con las normas legales el acto administrativo deberá ser notificado tanto al contratista como a LIBERTY.

4.3. En los demás eventos: En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de LIBERTY de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, LA ANI proferirá el correspondiente acto administrativo debidamente motivado en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal si esta se encuentra pactada, y a ordenar tanto al contratista como a LIBERTY el pago de la misma. Para estos eventos el acto administrativo constituye la reclamación. De conformidad con las normas legales el acto administrativo deberá ser notificado tanto al contratista como a LIBERTY.

Como se puede apreciar en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3, el clausulado general allegado por la referida estructura plural incluye el texto "de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011", texto que no hace parte del clausulado general ordenado por la ANI a través del Apéndice Financiero 3.

Aspecto No. 3:

Finalmente, como se puede apreciar en los Folios 038 a 043, es decir, en todo el texto del clausulado general del seguro allegado por la EP Mario Huertas – Meco, la numeración de los artículos no corresponde a la numeración del documento exigido en el Apéndice Financiero 3 requerido por la ANI.

Lo anterior pone en evidencia las grandes diferencias existentes entre el clausulado que se debe tener, contenido en el Apéndice Financiero 3 y el allegado por la referida estructura plural como parte de su oferta.

En este orden de ideas, tal y como se expuso previamente, la EP Mario Huertas – Meco no solo omitió presentar el clausulado expresamente requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 (al referirse en la carátula como clausulado aplicable al denominado "*Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734*"), sino que adicionalmente el clausulado allegado entre los folios 38 y 44 de su oferta, NO se ajusta a los requerimientos y coberturas previstas en el Apéndice Financiero 3.

Así, en línea con lo expuesto anteriormente, encontramos que en caso de que la EP Mario Huertas - Meco realice una modificación sustancial al contrato de seguro (aportando nuevamente la totalidad de la carátula de la póliza) y/o a su clausulado y condiciones generales (aportando una nueva versión del clausulado), evidentemente estaría complementando[12], adicionando[13], modificando[14] y mejorando[15] su oferta, en contravía de la prohibición expresa contenida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el numeral 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 y en el numeral 5.5 del Pliego.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

[12] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *complementar*: "Dar complemento a algo.".
[13] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *adicionar*: "Hacer o poner adiciones".
[14] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *modificar*: "Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes".
[15] De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *mejorar*: "Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor".

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

2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con lo señalado en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 4.2.2 del Decreto 734 de 2012, para que un servicio se entienda de origen nacional en materia de contratación estatal, dicho servicio debe ser prestado por una empresa constituida de acuerdo con las normas nacionales. En caso contrario, esto es, tratándose de empresas constituidas conforme a normas de otros países, para que se le otorgue trato nacional a los bienes y servicios de dichas empresas, debe existir un tratado suscrito por Colombia (con su capítulo de compras públicas) o, en caso de no existir dicho tratado, se debe acreditar que existe reciprocidad con su país de origen a través de un documento expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Para que una empresa se entienda constituida de acuerdo con las normas nacionales, es necesario que se forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados en Colombia (Arts. 98 y 469 del Código de Comercio).

El numeral 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 en ningún momento exime a las sucursales de sociedades extranjeras de tener que acreditar el trato nacional bajo alguna de las modalidades previstas en dicho numeral (tratado o certificado de reciprocidad) para beneficiarse de los puntajes señalados en la Ley 816 de 2003. De este modo, bajo los lineamientos del Decreto 734 de 2012, siempre que una sociedad extranjera quiera beneficiarse de los puntajes por apoyo a la industria nacional, deberá acreditar que es objeto de trato nacional bajo los lineamientos del numeral 4.2.6 del referido decreto. Cabe señalar que la ANI replicó las reglas señaladas en el Decreto 734 de 2012 en el Pliego.

Al analizar el certificado de reciprocidad publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en SECOP (debido a que la EP Mario Huertas – Meco no aportó dicho certificado con su oferta), encontramos que NO existe reciprocidad con Costa Rica (país de constitución de CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA). En este orden de ideas, es claro que bajo la legislación aplicable en Costa Rica, las ofertas de bienes realizadas por proponentes colombianos NO recibirán el mismo tratamiento que los proponentes locales de dichos país (sobre quienes existe una preferencia) en los procesos de contratación adelantados por entidades estatales. Por lo anterior, es claro que la EP Mario Huertas – Meco no debió beneficiarse con el otorgamiento de los 100 puntos de apoyo a la industria nacional en el Informe de Evaluación.

2.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 816 de 2003, algunas de las principales finalidades del legislador con la expedición de dicha norma fueron las siguientes:

> "*El proyecto está diseñado con base en los siguientes elementos:*
>
> *1. Restaurar el equilibrio en la participación de proveedores nacionales y extranjeros en las licitaciones públicas. El régimen establecido por la Ley 80 de 1993, contiene algunas normas cuyo efecto en la práctica ha sido el de facilitar la participación de bienes y servicios de origen extranjero, colocando en condiciones de desventaja a los proveedores nacionales, efecto que es necesario corregir.*

2. Establecer un factor de escogencia que apoye a la industria nacional, de manera que se conceda un puntaje adicional de entre 5 y 10% del total señalado en los pliegos de condiciones, a las ofertas, sean nacionales o extranjeras, que incorporen componente colombiano en bienes y servicios, así como condicione s para la transferencia tecnológica. El artículo no es discriminatorio por cuanto establece el mismo tratamiento para los proveedores nacionales o extranjeros, a quienes se les presenta la oportunidad de integrar a sus ofertas, componente nacional.

3. Introducir mayor claridad para la aplicación del principio de reciprocidad en la medida en que determina que el mismo solamente es aplicable a los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras del sector público o a aquellos en los cuales se otorgue tratamiento nacional a los bienes y servicios colombianos, lo cual se acreditará mediante un informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente Colombiana, que se deberá acompañar a la documentación correspondiente en cada caso. (...)" (Subrayado fuera de texto)

En línea con lo anterior, el parágrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003 (Modificado por el artículo 51 del Decreto 19 de 2012) señala que se le otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales exclusivamente a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales (bajo el principio de reciprocidad).

Lo anterior consta en los siguientes términos:

"*Parágrafo. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento*" (Subrayado fuera de texto).

Es importante señalar que el anterior parágrafo guarda total coherencia con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 que en relación con el principio de reciprocidad dispone:

"ARTICULO 20. DE LA RECIPROCIDAD. En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

PARAGRAFO 1°. El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

PARAGRAFO 2°. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán

participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo" (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo anterior, el Decreto 734 de 2012 definió los bienes y servicios de origen nacional en los siguientes términos:

> *"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 1° 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"*(Subrayado fuera de texto).

Como se puede identificar, para que un servicio se entienda de origen nacional en materia de contratación estatal, dicho servicio debe ser prestado por una **empresa constituida** de acuerdo con las normas nacionales. En caso contrario, esto es, tratándose de empresas constituidas conforme a normas de otros países, para que se le otorgue trato nacional a dichas empresas, debe existir un tratado suscrito por Colombia (con su capítulo de compras públicas) o, en caso de no existir dicho tratado, se debe aplicar el principio de reciprocidad antes mencionado.

Es importante destacar que para que una empresa se entienda constituida de acuerdo con las normas nacionales, es necesario que se forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Lo anterior se extrae con claridad de los artículos 98 y 469 del Código de Comercio que al respecto disponen:

> *"ARTÍCULO 98. <CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA>. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.*
>
> *La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados"*
>
> *"ARTÍCULO 469. <DEFINICIÓN DE SOCIEDAD EXTRANJERA>. Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior".* (Subrayado fuera de texto).

En este contexto, tratándose de sociedades extranjeras NO constituidas en Colombia que busquen obtener un trato nacional en procesos de selección adelantados por entidades estatales en Colombia, el artículo 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 estableció las siguientes alternativas/condiciones:

> *"Artículo 4.2.6. Cumplimiento de la reciprocidad. A efectos de lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y el parágrafo del artículo 1° de la Ley 816 de 2003 modificado por*

el artículo 51 del Decreto ley 019 de 2012, se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos ***de origen extranjero*** *en procesos de selección nacionales, siempre que cumplan con alguna de estas condiciones:*

a) Que Colombia haya negociado trato nacional en materia de compras estatales con dicho país, o
b) Que en ***el país del proponente extranjero****, con el que no se hubiere negociado trato nacional, las ofertas de* ***bienes y servicios*** *colombianas, reciban el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales".*

La acreditación del trato nacional otorgado a bienes y servicios nacionales en países con los cuales Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras públicas ***se realizará mediante certificación expedida por el Director de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores,*** *la cual contendrá lo siguiente: (i) Lugar y fecha de expedición de la certificación; (ii) Número y fecha del Tratado; (iii) Objeto del Tratado; (iv) Vigencia del Tratado, y (v) Proceso de selección al cual va dirigido. En ausencia de negociación de trato nacional, la certificación deberá indicar si existe trato nacional en virtud del principio de reciprocidad. En el último caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitará la publicación en el Secop de las certificaciones referidas y de mantener dicha información actualizada coordinadamente con la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.*

Parágrafo. La información sobre los acuerdos comerciales suscritos por Colombia estará disponible en el Secop en los términos previstos en el artículo 8.1.17 del presente decreto" (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, con base en las anteriores disposiciones es claro que los servicios prestados por sucursales de sociedades extranjeras NO se consideran servicios nacionales (según la definición del Decreto 734 de 2012). Al respecto, es importante recordar el hecho de una sucursal de sociedad extranjera es una establecimiento de comercio que NO CREA una persona jurídica independiente de la sociedad extranjera como tal.

Lo anterior ha sido reiterado en numerosos pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, entre los que se destaca el siguiente:

> *"Es un pilar fundamental de la estructura jurídica que únicamente de las personas naturales o jurídicas, se predica la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones (artículo 633 C.C.). En consecuencia, la sucursal de sociedad extranjera al ser un establecimiento de comercio mediante el cual actúa aquella per se no puede ser titular de derechos en calidad de asociado, sino que lo será el ente al cual se le reconoce personería jurídica, es decir, la sociedad extranjera"*[16] (Subrayado fuera de texto).

Así, en el evento en que una sucursal de sociedad extranjera quiera obtener el puntaje otorgado por concepto de apoyo a la industria nacional otorgado en procesos de selección adelantados por entidades estatales en Colombia, el país de origen de la sociedad extranjera que constituyó la sucursal debe haber suscrito un tratado con Colombia, o en caso de no haberlo suscrito, deberá acreditar por medio del certificado requerido en el numeral 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 que los bienes y servicios ofrecidos por los proponentes colombianos son tratados como nacionales en su país de origen.

[16] Superintendencia de Sociedades. Concepto No. 220-50335. Rad. Rad. 457.236-0

En este punto, cabe destacar que el numeral 4.2.6 en ningún momento exime a las sucursales de sociedades extranjeras de tener que acreditar el trato nacional bajo alguna de las modalidades previstas en dicho numeral (tratado o certificado de reciprocidad) para beneficiarse de los puntajes señalados en la Ley 816 de 2003. De este modo, bajo los lineamientos del Decreto 734 de 2012, siempre que una sociedad extranjera quiera beneficiarse de los puntajes por apoyo a la industria nacional, deberán acreditar que son objeto de trato nacional bajo los lineamientos del numeral 4.2.6 del referido decreto.

