

Bogotá D.C., 12 de junio de 2014

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad No. 2014-409-027385-2
Fecha: 12/06/2014 12:24:29->703
OEM: ESTRUCTURA PLURAL INFRAESTRUCTURA V
Anexos: SIN ANEXOS



Señores
Agencia Nacional de Infraestructura- ANI
Calle 24ª No. 59-42 Torre 4 Piso 2
La ciudad

Referencia: Licitación pública No. VJ-VE-IP-LP-011-2013

Asunto: Observaciones al informe de evaluación.

Cordial saludo,

CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, identificado con la cédula de ciudadanía No 5.199.222 de Pasto, actuando en mi calidad de Apoderado Común de la estructura plural INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA, dentro de los términos establecidos en el Pliego de Condiciones de la Licitación de la Referencia, respetuosamente me permito formular las siguientes observaciones a las propuestas presentadas por los demás proponentes:

I. OBSERVACIONES A LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL P.S.F. CONCESIÓN DEL CARIBE

1. Evaluación apoyo a la industria nacional:

Con el ánimo de proteger a los oferentes y bienes de servicios de origen nacional dentro de un marco de libre competencia, a través de la Ley 80 de 1994 y la Ley 816 de 2003 se establecieron una serie de disposiciones encaminadas a apoyar la industria nacional a través de la contratación pública, precisando la posibilidad de otorgar puntajes adicionales a los oferentes de origen nacional y consagrando el principio de reciprocidad (o trato nacional) a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia hubiese 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.

Con el fin de precisar el alcance de éstas disposiciones, el artículo 21 de la Ley 80 de 1993 señaló que correspondería al Gobierno Nacional determinar qué se entienden por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero, para lo cual el artículo 4.2.2. del Decreto 734 de 2012 señaló lo siguiente:

"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."

A su vez, el numeral 4.4.1 de los Pliegos de Condiciones, reiteró que se considerarían 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.

Sobre el particular, lo primero que se debe señalar es que de acuerdo con el la legislación vigente se considera que una empresa es nacional cuando ha sido constituida en el país y tiene su domicilio principal en el territorio colombiano, pues, en caso contrario, es decir, cuando está constituida con arreglo a la ley de otro país y con domicilio en el exterior, se considera como una sociedad extranjera¹.

Sobre éstas últimas, el artículo 471 del C.CO. exige que para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes debe establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, la cual, como prolongación de la matriz; es un establecimiento de comercio que se encarga única y exclusivamente de desarrollar el objeto social de la principal, pero que no tiene personería jurídica propia y distinta a aquella.

Sobre éste aspecto, ha señalado la Superintendencia de Sociedades lo siguiente²:

(...) " si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de obtener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en el desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de sus representantes, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 ídem. "La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio..."

Sobre este mismo tema el profesor José Ignacio Narvaez García expresa "...Claro que ni la sucursal ni la agencia son sociedades distintas de la principal, a diferencia de lo que acontece con las filiales, subsidiarias o cualquier subordinada, que son entes jurídicos individualmente considerados. En verdad, el concepto de sucursal supone dependencia económica y jurídica de la principal, y existe

¹ Artículo 469 del C.CO.

² Concepto 220-10038 de 2002.

titularidad de una misma persona jurídica con tratamiento legal unitario. Ostenta el mismo nombre, mantiene la unidad de empresa, no tiene capital propio ni responsabilidad separada, aunque dentro de las relaciones internas, esté investida de una relativa autonomía administrativa" (Teoría General de Sociedades, Séptima Edición Actualizada, Ediciones Doctrina y Ley, página 389)

Así mismo este despacho por oficio 220-60767 del 7 de diciembre de 1995, expuso su criterio sobre el interrogante que se plantea en cuanto a la posibilidad de dar a la sucursal una denominación diferente a la de la matriz, "...De las disposiciones citadas, se infiere sin lugar a dudas que en cualquier caso la sucursal, sea nacional o extranjera no es un ente autónomo diferente a la matriz, toda vez que no goza de personería jurídica independiente; se trata de un establecimiento de comercio que hace parte de la sociedad y del cual ésta se vale para desarrollar los negocios que comprenden su objeto social" (Doctrinas y Conceptos Jurídicos- Superintendencia de Sociedades 2000, páginas 664,665 y 666). Por tanto la sucursal debe llevar el mismo nombre de su matriz."(Subraya fuera de texto).