En el contexto de lo anterior, el numeral 1.11 del Pliego destaca que la Licitación que aquí nos ocupa se encuentra plenamente regulada por las reglas previstas en el Decreto 734 de 2012. Así, los numerales 4.4.1 y 4.4.2 del Pliego (modificados por la Adenda 11) transcribieron las reglas antes expuestas en relación con el apoyo a la industria nacional y el principio de reciprocidad de la siguiente forma:

> *"4.4. INCENTIVO A LA INDUSTRIA NACIONAL Y RECIPROCIDAD*
>
> *4.4.1. De conformidad con la Ley 80 de 1993, 816 de 2003 y Decreto 734 de 2012 se consideran 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.*
>
> *4.4.2. En cumplimiento del principio de reciprocidad, igualmente se consideran Oferentes de bienes y servicios nacionales los prestados por (i) los extranjeros cuyo país de origen tenga un acuerdo, tratado o convenio con Colombia, en el sentido que a las ofertas de servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público y (ii) los Oferentes de origen extranjero aun cuando no exista acuerdo, tratado o convenio entre su país de nacionalidad y Colombia siempre que en aquél las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales.*
>
> *4.4.3. La información para acreditar reciprocidad en el evento que un Oferente Extranjero sin sucursal o domicilio en Colombia pretenda recibir trato nacional de conformidad con el numeral 4.4.2 de este Pliego de Condiciones será la que corresponda a la publicada en SECOP.*
>
> *4.4.4 En caso que la información que trata el numeral 4.4.3 anterior no esté publicada en SECOP, el Oferente deberá aportarla en su oferta, en caso de no hacerlo, no será causal de rechazo de la Oferta, pero hará que el factor de protección a la industria colombiana sea calificado con cero (0) puntos para el caso del subcriterio 1"* (Subrayado fuera de texto).

Como se puede observar, el numeral 4.4.1 del Pliego en línea con lo dispuesto en el numeral 4.2.2 del Decreto 734 de 2012 señaló que únicamente se consideraran 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.

Esta regla se ve reflejada en el numeral 6.6.1 del Pliego en el que se establece como "subcriterio 1" para otorgar puntaje por concepto del apoyo a la industria nacional lo siguiente:

> *"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" (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo anterior, el numeral 4.4 del Pliego (modificado por la Adenda 11) señaló que la información para acreditar reciprocidad será la que corresponda en SECOP.

Así, con base en el país de constitución de proponente o miembro del proponente y en el hecho de que Colombia haya suscrito tratado o no con dicho país o que no habiéndose suscrito tratado, exista reciprocidad, la ANI debe decidir si le otorga los 100 puntos al proponente por este concepto o no.

En relación con el origen de los proponentes que participaron en la Licitación que nos ocupa, el Informe de Evaluación indica lo siguiente:

No.	PROPONENTE	INTEGRANTES	%	ORIGEN	PUNTAJE
1	EP SHIKUN Y BINUI - GRODCO	SHIKUN & BINUI PROSPERIDAD AG	37.5%	Suiza	100
		C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S. EN C.A	25 %	Colombia	
		COLOMBIANA INVERSIONES DE INFRAESTRUCUTRA SAS.	37.5%	Colombia	
2	EP MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES	75 %	Colombia	100
		CONSTRUCTORA MECO S.A SUCURSAL COLOMBIA	25 %	Costa Rica	

No obstante lo anterior, al analizar el certificado de reciprocidad publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en SECOP[17] (debido a que la EP Mario Huertas – Meco no aportó dicho certificado con su oferta), encontramos que NO existe reciprocidad con Costa Rica. Dicho certificado se aporta como **ANEXO B** de este documento.

Lo anterior se debe a que tal y como indica el parágrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003, para que exista reciprocidad es necesario que en el país de origen del proponente extranjero, *"(...) a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales*" (Subrayado y negrillas fuera de texto). De este modo, para que se configure la reciprocidad, es necesario que tanto a las ofertas de bienes como a las ofertas de servicios de los proponentes colombianos se les considere como bienes y servicios nacionales en el respectivo país de origen del proponente extranjero.

Contrario a lo anterior, el certificado referido que se encuentra publicado en SECOP indica lo siguiente:

[17] Ver:
http://www.colombiacompra.gov.co/es/certificaciones-de-trato-nacional-por-reciprocidad

3. Con sujeción a la información precedente, transmitida por el Ministerio de Comercio Exterior de la República de Costa Rica, en ausencia de tratado, la República de Costa Rica reconoce trato nacional a los servicios extranjeros ofrecidos en los procesos de contratación pública, en virtud del principio de reciprocidad.

   No obstante, "[...] *la Ley N° 7017 "Ley de Incentivos para la Producción Nacional", en concordancia con el artículo 29 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece una preferencia para los bienes manufacturados localmente, la cual no aplica en materia de servicios.*"

4. La presente certificación se expide de conformidad con lo previsto en el artículo 4.2.6° del Decreto 0734 del 13 de abril de 2012, para su publicación en el SECOP.

En este orden de ideas, es claro que bajo la legislación aplicable en Costa Rica, las ofertas de bienes realizadas por proponentes colombianos NO recibirán el mismo tratamiento que los proponentes locales de dichos país (sobre quienes existe una preferencia) en los procesos de contratación adelantados por entidades estatales.

Teniendo en cuenta lo anterior, le solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido de retirar los 100 puntos asignados a la EP Mario Huertas – Meco por concepto del apoyo a la industria nacional.

3. EFECTOS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL DE LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

3.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Para que el Apoderado Común cuente efectivamente con "*facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los miembros del Oferente, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV*", es necesario que la Carta de Presentación de la Oferta – Anexo 2- cuente con presentación personal. Lo anterior se extrae claramente de la remisión realizada por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 al artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 y de otras disposiciones aplicables en materia societaria, tal y como el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008.

Así, en caso de que la Carta de Presentación de la Oferta no cuente con presentación personal, el Apoderado Común no podrá realizar actos relevantes para la Licitación, tal como notificarse del acto de adjudicación y registrar los documentos corporativos exigidos ordinariamente para la constitución de un SPV.

De este modo, tal y como consta en los folios 2 al 6 de la Oferta aportada por al EP Mario Huertas-Meco, es claro que la Carta de Presentación de la Oferta allegada por dicho proponente no fue suscrita con el cumplimiento del requisito de presentación personal y, por lo tanto, el Apoderado Común carece de capacidad jurídica para realizar todos los actos exigidos en el numeral 1.4.9 del Pliego.

3.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

Los artículos 5 y 25 del Decreto 019 de 2012[18] aplicables a todas las entidades de la Administración Pública[19] establecieron que los documentos privados destinados o no a servir como prueba en las actuaciones administrativas se presumen auténticos con excepción de los poderes especiales, los que deben cumplir con la formalidad de presentación personal. Así, dichos artículos disponen lo siguiente:

> *"ARTICULO 5. ECONOMIA 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.*
> *ARTICULO 25. ELIMINACIÓN DE AUTENTICACIONES Y RECONOCIMIENTOS (...) 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 y de las actas de asamblea general de accionistas, junta de socios y demás actos de personas jurídicas que deban registrarse ante las Cámaras de Comercio, las cuales deberán ser presentadas personalmente por sus otorgantes ante el secretario de la respectiva Cámara"* (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, al analizar la constitucionalidad de la anterior regla, la Corte Constitucional manifestó que la exigencia de la presentación personal de los poderes especiales que se aporten ante entidades públicas es un requisito plenamente aplicable que tiene su antecedente en la remisión normativa contenida en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011. Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos:

> *" El demandante afirma que en virtud de esta norma se estaría creando un nuevo trámite respecto de todos los poderes especiales que se presenten ante las entidades públicas, pues antes de la expedición del decreto ley 019 de 2012 solamente en algunos casos el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, el Código Comercio y el Decreto Reglamentario 2148 de 1983, exigían su autenticación, sin que existiera una regla general que implicara que todos los poderes que se presenten ante una entidad pública debieran se presentados personalmente.*
>
> *Sin embargo, esta Corporación considera que no es correcto señalar que la norma demandada haya creado un nuevo trámite, pues si bien el Código Contencioso Administrativo (ley vigente en el momento de la expedición del decreto 019 de 2012[78]) no contemplaba una norma especifica que exija la presentación personal de los poderes, dicha ley sí realiza una remisión general al Código de Procedimiento Civil para llenar vacíos normativos: "En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo"[79].*
>
> *Una norma similar se contempla en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[80], aunque el criterio de comparación con la creación del nuevo*

[18] Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
[19] Artículo 2 del Decreto 019 de 2012.

trámite es el vigente al momento de la expedición del decreto 019 de 2012, pues es ese el momento en el cual se hizo uso de las facultades para suprimir y reformar trámites innecesarios.

(...)De esta manera, antes de la expedición del artículo 25 del decreto ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de los poderes especiales, por lo cual, no se está creando un nuevo trámite, sino que la norma demandada se refiere a un trámite ya existente.

De otro lado, el demandante señala que el mandato es un contrato consensual, disposición que se vulneraría al exigirse la autenticación de un poder para su perfeccionamiento, argumento errado, pues confunde el poder con el contrato de mandato, actos jurídicos distintos, a lo cual cabe agregar que esta manifestación no se refiere a la presunta vulneración de una constitucional, sino de un artículo del Código Civil.

Por las razones anteriormente expuestas el cargo formulado por el demandante carece de certeza y por ello esta Corporación se declarará inhibida para analizar la constitucionalidad de la expresión "con excepción de los poderes especiales"[20].

En este contexto, el numeral 2.2.1 de la Invitación de Precalificar No. VJ–VE–IP- 009 -2013 estableció como obligación de los integrantes de las Estructuras Plurales el nombrar un Apoderado Común con potestades suficientes para representarlos en los términos de la precalificación. Dicho numeral señaló lo siguiente:

"*(b) Los Integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de sus Integrantes, en los términos de la presente Precalificación y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la ANI durante el desarrollo del sistema de Precalificación*" (Subrayado fuera de texto).

En esta línea, el Anexo 1 - Carta de Presentación de la Manifestación de Interés- requerido por la ANI en la fase de precalificación (la "Precalificación") estableció como facultades del Apoderado Común las siguientes:

"*(n) Que designamos como apoderado común de todos los Integrantes de la Estructura Plural a [insertar nombre del apoderado común] quien goza de amplias y suficientes facultades para suscribir la presente Manifestación de Interés y participar en nombre de la Estructura Plural y sus Integrantes, y en particular, para manifestarse, solicitar aclaraciones, recibir notificaciones, responder en nombre de los Integrantes, intervenir de manera verbal y escrita en todas las instancias previstas y todas las demás que se prevén en la Invitación. Para todos los efectos, el apoderado común en nombre de los Integrantes recibirá notificaciones en la dirección que se señala a continuación (...)*" (Subrayado fuera de texto).

En relación con la formalidad de adelantar la presentación personal de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés en la que se encontraba contenida la designación del Apoderado Común, la ANI manifestó lo siguiente en el informe de evaluación de requisitos de capacidad jurídica, capacidad financiera y experiencia en inversión publicado en el marco del proceso de precalificación No. VJ- VE- IP-001-2013:

[20] Corte Constitucional, sentencia C- 634 de 2012. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"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"* (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, nos permitimos destacar que las facultades requeridas en la fase de Licitación para el Apoderado Común son mucho más amplias que las requeridas por la ANI en la fase de Precalificación.

Así, el numeral 1.4.9 del Pliego define al Apoderado Común en los siguientes términos:

"Es el representante del cual trata el numeral 2.2.1(b) de la Invitación a Precalificar, quien debe contar con facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los miembros del Oferente, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV en los términos del numeral 3.2.1(b)[21] de este Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto).

A su vez, el numeral 3.2.2 (b) dispuso lo siguiente:

"(b) Facultades del Apoderado Común. En la Carta de presentación de la oferta los miembros de la Estructura Plural del Oferente autorizarán al Apoderado Común para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública en los términos de los numerales 1.4.9 de este Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto)..

En este marco, el Anexo 2 - Carta de presentación de la Oferta- del Pliego

"(n) Que designamos como apoderado común de todos los Integrantes de la Estructura Plural a [insertar nombre del apoderado común] quien goza de amplias y suficientes facultades para representarnos, y por consiguiente, suscribir la presente Oferta hasta la constitución del SPV, en los términos y alcances del ***numeral 1.4.9 del pliego de Condiciones****, además de participar en nombre de la Estructura Plural y sus Integrantes, y en particular, para, solicitar aclaraciones,* ***recibir notificaciones****, responder en nombre de los Integrantes, intervenir de manera verbal y escrita en todas las instancias previstas y todas las demás que se prevén en la Licitación Pública. Para todos*

[21] Dicho numeral señala: "(b) Facultades del Apoderado Común. En la Carta de presentación de la oferta los miembros de la Estructura Plural del Oferente autorizarán al Apoderado Común para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública en los términos de los numerales 1.4.9 de este Pliego de Condiciones".

los efectos, el apoderado común en nombre de los Integrantes recibirá notificaciones en la dirección que se señala a continuación: (...)" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De este modo, es claro que a diferencia de la fase de Precalificación, el poder otorgado a través del Anexo 2 - Carta de presentación de la Oferta- en la fase de Licitación implica mayores facultades para el Apoderado Común, a tal punto que el numeral 1.4.9 del Pliego establece que éste deberá tener facultades suficientes para llevar a cabo la representación "sin limitaciones" de todos y cada uno de los miembros del Oferente en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV.

Particularmente, una de las facultades otorgadas a través de la Carta de presentación de la Oferta al Apoderado Común es la de recibir notificaciones. Uno de los principales actos administrativos en los que debe tener plenas facultades para notificarse el Apoderado Común en el trámite de la Licitación es el acto de adjudicación.

En relación con la notificación del acto de adjudicación (acto administrativo de carácter particular), el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 señala lo siguiente:

> *"Artículo 9°. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.(...)"* (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 señala que la normatividad aplicable a las actuaciones administrativas adelantadas en los procesos de contratación, es la que rige los procedimientos y actuaciones en la función administrativa (esencialmente la Ley 1437 de 2011). A su vez, artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 establece que se requiere la formalidad de la presentación personal para notificarse de actos administrativos de carácter particular y cuando se trate de notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos[22], de naturaleza pública o de seguridad social.

De este modo, es claro que para que el Apoderado Común pueda notificarse del acto de adjudicación, el poder contenido en la Carta de Presentación de la Oferta debe cumplir con la formalidad de la presentación personal.

En línea con lo anterior, para que el Apoderado Común pueda constituir el SPV ante la correspondiente Cámara de Comercio y para que pueda realizar trámites tan básicos como la obtención del Registro Único Tributario–RUT[23]-, las entidades y/o autoridades respectivas requieren que el poder correspondiente cuente con la formalidad de la presentación personal.

Así, a modo de ejemplo, el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 que regula las sociedades por acciones simplificadas señala que el documento de constitución será objeto de autenticación de

[22] El Consejo de Estado, con ponencia de Ruth Stella Correa, en sentencia del 13 de junio de 2011 (Rad. 19936) señaló lo siguiente: *"Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico"* (Subrayado fuera de texto).

[23] Artículo 10 del Decreto 2460 de 2013 "por el cual se reglamenta el artículo 555-2 del Estatuto Tributario".

manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado. En el evento en que la autenticación la realice el apoderado, de acuerdo con artículo 5 del Decreto 019 de 2012[24], es claro que el poder especial que acredite las facultades del apoderado debe cumplir con la formalidad de la presentación personal.

En este orden de ideas, para que el Apoderado Común cuente efectivamente con "facultades suficientes para la representación **sin limitaciones** de todos y cada uno de los miembros del Oferente, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV", es necesario que la Carta de Presentación de la Oferta – Anexo 2- cuente con presentación personal, en tanto que en dicha Carta de Presentación de la Oferta, según se lee, consta la facultad otorgada al Apoderado Común para llevar a cabo la constitución del SPV.

Así, ante la ausencia de presentación personal de la Carta de Presentación de la Oferta, la constitución del SPV únicamente se podrá llevar a cabo mediante el otorgamiento de un nuevo documento que cumpla con las formalidades establecidas en la ley, situación que a todas luces resulta contraria al alcance y a las facultades requeridas por el Pliego en relación con las actuaciones del Apoderado Común.

Tal y como se evidenció en los ejemplos antes expuestos en relación con la notificación de los actos administrativos de carácter particular (como el acto de adjudicación) y con los requisitos para la constitución del SPV, un Apoderado Común cuyo poder (conferido a través del Anexo 2) no tenga presentación personal, no podrá adelantar varios actos relevantes tanto para el curso normal de la Licitación como para la constitución del SPV.

En otras palabras, la falta de presentación personal en el Anexo 2 genera importantes limitaciones a la facultades del Apoderado Común para realizar todas las actividades relacionadas con la Licitación, tal y como lo exige el numeral 3.2.2 (b) del Pliego, limitaciones que se traducen en la incapacidad de ejecutar el mandato conferido en la Carta de Presentación sin tener que llevar a cabo diligencias notariales posteriores.

En este orden de ideas, debido a que el poder otorgado al Ing. Mario Alberto Huertas a través de la Carta de Presentación que obra a folios 2- 6 de la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco NO cuenta con la correspondiente nota de presentación personal, es claro que dicho apoderado no cuenta efectivamente con facultades suficientes para la representación **sin limitaciones** de todos y cada uno de los miembros del Oferente en todos los aspectos relacionados con la Licitación que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV. De este modo, las facultades otorgadas a Mario Alberto Huertas no cumplen con lo requerido en los numerales 1.4.9 y 3.2.2 (b) del Pliego.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, las facultades del Apoderado Común no cumplen con los requerimientos previstos en el Pliego.

[24] El artículo 2 del Decreto 019 de 2012 incluye en su ámbito de aplicación a los particulares que ejerzan funciones administrativas, cómo es el caso de las Cámaras de Comercio.

4. EL NOMBRE DE LA ESTRUCTURA PLURAL

4.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

En las respuestas publicadas por la ANI, dicha entidad señaló con total claridad que los proponentes únicamente podían incluir como "Nombre del Oferente" en la Carta de Presentación de la Oferta (y consecuentemente en todos los demás anexos de la oferta) el nombre de la estructura plural contenido en la Lista de Precalificados. Contrario a lo anterior, la EP Mario Huertas – Meco incluyó en la Carta de Presentación de la Oferta y en los demás anexos correspondientes un nombre diferente al contenido en la Lista de Precalificados.

4.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

A folio 5 de la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco se observa que dicho proponente incluyó como "Nombre del Oferente" en la Carta de Presentación de la Oferta el siguiente:

Atentamente,

Nombre el Oferente: **ESTRUCTURA PLURAL** MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA.

005

En relación con el Nombre del Oferente, en la Matriz de Respuestas No. 9 publicada por la ANI el 18 de marzo de 2014, dicha entidad precisó lo siguiente:

MATRIZ DE RESPUESTAS No. 9 Respuesta No. 5	
OBSERVACIÓN REALIZADA	***RESPUESTA ANI***
"En relación con el Anexo 2 Carta de Presentación de la Oferta agradecemos responder lo siguiente: *a) Entendemos que el Apoderado Común es una persona designada en la Carta de Presentación que en todo caso podrá ser reemplazada por uno o varios suplentes que podrán ser identificados en la misma carta de presentación de la oferta. Favor confirmar nuestro entendimiento.* *b) La parte final del Anexo 2 señala lo siguiente: "Nombre del Oferente y de sus miembros [insertar]'. Agradecemos precisar si en dicho aparte se debe incluir un nombre que identifique al respectivo proponente plural y que sea de su elección o, si se debe incluir el mismo nombre del proponente plural indicado por la ANI en el acta de conformación de lista de precalificados".*	*"a) No existe ninguna restricción en el Pliego de Condiciones para que el Apoderado Común cuente con uno o varios suplentes. En consecuencia, los Oferentes podrán designar el número de suplentes que consideren pertinentes en el Anexo 2, siempre que los mismos sean designados cumpliendo con los mismos requisitos exigidos por el Pliego para el Apoderado Común principal.* *b) En el aparte mencionado deberá incluirse el nombre de la estructura plural (oferente)* ***contenida en la lista de precalificados*** *junto con los nombres de los integrantes de la estructura plural que la conforman"* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Como se puede observar en la anterior respuesta, la ANI señaló con total claridad que los proponentes únicamente podían incluir como "Nombre del Oferente" en la Carta de Presentación de la Oferta (y consecuentemente en todos los demás anexos de la oferta) el nombre de la estructura plural contenido en la Lista de Precalificados. Así, para efectos de la Licitación que nos ocupa, la Lista de Precalificados se encuentra contenida en la Resolución 850 del 1 de agosto de 2013 emitida por la ANI (ver numeral 1.4.32 del Pliego).

La anterior resolución señala lo siguiente en relación con el nombre de la EP Mario Huertas – Meco:

5	**ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA LA FELISA – LA PINTADA**	ODEBRECHT PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S.A.
		CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.
		CSS CONSTRUCTORES S.A.
		ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.
6	**IMPREGILO S. p A. SALINI S. p A.**	IMPREGILO S.p A.
		SALINI S.p A.
7	**ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO S.A.**	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
		CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA

Como se puede observar, mientras que la Lista de Precalificados estableció que el nombre de la estructura plural precalificada era "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO S.A", en la Carta de Presentación Oferta y en los demás anexos allegados en la Licitación por la EP Mario Huertas – Meco se indica que el Nombre del Oferente es "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA".

Cabe señalar que esta diferencia no es meramente semántica, debido a que bajo el primer nombre se observa que el miembro del proponente es CONTRUCTORA MECO S.A en su calidad de sociedad extranjera de origen costarricense, mientras que en el segundo nombre, el miembro de la estructura plural es la sucursal en Colombia de la referida sociedad extranjera. Si bien es claro bajo las normas corporativas aplicables que la sociedad extranjera y la sucursal comparten la misma personería jurídica, como se analizará más adelante en este documento, existen importantes diferencias y restricciones normativas que tienen impacto en el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional y en la condición de accionista del SPV.

De este modo, es claro que el proponente EP Mario Huertas – Meco no aportó la Carta de Presentación de la Oferta ni los demás anexos de su oferta de acuerdo con las reglas determinadas por la ANI en relación con el diligenciamiento del "Nombre del Oferte". De hecho, de acuerdo con los lineamientos de la ANI, el numeral 1.5.2 del Pliego señala que "Todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo".

En este contexto, nos permitimos destacar que con base en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, independiente de que una respuesta a las observaciones sea incluida o no en los Pliegos a través de una adenda, con el mero hecho de que la respuesta haya tenido la finalidad de modificar/precisar alguna previsión del Pliego y que la respuesta haya sido emitida en documento institucional por la entidad pública contratante, dicha respuesta será plenamente vinculante tanto para la entidad como para los respectivos proponentes. Lo anterior fue expuesto por dicha corporación en los siguientes términos:

> *"Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.*
>
> *A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos[1], lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.*
>
> *Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un "Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla."[2] De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.*
>
> *Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de "adendo", la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.*
>
> *En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces **no queda más que concluir que su fuerza obligatoria** se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones"*[25](Subrayado y negrillas fuera de texto).

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013. C.P Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000232600020030011301.

En este orden de ideas, mientras que la EP SHIKUN- GRODCO estructuró y diligenció los anexos de su oferta con base en los lineamientos vinculantes de las respuestas emitidas por la ANI, es evidente que la EP Mario Huertas – Meco no diligenció los anexos de su oferta con base en dichos lineamientos. En este contexto, solicitamos comedidamente a la ANI que le solicite a la EP Mario Huertas – Meco subsanar la Carta de Presentación de la Oferta junto con los demás anexos en los que dicho proponente no incluyó el Nombre del Oferte de acuerdo con las reglas delimitadas por la ANI, de acuerdo con lo señalado en el numeral 5.5 del Pliego.

Así mismo, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no aportó la Carta de Presentación de la Oferta ni los demás anexos de su oferta de acuerdo con las reglas determinadas por la ANI en relación con el diligenciamiento de dichos documentos.

5. FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA SUCURSAL DE MECO PARA CONSTITUIR EL SPV

5.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

De acuerdo con las normas societarias aplicables, es claro que las sucursales de sociedades extranjeras NO cuentan con la capacidad jurídica para ser accionistas de sociedades en Colombia. No obstante lo anterior, a diferencia de la forma en que fue suscrito el Acuerdo de Garantía aportado a folio 54 de la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco (en el que se indica expresamente que Constructora Meco Sociedad Anónima en calidad de sociedad extranjera es quien concurrirá a la constitución del SPV), la Carta de Presentación de la Oferta ("Anexo 2") fue únicamente suscrita en nombre y representación de la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima (a través de su mandatario general suplente).

Con base en lo anterior, es evidente que uno de los miembros de la EP Mario Huertas – Meco, esto es, Constructora Meco Sociedad Anónima – Sucursal Colombia, no contó con la capacidad jurídica suscribir la Carta de Presentación de la Oferta y para cumplir con las obligaciones indicadas en dicho documento (principalmente para constituir el SPV).

5.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

De acuerdo con las reglas previstas en el Código de Comercio en relación con las sucursales de sociedades extranjeras y en el marco de los distintos conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades en la materia, se ha identificado que las sucursales de sociedades extranjeras en su calidad de establecimientos de comercio NO cuentan con la capacidad jurídica para ser accionistas de sociedades constituidas en Colombia.

Lo anterior ha sido reiterado en numerosos conceptos de la Superintendencia de Sociedades, entre los que nos permitimos destacar el siguiente:

> *"Al respecto, me permito manifestarle que en efecto son muchos los pronunciamientos en los que la Superintendencia ha señalado que las sucursales de sociedades extranjeras no son personas jurídicas.*

Así se pronunció en el oficio 220-071133 del 14 de Diciembre de 2005, en el que señaló lo siguiente: "No es jurídicamente viable que las mismas sean socios o accionistas en sociedades" y agrega que "éste Despacho se pronunció sobre el tema en mención en el oficio 220-065527 del 16 de diciembre de 2004, posición que confirmó en el oficio 220-014509 del 28 de marzo de 2005, en el que reiteró que las sucursales de sociedades extranjeras no son sociedades con personería jurídica independiente de la sociedad extranjera, tal y como se desprende del artículo 485 del Código de Comercio, que establece: "La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio,....."[26] (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, en tanto que las sucursales de sociedades extranjeras no tienen personería jurídica propia, de ninguna forma pueden ser accionistas de sociedades comerciales o civiles en Colombia.

No obstante lo anterior, a diferencia de la forma en que fue suscrito el Acuerdo de Garantía aportado a folio 54 de la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco (en el que se indica expresamente que Constructora Meco Sociedad Anónima en calidad de sociedad extranjera es quien concurrirá a la constitución del SPV), la Carta de Presentación de la Oferta ("Anexo 2") fue únicamente suscrita en nombre y representación de la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima (a través de su mandatario general suplente).

Lo anterior se observa en la siguiente imagen de la Carta de Presentación de la Oferta allegada por dicho proponente:

Firma de los miembros del Oferente:

MARIO ALBERTO HUERTAS COTES

MARCO TULIO MENDEZ FONSECA
Mandatario General Suplente
CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA – SUCURSAL COLOMBIA

En este contexto, es importante destacar que una de las obligaciones asumidas por la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima con la suscripción del Anexo 2 es la obligación de constituir el SPV como se observa a continuación:

[26] Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-057884 del 5 de diciembre de 2007.

Como consecuencia de lo anterior, por la presente declaramos y por lo mismo nos comprometen las siguientes manifestaciones:

(a) Que ninguna otra persona o entidad, diferente a las personas señaladas en el encabezado de la presente Carta de Presentación de la Oferta, tiene participación en esta Oferta o tendrá participación en el Contrato que nos sea adjudicado como resultado de la Adjudicación de esta Licitación Pública y que, por lo tanto, solamente los firmantes están vinculados a la presente Oferta. Lo anterior, sin perjuicio del respaldo otorgado por Fondos de Capital Privado mediante Compromisos Irrevocables de Inversión.

(b) Que en caso de resultar Adjudicatario, nos comprometemos a constituir el SPV.

En este orden de ideas, debido a que las sucursales de sociedades extranjeras NO PUEDEN constituir sociedades en Colombia, es evidente que uno de los miembros de la EP Mario Huertas – Meco, esto es, Constructora Meco Sociedad Anónima – Sucursal Colombia, no contó con la capacidad jurídica para cumplir y comprometerse con las obligaciones indicadas en la Carta de Presentación de la Oferta (principalmente para constituir el SPV).

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en los proceso de selección, de tal forma que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta y que la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma.

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos por dicha corporación:

> *"La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si "quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta", condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. (...)*
>
> *La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; (...)"*[27] (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior y en la medida que Constructora Meco Sociedad Anónima – Sucursal Colombia no contaba con la capacidad jurídica para haber suscrito la Carta de Presentación de la Oferta por imposibilidad de constituir el SPV (uno de los principales compromisos asumidos en dicho documento), solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco.

[27] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2012. C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO. Rad. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

6. INCONSISTENCIAS EN EL DILIGENCIAMIENTO DE LA OFERTA TÉCNICA – ANEXO 9

6.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

En el Anexo 9 ("Oferta Técnica") aportado por la EP Mario Huertas – Meco no se incluye correctamente el nombre de la EP Mario Huertas – Meco (que es el mencionado en la Lista de Precalificados) y como tal, el formato no se ajusta al publicado por la ANI en SECOP. De este modo, el Anexo 9 aportado por la EP Mario Huertas – Meco no cumple con lo señalado en el numeral 1.5.2 del Pliego cuando dispone "*todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo*".

6.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

Tal y como se expuso en el segundo numeral de este documento, en la respuesta No. 3 de la Matriz de Respuestas No. 9 la ANI señaló con total claridad que los proponentes únicamente podían incluir como "Nombre del Oferente" el nombre de la estructura plural contenido en la Lista de Precalificados. Así, de acuerdo con la referida lista, el nombre que debió haber incluido la EP Mario Huertas – Meco en los anexos de la oferta era el de "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO S.A".

No obstante lo anterior, al analizar el Anexo 9 ("Oferta Técnica") aportado por la EP Mario Huertas – Meco a folio 51, se observa que el nombre de la estructura plural incluido en dicho anexo fue "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA". Lo anterior se identifica en la siguiente imagen del referido folio:

> Por la presente, el suscrito actuando en nombre y representación de la Estructura Plural **MARIO ALBERTO HUERTAS COTES - CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA**, conformada por **MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA – SUCURSAL COLOMBIA** y en desarrollo del proceso licitatorio de la referencia, me permito presentar oferta Técnica para el proyecto "***Seleccionar la Oferta más favorable para la celebración de un (1) Contrato de Concesión, para que el Concesionario realice a su cuenta y riesgo los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la concesión Autopista Conexión Pacífico 3, del Proyecto "Autopistas para la Prosperidad"***, *de acuerdo con el Apéndice Técnico 1, en los términos de los presentes Pliegos de Condiciones y sus Anexos*", en los siguientes términos:

Así mismo, encontramos que el encabezado de dicho anexo aportado por la EP Mario Huertas – Meco no contiene el texto requerido en el formato publicado por la ANI como Anexo 9 según se observa a continuación:

ANEXO 9
OFERTA TÉCNICA

Teniendo en cuenta los anteriores aspectos, consideramos que el Anexo 9 aportado por la EP Mario Huertas – Meco no cumple con lo señalado en el numeral 1.5.2 del Pliego cuando dispone "*todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados **deberán** estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo*" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De este modo, es claro que el Anexo 9 aportado por la EP Mario Huertas – Meco no se ajusta al formato (encabezado) y a las reglas delimitadas por la ANI (en cuanto a la forma de diligenciar el nombre de la estructura plural) que resultan aplicables en igualdad de condiciones a todos los proponentes.

Por lo anterior, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de retirar los 100 puntos otorgados a la EP Mario Huertas – Meco con base en las inconsistencias antes mencionadas.

7. INCONSISTENCIAS EN EL FACTOR DE CALIDAD – ANEXO 13

7.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

La EP Mario Huertas – Meco no incluyó adecuadamente el nombre de la Estructura Plural (que es el mencionado en la Lista de Precalificados) en el Anexo 13 en los términos requeridos por la ANI. Así mismo, encontramos que el encabezado de dicho anexo y el texto de las obras adicionales ofertadas allegado por la EP Mario Huertas – Meco no contienen el texto requerido en el formato publicado por la ANI como Anexo 13 (a través de la Adenda 18). De este modo, la EP Mario Huertas – Meco NO cumple con lo señalado en el numeral 1.5.2 del Pliego cuando dispone "*todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados **deberán** estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo*" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

7.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

Como se expuso previamente en este documento, en la respuesta No. 3 de la Matriz de Respuestas No. 9 la ANI señaló con total claridad que los proponentes únicamente podían incluir como "Nombre del Oferente" el nombre de la estructura plural contenido en la Lista de Precalificados. Así, de acuerdo con la referida lista, el nombre que debió haber incluido la EP Mario Huertas – Meco en los anexos de la oferta era "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO S.A".

No obstante lo anterior, al analizar el Factor de Calidad ("Anexo 13") aportado por la EP Mario Huertas – Meco a folios 102-103, se observa que el nombre de la estructura plural incluido en dicho anexo fue "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES - CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA".

Así mismo, encontramos que el encabezado de dicho anexo aportado por la EP Mario Huertas – Meco no contiene el texto requerido en el formato publicado por la ANI como Anexo 13 (a través de la Adenda 18) según se observa a continuación:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Licitación Pública No. [ ]
Anexo 13 – Factor de Calidad

ANEXO 13
FACTOR DE CALIDAD

De otro lado, tal y como se observa en las siguientes imágenes, el texto incluido en el recuadro que comprende las obras adicionales ofrecidas por el proponente no se ajusta plenamente al formato publicado por la ANI en SECOP:

- Formato Anexo 13 publicado con la Adenda 18

Obras Adicionales	**Marcar con una X en caso de ofertar las obras adicionales**
Segunda calzada de la Variante de Tres Puertas- La Manuela	NO
	SI

- Anexo 13 aportado por la EP Mario Huertas – Meco a folios 102-103

El abajo firmante, actuando como apoderado común de la estructura plural **MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA– SUCURSAL COLOMBIA**, ofrezco la ejecución de las Obras Adicionales relacionadas a continuación, en el evento de resultar adjudicatario del proceso de Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-009-2013, cumpliendo con todos los requisitos señalados en los Apéndices Técnicos.

Obras Adicionales	Marcar con un X en caso de ofertar las obras adicionales
Segunda calzada de Variante de Tres Puertas – La Manuela	NO
	SI

Teniendo en cuenta los anteriores aspectos, consideramos que el Anexo13 aportado por la EP Mario Huertas – Meco NO cumple con lo señalado en el numeral 1.5.2 del Pliego cuando dispone "*todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados* ***deberán*** *estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo*" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De este modo, es claro que el Anexo 13 aportado por la EP Mario Huertas – Meco no se ajusta al formato (encabezado y texto del ofrecimiento de obras adicionales) y a las reglas delimitadas por la ANI (en cuanto a la forma de diligenciar el nombre de la estructura plural) que resultan aplicables en igualdad de condiciones a todos los proponentes.

Por lo anterior, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de retirar los 100 puntos otorgados a la EP Mario Huertas – Meco por el Factor de Calidad con base en las inconsistencias antes mencionadas.

8. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL ACUERDO DE GARANTÍA – ANEXO 3

8.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

De acuerdo con las respuestas publicadas por la ANI en SECOP, dicha entidad fue clara en señalar que el "garantizado" que debía suscribir el Acuerdo de Garantía era el o los miembros de la Estructura Plural que haya(n) aportado experiencia en inversión o capacidad financiera.

No obstante lo anterior, el Acuerdo de Garantía aportado por la EP Mario Huertas – Meco a folio 57 fue únicamente suscrito en calidad de "garantizado" por Mario Alberto Huertas Cotes, cuando Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia también acreditó experiencia en inversión y capacidad financiera durante la fase de precalificación.

Adicionalmente, el formato publicado por la ANI para diligenciar el Acuerdo de Garantía fue claro en señalar que se debían aportar tres (3) ejemplares de dicho documento con la oferta. No obstante lo anterior, la EP Mario Huertas – Meco únicamente aportó un ejemplar del Acuerdo de Garantía en su oferta.

8.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

El numeral 3.5 del Pliego señala que "*El Oferente deberá aportar junto con su Oferta el Acuerdo de Garantía suscrito en los términos y condiciones incluidos en el Anexo 3 de este Pliego de Condiciones*" (Subrayado fuera de texto). En la misma línea, el numeral 1.5.2 del Pliego dispone que "*todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo*" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

A folio 57 de la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco se observa que el "garantizado" del Acuerdo de Garantía ("Anexo 3") es exclusivamente Mario Alberto Huertas Cotes. Lo anterior se identifica con facilidad en la siguiente imagen del referido folio:

7.2. A los Garantes

MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
Atn. MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
Dirección: Cra 22 A 85-20, Bogotá D.C.

CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA
Atn. MARCO TULIO MENDEZ FONSECA
Dirección: Calle 88 No. 22 A -07, Bogotá D.C.

7.3. Al Garantizado:

Atn. MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
Dirección: Cra 22 A 85-20 Bogotá D.C.

Al respecto, la respuesta No. 5 de la Matriz de Respuestas No. 9 publicada por la ANI indica lo siguiente:

MATRIZ DE RESPUESTAS No. 9 Respuesta No. 5	
OBSERVACIÓN REALIZADA	**RESPUESTA ANI**
"La última versión del Acuerdo de Garantía publicado en la Licitación 10 (Adenda5), en la Licitación 9 (Adenda 4) y en la Licitación 6 (Adenda 4) señala lo siguiente: "(...) *(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 [indicar el nombre de los miembros del Adjudicatario]. (...) 1. Objeto del Acuerdo [El presente párrafo aplica para el caso en que haya un solo Garante] El Garante, por medio del presente documento se obliga con la Agencia Nacional de Infraestructura a responder de manera irrevocable y no subordinada, es decir, sin beneficio de excusión, por el cumplimiento de las siguientes obligaciones: [El presente párrafo aplica para el caso en que haya dos o más Garantes] Los Garantes, por medio del presente documento se obligan con la Agencia Nacional de Infraestructura a responder hasta el porcentaje correspondiente a la participación del garantizado en la conformación del oferente de manera irrevocable y no subordinada, es decir, sin beneficio de excusión, por el cumplimiento de la siguiente obligación: (...)" (Subrayado fuera de texto).* *Solicitamos comedidamente a la ANI modificar el formato de Acuerdo de Garantía en el sentido de incluir en la sección que se refiere al Deudor Garantizado un espacio para señalar (i) quienes son los Deudores Garantizados, (ii) quienes son los Garantes de cada Deudor Garantizado y (iii) cuál es el porcentaje de participación correspondiente a la participación del Garantizado. Esta solicitud se debe a que tal y como está redactado el acuerdo de garantía no es claro: quién garantiza a quien, ni por qué porcentaje de participación".*	*"El Acuerdo de garantía debe ser entendido y analizado con los demás documentos que conforman los documentos contractuales. En efecto, en la carta de presentación de la manifestación de interés se indicó quienes son los líderes de la estructura, quienes aportaron capacidad financiera y su porcentaje de participación en la estructura, y con la carta de presentación de la oferta se actualiza y confirman dichos miembros y porcentajes de participación. En esa medida, no es necesario volver a incluir los porcentajes de participación de los miembros de la estructura en el Acuerdo de Garantía cuando ya están en otros documentos contractuales. Además, con los documentos anteriores también se puede establecer a quien el garante está respaldando.* *El Acuerdo de Garantía diferencia entre Deudor Garantizado* ***y garantizado****, para referirse en el primer término al SPV,* ***y el segundo para el miembro de la estructura plural que aportó experiencia en inversión o capacidad financiera****. Por consiguiente, su observación no procedente, ya que están claramente diferenciados en el Acuerdo"* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que el "garantizado" que debía incluirse en el Acuerdo de Garantía era cada uno de los miembros de la correspondiente estructura plural que hubieran acreditado en la precalificación experiencia en inversión o capacidad financiera.

Particularmente para el caso de la EP Mario Huertas – Meco, tal y como obra a folio 90 del "Informe de Evaluación de Requisitos de Capacidad Jurídica, Capacidad Financiera y Experiencia en Inversión" de la Invitación a Precalificar No. VJ - VE - IP - 009 – 2013, publicado el 8 de julio de 2013, tanto Mario Alberto Huertas Cotes como Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia tuvieron la calidad de "Líder" y acreditaron experiencia en inversión y capacidad financiera. Por lo tanto, los dos integrantes de dicha estructura plural debieron identificarse como "garantizados" en el Acuerdo de Garantía.

A continuación se observa una imagen del referido informe de evaluación en el que consta la calidad de "Líder" de los dos integrantes de las EP Mario Huertas – Meco:

MANIFESTACIÓN DE INTERÉS	INTEGRANTES	DOMICILIO	PARTICIPACIÓN	LÍDER
16	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES	COLOMBIA	75,0%	SI
	CONSTRUCTORA MECO S.A.	COLOMBIA	25,0%	SI
APODERADO COMÚN	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES			
ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA EN INVERSIÓN	• MARIO ALBERTO HUERTAS COTES • CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA			
ACREDITACIÓN DE CAPACIDAD FINANCIERA	• MARIO ALBERTO HUERTAS COTES • CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA, MATRIZ DE CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA			
DIRECCIÓN FÍSICA	CARRERA 22 A No 85 20 BOGOTÁ			
DIRECCIÓN ELECTRÓNICA	mhcpresidencia@gmail.com			

Como se puede identificar, es evidente que el Acuerdo de Garantía aportado por la EP Mario Huertas – Meco **NO** está diligenciado conforme a la reglas establecidas en los numerales 1.5.2 y 3.5 del Pliego, ni tampoco se acoge a los lineamientos determinados por la ANI en las respuestas a las observaciones publicadas en SECOP[28] (que como se explicó anteriormente, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, tienen efectos vinculantes tanto para la entidad contratante como para los proponentes).

Adicionalmente, es importante destacar que el formato del Acuerdo de Garantía publicado en su versión final con la Adenda 4 por la ANI señala lo siguiente en su última página:

[28] Sistema Electrónico de Contratación Pública.

"Para constancia, se firma en la ciudad de [INCLUIR], a los [INCLUIR] días del mes de [INCLUIR] de dos mil catorce (2014) en tres (3) ejemplares del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura, el Garante y el Respaldado" (Subrayado fuera de texto).

De este modo, bajo los lineamientos del numeral 1.5.2 del Pliego, es claro que los proponentes debían aportar tres (3) ejemplares del Acuerdo de Garantía con sus respectivas ofertas.

No obstante lo anterior, encontramos que en la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, adicional al hecho de haber aportado un Acuerdo de Garantía indebidamente diligenciado, NO se aportaron los dos ejemplares adicionales de dicho acuerdo exigidos en el formato publicado por la ANI.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Garantía.

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

9.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

A diferencia de la forma en que fue suscrito el Acuerdo de Garantía (en el que se indica que Constructora Meco Sociedad Anónima en calidad de sociedad extranjera es quien concurrirá a la constitución del SPV), el Acuerdo de Permanencia ("Anexo 4") fue únicamente suscrito por la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima.

Al respecto, es importante destacar que de acuerdo con las normas comerciales colombianas, las sucursales de sociedades extranjeras NO cuentan con la capacidad jurídica para ser accionistas de sociedades en Colombia, por lo que mucho menos podrán vincularse a través del Acuerdo de Permanencia frente a la ANI en dichos términos.

De otro lado, el formato publicado por la ANI para diligenciar el Acuerdo de Permanencia fue claro en señalar que se debían aportar tres (3) ejemplares de dicho documento con la oferta. No obstante lo anterior, la EP Mario Huertas – Meco únicamente aportó un ejemplar del Acuerdo de Permanencia en su oferta.

9.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

El Acuerdo de Garantía aportado por la EP Mario Huertas – Meco fue suscrito por Constructora Meco Sociedad Anónima (en calidad de sociedad extranjera) y por Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, a través del apoderado especial designado por la sociedad extranjera y por el Mandatario General Suplente de su sucursal en Colombia.

Dicho Acuerdo de Garantía indica que la constitución del SPV será realizada por Constructora Meco Sociedad Anónima (en calidad de sociedad extranjera), sin hacer referencia a su sucursal en Colombia. Lo anterior se observa en la siguiente imagen del folio 54 de la oferta:

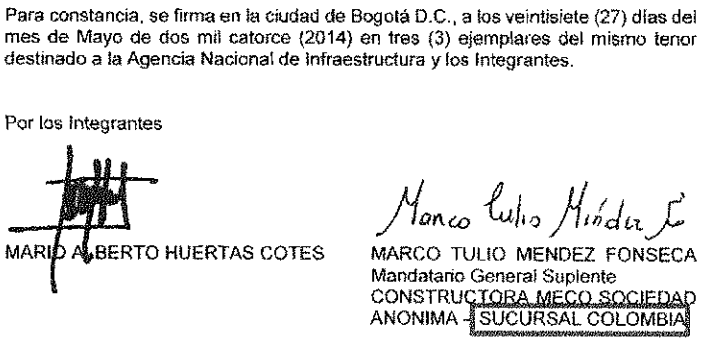
(iii) En calidad de Deudor Garantizado:

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.

De este modo, bajo lo señalado por la EP Mario Huertas – Meco en el Acuerdo de Garantía, se entendería que Constructora Meco Sociedad Anónima en su calidad de sociedad extranjera sería quien constituirá el SPV en caso de resultar favorecida con la Licitación (y no su sucursal en Colombia).

No obstante lo anterior, a diferencia del Acuerdo de Garantía, el Acuerdo de Permanencia ("Anexo 4") fue únicamente suscrito por la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima.

Lo anterior se observa en la siguiente imagen del folio 87 de la propuesta:



Para constancia, se firma en la ciudad de Bogotá D.C., a los veintisiete (27) días del mes de Mayo de dos mil catorce (2014) en tres (3) ejemplares del mismo tenor destinado a la Agencia Nacional de Infraestructura y los Integrantes.

Por los Integrantes

MARIO ALBERTO HUERTAS COTES

MARCO TULIO MENDEZ FONSECA
Mandatario General Suplente
CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA - SUCURSAL COLOMBIA

Al respecto, es importante destacar que de acuerdo con las normas comerciales colombianas, las sucursales de sociedades extranjeras NO cuentan con la capacidad jurídica para ser accionistas de sociedades en Colombia, por lo que mucho menos podrán vincularse a través del Acuerdo de Permanencia frente a la ANI.

Lo anterior ha sido reiterado en numerosos conceptos de la Superintendencia de Sociedades, entre los que nos permitimos destacar el siguiente:

> "*En este sentido en forma muy respetuosa esta oficina no comparte algunos de los planteamientos expuestos en su consulta1[1], pues se apartan de la referida opinión, la que se concreta en afirmar que la sucursal incorporada al país, no tiene capacidad para ser socia, conclusión que reiteró en el oficio 220-014509 del 28 de marzo de 2005, cuando al conceptuar sobre un posible "...deber de reporte frente al Banco de la República a la luz del régimen cambiario, en el evento en que la sucursal de sociedad extranjera con recursos generados en Colombia efectúe inversiones en activos sociales ubicados en el país, tales como acciones, cuotas en sociedades colombianas?" manifestó: "resulta claro que aunque las sucursales de sociedades extranjeras a la luz del régimen cambiario de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1735 de 1993, se consideren residentes, ello no les da la*

condición de personas jurídicas y por ende no pueden ser socios o accionistas de sociedades comerciales o civiles (artículo 2079 del Código de Comercio)"[29] (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, la suscripción del Acuerdo de Permanencia por parte de la sucursal en Colombia de la referida sociedad extranjera no tendría efecto alguno, en tanto que en su condición de establecimiento de comercio no cuenta con la capacidad jurídica para constituir el SPV y mucho menos para comprometerse con las declaraciones contenidas en el Acuerdo de Permanencia.

De hecho, a diferencia de lo señalado en el Acuerdo de Garantía, en el que claramente se identificó que Marco Tulio Méndez Fonseca actuaba en nombre y representación de la sociedad extranjera y de su sucursal en Colombia, es claro que en Acuerdo de Permanencia el señor Méndez **únicamente actuó** en nombre de la sucursal.

Adicionalmente, es importante destacar que el formato del Acuerdo de Permanencia publicado en su versión final por la ANI señala lo siguiente en su última página:

> Para constancia, se firma en la ciudad de [INCLUIR], a los [INCLUIR] días del mes de [INCLUIR] de dos mil trece (2013) en tres (3) ejemplares del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura y los Integrantes.

De este modo, bajo los lineamientos del numeral 1.5.2 del Pliego, es claro que los proponentes debían aportar tres (3) ejemplares del Acuerdo de Permanencia con sus respectivas ofertas.

No obstante lo anterior, encontramos que en la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, adicional al hecho de haber aportado un Acuerdo de Permanencia suscrito exclusivamente por su sucursal (en contra de las restricciones normativas antes expuestas), NO se aportaron los dos ejemplares adicionales de dicho acuerdo exigidos en el formato publicado por la ANI.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Permanencia.

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

10.1 *RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN*

La EP Mario Huertas – Meco no aportó la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerido por la ANI a través de la Adenda 11. De otro lado, la EP Mario Huertas – Meco no incluyó adecuadamente el nombre de la Estructura Plural (que es el mencionado en la Lista de Precalificados) en el Anexo 7 en los términos requeridos por la ANI.

[29] Superintendencia de Sociedades. Rad. 220-45979 del 18 de Agosto de 2006

10.2 *DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN*

En la Adenda 11 publicada por la ANI el 25 de marzo de 2014, dicha entidad señaló lo siguiente:

> 9. Modifíquese el numeral 3.9, el cual quedará así:
>
> 3.9 PACTO DE TRANSPARENCIA
>
> De conformidad con el literal q) del Pacto de Transparencia los Oferentes que lo hayan suscrito y entregado a la Entidad, presentaran una declaración que indiquen que están cumpliendo con lo señalado en dicho literal. **Esta declaración deberá ser suscrita por el Apoderado Común.**
>
> Dicha declaración no concede puntos adicionales en la calificación de la Oferta Técnica o Económica, ni resta puntos por no suscribirlo ni es causal de rechazo de la Oferta.

Al respecto, luego de revisar la oferta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, no encontramos que dicho proponente haya aportado de la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerido por la ANI a través de la Adenda 11.

De otro lado, tal y como se expuso en el segundo numeral de este documento, en la respuesta No. 3 de la Matriz de Respuestas No. 9 la ANI señaló con total claridad que los proponentes únicamente podían incluir como "Nombre del Oferente" el nombre de la estructura plural contenido en la Lista de Precalificados. Así, de acuerdo con la referida lista, el nombre que debió haber incluido la EP Mario Huertas – Meco en los anexos de la oferta era el de "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO S.A".

No obstante lo anterior, al analizar el Anexo 7 aportado por la EP Mario Huertas – Meco a folios 96-100, se observa que el nombre de la estructura plural incluido en dicho anexo fue "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA".

De este modo, es claro que el proponente EP Mario Huertas – Meco no aportó el referido anexo de acuerdo con las reglas determinadas por la ANI en relación con el diligenciamiento del "Nombre del Oferte". De hecho, de acuerdo con los lineamientos de la ANI, el numeral 1.5.2 del Pliego señala que "*Todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo*".

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas – Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Pacto de Transparencia.

Agradezco de antemano la amable atención a la presente.

Cordialmente,

OMAR MARTÍNEZ SIERRA
C.C No. 79.962.043
Apoderado Común
ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI - GRODCO

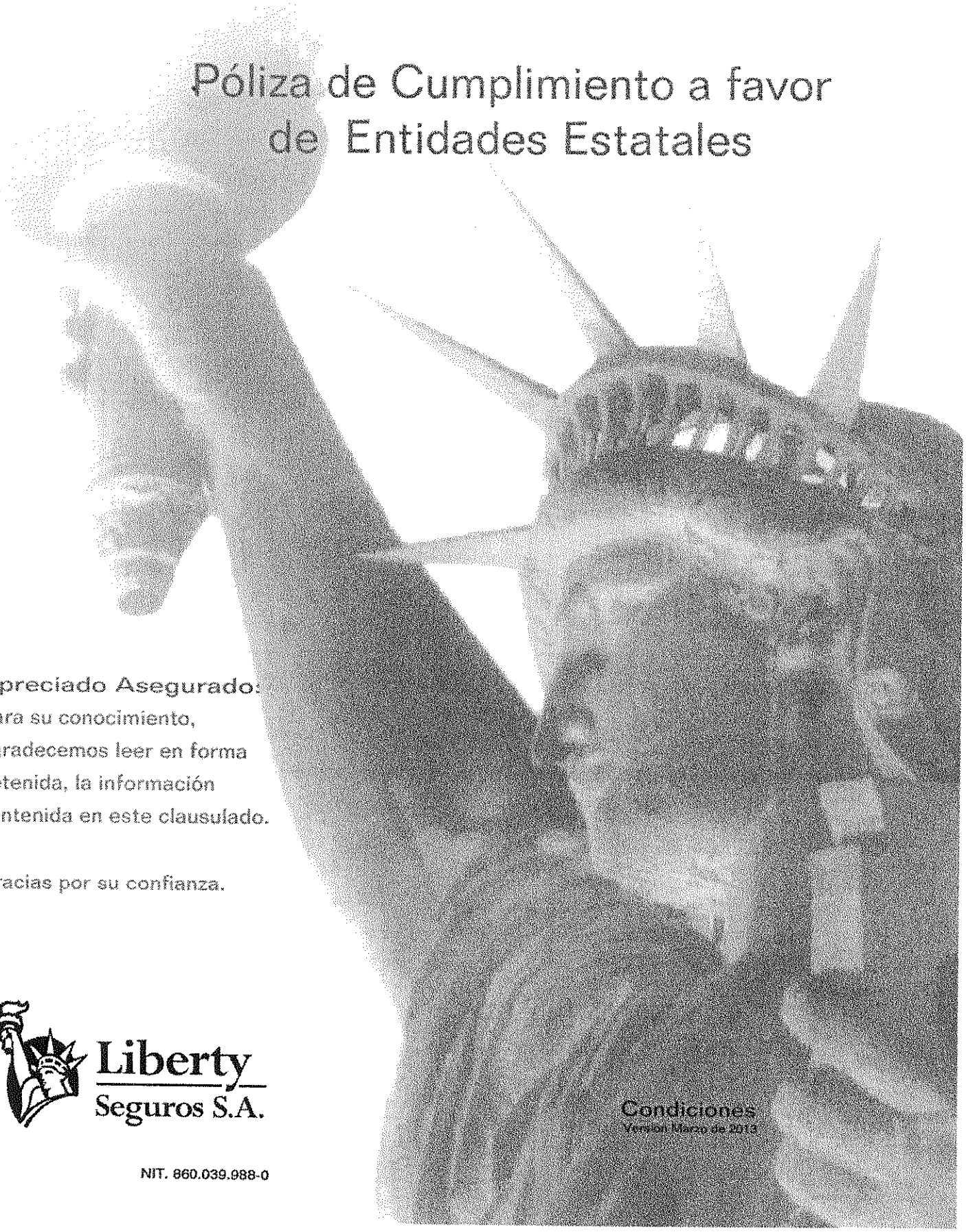
Anexos:

- **ANEXO A:** Liberty Seguros S.A - clausulado general denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

- **ANEXO B:** Certificado expedido por el Director de Asuntos Jurídicos Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores el 27 de febrero de 2013 y actualmente publicado en SECOP en relación con la existencia de un trato reciproco con la República de Costa Rica.

ANEXO A

Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales



Apreciado Asegurado:
Para su conocimiento, agradecemos leer en forma detenida, la información contenida en este clausulado.

Gracias por su confianza.

Liberty Seguros S.A.

NIT. 860.039.988-0

Condiciones
Versión Marzo de 2013

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales

PRIMERA

1. RIESGOS AMPARADOS

LIBERTY SEGUROS S.A, EN ADELANTE LIBERTY OTORGA A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA, SIN EXCEDER EL VALOR ASEGURADO, LOS AMPAROS MENCIONADOS EN LA CARÁTULA DE LA PRESENTE PÓLIZA, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1088 DEL CODIGO DE COMERCIO, SEGÚN EL CUAL, EL CONTRATO DE SEGURO ES DE MERA INDEMNIZACIÓN Y JAMÁS PODRÁ CONSTITUIR FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO. LA INDEMNIZACIÓN PODRÁ COMPRENDER A LA VEZ EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE, PERO ESTE DEBERÁ SER OBJETO DE UN ACUERDO EXPRESO. ESTA PÓLIZA CUBRE LOS PERJUICIOS DIRECTOS CON SUJECIÓN A LAS CONDICIONES DE LA PRESENTE POLIZA, EN SU ALCANCE Y CONTENIDO, SEGÚN LAS DEFINICIONES Y CONDICIONES GENERALES QUE A CONTINUACIÓN SE ESTIPULAN:

1.1 AMPARO DE SERIEDAD DE LA OFERTA

EL AMPARO DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA LA SANCIÓN DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO, EN LOS SIGUIENTES EVENTOS:

1.1.1 LA NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA POR PARTE DEL PROPONENTE SELECCIONADO.

1.1.2 LA NO AMPLIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO EN LOS PLIEGOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO SE PRORROGUE O CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SE PRORROGUE, SIEMPRE Y CUANDO ESAS PRÓRROGAS NO EXCEDAN UN TÉRMINO DE TRES MESES.

1.1.3 LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR PARTE DEL PROPONENTE SELECCIONADO, DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EXIGIDA POR LA ENTIDAD PARA AMPARAR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO.

1.1.4 EL RETIRO DE LA OFERTA DESPUÉS DE VENCIDO EL TÉRMINO FIJADO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS.

1.1.5 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.

1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, ASÍ COMO DE SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE SU CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO. ADEMÁS DE ESOS RIESGOS, ESTE AMPARO COMPRENDERÁ EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO GARANTIZADO.

1.3 AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO.

EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA, DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DE (I) LA NO INVERSIÓN, (II) EL USO INDEBIDO Y (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, ÉSTOS DEBERÁN TASARSE EN DINERO EN EL CONTRATO.

1.4 AMPARO DE DEVOLUCIÓN DEL PAGO ANTICIPADO

EL AMPARO DE DEVOLUCIÓN DEL PAGO ANTICIPADO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA NO DEVOLUCIÓN TOTAL O PARCIAL, POR PARTE DEL CONTRATISTA GARANTIZADO, DE LOS DINEROS QUE LE FUERON ENTREGADOS A TÍTULO DE PAGO ANTICIPADO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR.

1.5 AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.

EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS QUE SE LE OCASIONEN COMO

CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÉ OBLIGADO EL CONTRATISTA GARANTIZADO, DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO EN EL TERRITORIO NACIONAL.

ESTA GARANTÍA NO SE APLICARÁ PARA LOS CONTRATOS QUE SE EJECUTEN EN SU TOTALIDAD FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR PERSONAL CONTRATADO BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO AL NACIONAL.

1.6 AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA

EL AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA, CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DE LOS PERJUICIOS QUE SE LE OCASIONEN COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER TIPO DE DAÑO O DETERIORO, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CAUSA, SUFRIDOS POR LA OBRA ENTREGADA, IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO.

1.7 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

EL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, (I) DERIVADOS DE LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR ÉL SUMINISTRADOS, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO O (II) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS O NORMAS TÉCNICAS ESTABLECIDAS PARA EL RESPECTIVO BIEN O EQUIPO, UNA VEZ SEAN RECIBIDOS POR LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA.

1.8 AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO

EL AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO QUE SURJAN CON POSTERIORIDAD A LA TERMINACIÓN 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) DE LA MALA CALIDAD DEL SERVICIO PRESTADO, TENIENDO EN CUENTA LAS CONDICIONES PACTADAS EN EL CONTRATO.

PARAGRAFO PRIMERO: EN VIRTUD DE LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 610 DE 2000, LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO CUBRE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA COMO CONSECUENCIA DE LA CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA, O DE LA RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL CONTRATISTA GARANTIZADO, DERIVADOS DE UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, SIEMPRE Y CUANDO ESOS PERJUICIOS DERIVEN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS A CARGO DEL CONTRATISTA GARANTIZADO RELACIONADAS CON EL CONTRATO AMPARADO POR LA GARANTÍA. LA RESPONSABILIDAD DE LIBERTY NO EXCEDERÁ DEL VALOR ASEGURADO DE CADA AMPARO, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1079 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

PARÁGRAFO SEGUNDO: LOS AMPAROS DE LA PÓLIZA SERÁN INDEPENDIENTES UNOS DE OTROS RESPECTO DE SUS RIESGOS Y DE SUS VALORES ASEGURADOS. LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA NO PODRÁ RECLAMAR O TOMAR EL VALOR DE UN AMPARO PARA CUBRIR O INDEMNIZAR EL VALOR DE OTROS. ESTOS NO SON ACUMULABLES Y SON EXCLUYENTES ENTRE SÍ.

PARÁGRAFO TERCERO: DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 5.1.11 DEL DECRETO 734 DE 2012, ANTES DEL INICIO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, SERÁ RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD CONTRATANTE ASEGURADA APROBAR LA GARANTÍA, EN CUANTO A LOS VALORES ASEGURADOS, VIGENCIA Y OBJETO DE LA GARANTÍA, NOMBRE DEL TOMADOR GARANTIZADO Y NOMBRE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE ASEGURADA.

SEGUNDA

2. EXCLUSIONES

LOS AMPAROS PREVISTOS EN LA PRESENTE POLIZA NO OPERARAN EN LOS CASOS SIGUIENTES:

2.1 CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (EL ASEGURADO).

2.2. DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A LOS BIENES DE LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA NO DESTINADOS AL CONTRATO, DURANTE LA EJECUCIÓN DE ÉSTE.

2.3. EL USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE ESTÉ OBLIGADA LA ENTIDAD CONTRATANTE.

2.4. EL DEMÉRITO O DETERIORO NORMAL QUE SUFRAN LOS BIENES ENTREGADOS CON OCASIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO, COMO CONSECUENCIA DEL MERO TRANSCURSO DEL TIEMPO.

TERCERA

3. MODIFICACIONES AL CONTRATO

En el evento que se introduzcan modificaciones al contrato garantizado, éstas deberán ser notificadas a Liberty para que ésta, si acepta la modificación de la garantía, así lo manifieste y expida el certificado correspondiente.

CUARTA

4. SUMA ASEGURADA

La suma asegurada, determinada para cada amparo en la carátula de esta póliza, delimita la responsabilidad máxima de Liberty en caso de siniestro.

QUINTA

5. RESTABLECIMIENTO O AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA.

De conformidad con el artículo 5.1.12 de Decreto 734 de 2012 el oferente o contratista garantizado deberá restablecer el valor de la garantía cuando éste se haya visto reducido por razón de las reclamaciones efectuadas por la Entidad Estatal contratante asegurada. En este caso se dará origen al cobro adicional de prima la cual deberá ser pagada previamente por el contratista garantizado.

De igual manera, en cualquier evento en que se aumente o adicione el valor del contrato o se prorrogue su término, el contratista garantizado deberá ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso, previo pago de la prima.

SEXTA

6. VIGENCIA

La vigencia de los amparos otorgados por la presente póliza se hará constar en la carátula o en sus anexos.

SÉPTIMA

7. EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1077 en concordancia con el artículo 1080 del Código de Comercio, la Entidad Estatal contratante asegurada deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista garantizado y de Liberty, de la siguiente forma:

7.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de Liberty, la Entidad Estatal contratante asegurada 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 garantizado como a Liberty.

7.2 En caso de aplicación de multas parciales, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de su Aseguradora, la Entidad Estatal contratante asegurada proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista garantizado como a Liberty.

7.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de su Aseguradora, la Entidad Estatal contratante asegurada proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto real de la pérdida debidamente sustentada y que se trate de perjuicios directos ocasionados con el incumplimiento, o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista garantizado como a Liberty.

OCTAVA

8. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Si la Entidad Estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o con posterioridad a éste o del resultado de la liquidación del contrato y anterior al pago de la indemnización, fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, se aplicará la compensación de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y ss. del Código Civil.

Igualmente se disminuirá del valor de la indemnización, el valor de los bienes que la Entidad Estatal contratante asegurada haya obtenido del contratista garantizado judicial o extrajudicialmente, en ejercicio de las acciones derivadas del contrato cuyo cumplimiento se garantiza por la presente póliza.

NOVENA

9. PAGO DEL SINIESTRO.

Liberty pagará el valor del siniestro, así:

9.1. Para el caso previsto en el Numeral 7.1., de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio, dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que con tal fin haga la Entidad Estatal contratante asegurada para reclamar el pago, acompañada de una copia auténtica del Acto Administrativo correspondiente ejecutoriado y del acta de liquidación del contrato o de la resolución ejecutoriada que acoja la liquidación unilateral.

9.2. Para el caso del numeral 7.2., de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio, dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que haga la Entidad Estatal contratante asegurada, acompañada de la copia auténtica del Acto Administrativo correspondiente ejecutoriado, junto con la constancia de la Entidad Estatal contratante asegurada de la no existencia de saldos a favor del contratista garantizado respecto de los cuales se pueda aplicar la compensación de que trata la condición sexta de este clausulado o en la que conste la disminución en el valor a indemnizar en virtud de la compensación.

9.3 Para el caso presentado en el Numeral 7.3, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio, dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que con tal fin haga la Entidad Estatal contratante asegurada, acompañada de una copia auténtica del Acto Administrativo ejecutoriado que constituya la ocurrencia del siniestro, junto con la constancia de la Entidad Estatal contratante asegurada de la no existencia de saldos a favor del contratista garantizado respecto de los cuales se pueda aplicar la compensación de que trata la condición novena de este clausulado o en la que conste la disminución en el valor a indemnizar en virtud de la compensación.

PARAGRAFO: De conformidad con el artículo 1110 del Código de Comercio la Aseguradora podrá optar por cumplir su prestación mediante el pago de la indemnización o continuando la ejecución de la obligación garantizada, para este último evento se requiere la aceptación de la Entidad Estatal contratante asegurada.

Décima

10. CERTIFICADOS O ANEXOS DE MODIFICACIÓN

Para los casos en que la suma asegurada sea aumentada o disminuida y para aquellos en los cuales las estipulaciones del contrato original sean modificadas de acuerdo con la ley, Liberty expedirá un certificado o anexo de modificación del seguro, en donde exprese su conocimiento y autorización respecto de las modificaciones acordadas entre el contratista garantizado y la Entidad Estatal contratante asegurada.

Décima Primera

11. VIGILANCIA SOBRE EL CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Liberty tiene derecho a ejercer la vigilancia sobre el contratista garantizado en la ejecución del contrato, para lo cual la Entidad Estatal contratante asegurada le prestará la colaboración necesaria.

La Entidad Estatal contratante asegurada se compromete a ejercer estricto control sobre el desarrollo del contrato y sobre el manejo de los fondos y bienes correspondientes dentro de las atribuciones que dicho contrato le confiere.

Décima Segunda

12. SUBROGACIÓN

En virtud del pago de la indemnización, de acuerdo con el artículo 1096 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 203 del decreto 663 de 1993 (E.O.S.F.) Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Liberty se subroga hasta concurrencia de su importe, en todos los derechos que la Entidad Estatal contratante asegurada tenga contra el contratista garantizado.

Décima Tercera

13. CESIÓN DEL CONTRATO

En el evento que por incumplimiento del contratista garantizado Liberty resolviera continuar, como cesionario o a favor de quien determine esta, con la ejecución del contrato y la Entidad Estatal contratante asegurada estuviese de acuerdo con ello, el contratista garantizado acepta desde ahora la cesión del contrato a favor de la Aseguradora.

En tal evento la Aseguradora presentará garantías en los términos exigidos por la licitación o contrato.

Décima Cuarta

14. NO EXPIRACION POR FALTA DE PAGO DE PRIMA E IRREVOCABILIDAD

La presente póliza no expirará por falta de pago de la prima ni por revocación unilateral.

Décima Quinta

15. NOTIFICACIONES Y RECURSOS

La Entidad Estatal contratante asegurada deberá notificar a Liberty los Actos Administrativos atinentes a la efectividad de cualquier amparo de la póliza, previo agotamiento del derecho de defensa del contratista garantizado y Liberty.

Décima Sexta

16. PROHIBICIÓN DE LA TRANSFERENCIA.

No se permite hacer cesión o transferencia de la presente póliza sin el consentimiento escrito de Liberty. En caso de incumplimiento de esta disposición, el amparo termina automáticamente y la Aseguradora solo será responsable por los actos de incumplimiento que hayan ocurrido con anterioridad a la fecha de la cesión o transferencia.

Décima Séptima

17. PROCESOS CONCURSALES

La Entidad Estatal contratante asegurada se obliga a hacer valer sus derechos dentro de cualquier proceso concursal o preconcursal o los previstos en la Ley 550 de 1999 y la Ley 1116 de 2006 según corresponda, y sus normas complementarias, en el que llegare a ser admitido el contratista garantizado, en la forma en que debería hacerlo si careciese de la garantía otorgada por la presente póliza, sus certificados de aplicación y sus amparos, dando aviso a Liberty de tal conducta.

Décima Octava

18. LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Cuando el proceso arbitral que dirima controversias entre la Entidad Estatal contratante asegurada y el contratista garantizado no haya sido aceptado previamente por la Aseguradora, el acudir o aceptar el llamamiento en garantía será decisión discrecional de Liberty según lo previsto en el artículo 127 de la Ley 446 de 1998.

Décima Novena

19. CLAUSULAS INCOMPATIBLES

En caso de incongruencia entre las condiciones generales o particulares de la presente póliza y las del contrato garantizado, prevalecerán las primeras. Si la incongruencia se presenta entre las condiciones particulares y las condiciones generales, prevalecerán las primeras.

Vigésima

20. COEXISTENCIA DE SEGUROS

En caso de existir, al momento del siniestro, otro seguro de cumplimiento con relación al mismo contrato, el importe de la indemnización a que haya lugar, se distribuirá entre los Aseguradores en proporción a las cuantías de sus respectivos seguros.

Vigésima Primera

21. COASEGURO

En caso de existir coaseguro al que se refiere el artículo 1095 del código de comercio, el importe de la indemnización a que haya lugar se distribuirá entre los Aseguradores en proporción de las cuantías de sus respectivos seguros, sin que exista solidaridad entre las Aseguradoras participantes y sin exceder de la suma asegurada bajo el contrato de seguro.

Vigésima Segunda

22. CONFLICTO DE INTERESES

Liberty y la Entidad Estatal contratante asegurada ejercerán recíprocamente, el mayor cuidado y harán todas las diligencias razonables para prevenir cualquier acción o acciones que pudieran ocasionar un conflicto entre los intereses de ambas partes. Estas actividades también serán aplicables a sus empleados o agentes en sus relaciones mutuas.

Vigésima Tercera

23. PRESCRIPCION

La Prescripción de todas las acciones derivadas del presente contrato se regirá por las normas del código de comercio sobre contrato de seguro.

Vigésima Cuarta

24. DOMICILIO

Sin perjuicio de las disposiciones procesales, para los efectos relacionados en el presente contrato se fija como domicilio de las partes la ciudad de expedición de la presente póliza.

Vigésima Quinta

25. NORMAS SUPLETORIAS

Para lo no previsto en las condiciones generales, este contrato se regirá por las disposiciones del Código de Comercio Colombiano, y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

En fe de lo anterior, se firma a los ___ días del mes de ____ de 2.0 __

15/03/2013-1333-P-05-CUM-06A

CUM-06A

Carvajal Soluciones de Comunicación S.A.S.
Rev. 2013-02
16883

Liberty siempre en contacto

World Wide Web

Para obtener mayor información sobre
Liberty Seguros, sus productos y sus servicios.

www.libertycolombia.com.co
atencionalcliente@libertycolombia.com

Unidad de Servicio al Cliente

- Autorizaciones Línea saludable
- Servicios y autorizaciones a la Red Médica Liberty.
- Información de pólizas, productos y cheques.
- Cotizaciones y autorización de autos.
- Códigos de talleres.
- Consultas quejas y reclamos.

Línea USC

Bogotá
307 7050
Línea Nacional
01 8000 113390

Asistencia Médica Liberty

- Orientación médica.
- Información de la póliza de accidentes juveniles.
- Solicitud médico domiciliario.
- Solicitud ambulancia

Asistencia Médica Domiciliaria

Bogotá
644 5450
Línea Nacional
01 8000 912505

Desde su celular marque
#224
opción 3 y luego 1

Línea Saludable

Encuentre el más completo Sistema de Salud
para estar siempre bien atendido

Línea Saludable

Bogotá
744 0722
Línea Nacional
01 8000 911361

Línea Vital - 24 horas -

Línea de Atención de la Administradora
de Riesgos Profesionales - ARP -

En caso de accidente o enfermedad profesional

Línea Vital - 24horas-

Bogotá
644 5410
Línea Nacional
01 8000 919957

Línea de Servicio Exequial

Para solicitar orientación exequial 24 horas al
día, 365 días al año en caso de fallecimiento
de alguna de las personas aseguradas, llamar
a la línea exclusiva.

Línea Exequial

Bogotá
3077007
Línea Nacional
01 8000 116699

Asistencia Liberty

- Asistencia Liberty Auto
- Asistencia Liberty al hogar
- Asistencia Liberty empresarial
- Asistencia a la copropiedad

Desde Bogotá: 6445310

Línea Nacional gratuita 01 8000 117224

ANEXO B

EL DIRECTOR DE ASUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En virtud de lo establecido en el artículo 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 "*Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*",

CERTIFICA:

1. Una vez revisado el archivo del Grupo Interno de Trabajo de Tratados de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, se constató que no existe tratado en vigor entre la República de Colombia y la República de Costa Rica que reconozca el trato nacional a los bienes y servicios en materia de compras estatales.

2. En ausencia de un tratado que reconozca el trato nacional a bienes y servicios en materia de compras estatales, el Ministerio de Comercio Exterior de la República de Costa Rica mediante Nota DM-00099-13 de fecha 27 de febrero de 2013, **cursada el 28 de febrero del presente año a la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, informó:**

   "[...]

   El artículo 5, de la Ley de Contratación Administrativa, desarrolla el principio de igualdad y de libre competencia y dispone que en los procedimientos de contratación se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. En relación con el tema de trato nacional señala que la participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos.

En ausencia de un Tratado de Libre Comercio con la República de Colombia, ***en materia de servicios****, la República de Costa Rica de acuerdo con la legislación interna, no establece preferencias para nacionales, de manera que se reconoce trato nacional a los servicios ofrecidos por empresas extranjeras en los procesos de contratación pública. Por su parte, la Ley N° 7017 "Ley de Incentivos para la Producción Nacional", en concordancia con el artículo 29 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece una preferencia para los bienes manufacturados localmente, la cual no aplica en materia de servicios."* (Destacado fuera de texto).

3. Con sujeción a la información precedente, transmitida por el Ministerio de Comercio Exterior de la República de Costa Rica, en ausencia de tratado, la República de Costa Rica reconoce trato nacional a los servicios extranjeros ofrecidos en los procesos de contratación pública, en virtud del principio de reciprocidad.

   No obstante, "[...] *la Ley N° 7017 "Ley de Incentivos para la Producción Nacional", en concordancia con el artículo 29 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece una preferencia para los bienes manufacturados localmente, la cual no aplica en materia de servicios."*

4. La presente certificación se expide de conformidad con lo previsto en el artículo 4.2.6º del Decreto 0734 del 13 de abril de 2012, para su publicación en el SECOP.

Expedida en Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días del mes de febrero de dos mil trece (2013)

ÁLVARO SANDOVAL BERNAL
Director de Asuntos Jurídicos Internacionales

ALEJANDRA VALENCIA GÄRTNER
Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Tratados