En el mismo orden de ideas, la Superintendencia de Sociedades aclaró lo siguiente sobre el establecimiento de una sociedad extranjera:

"Sobre el particular, previo a la respuesta a su consulta, se considera del caso, primero, precisar que a partir del acto de incorporación, la sociedad extranjera no es una sucursal colombiana como equivocadamente se afirma en su escrito, sino una sucursal de sociedad extranjera como claramente lo indica el artículo 470 del Código de Comercio. (Subraya fuera de texto).³

Queda claro entonces, que siendo la sucursal de una sociedad extranjera (Matriz) una prolongación de esta, sin autonomía y personería jurídica independiente, no puede encuadrarse como una "empresa constituida de acuerdo con la legislación nacional, pues jurídicamente lo que hace es "establecerse" en el país, y al ser de la sociedad extranjera de la única que puede predicarse un acto de constitución, no es posible darle el tratamiento de nacional a la sucursal para efectos de contratación pública, pues ello constituiría un claro esguince a la ley.

No obstante lo expuesto, es de aclarar que la legislación contempla como alternativa que al no poderse encuadrar un oferente dentro de los supuestos del artículo 4.2.2. del Decreto 734 de 2012, para que se le otorgue el trato nacional pueda también acudir a la aplicación el trato nacional, siempre que cumplan las otras condiciones señaladas en el artículo 4.2.6 del Decreto 743 de 2012, esto es: "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."

³ Oficio 220-45979 del 18 de agosto de 2006

Para el caso que nos ocupa, se puede observar que uno de los miembros de la estructura plural P.S.F. CONCESIÓN DEL CARIBE, esto es MOTA ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. es una persona jurídica extranjera, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de la sucursal, obrante en el folio 48, en la que se puede leer con claridad:

"Que por escritura pública N° 01387 de la Notaría 54 de Bogotá del 01 de junio de 2011 inscrita el 30 de junio de 2011 bajo el número 00200135 del libro VI se protocolizaron las copias de la fundación de la sociedad Mota Engil Engenharia e construcao S.A. domiciliada en casa de calcada, largo de Paco Portugal, de sus estatutos y de la resolución que acordó el establecimiento en Colombia de una Sucursal" (Subrayas nuestras)

Así mismo, en el Acuerdo de Garantía, obrante en el folio 126 y 128, se incorpora en calidad de garante así:

"MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. sociedad anónima de nacionalidad portuguesa, domiciliada en casa de calcada largo de Paco, Portugal, a través de su sucursal en Colombia (...)" (....)

En razón de lo anterior, es claro que el miembro en comento no cumple la condición prevista en el Decreto 734 de 2012 ni en los pliegos de condiciones, que consideran como oferentes de bienes y servicios nacionales los prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, pues es una sociedad constituida en el extranjero, con una sucursal extranjera establecida en el territorio colombiano.

Por ésta razón, éste miembro del Proponente debía acudir al segundo criterio para el tratamiento como nacional, esto es, la acreditación de la existencia de tratado de Portugal con Colombia, ya fuera mediante certificación o mediante su publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP-. No obstante, se puede observar que el expediente carece de dicha certificación, ya que no existe tal acuerdo o trato de reciprocidad entre Portugal y Colombia.

Sin embargo, en éste evento, como señala el numeral 6.6.1. de los Pliegos de Condiciones, a los proponentes de origen extranjero que ofrecieran determinado porcentaje de componente colombiano incorporado, referido a la totalidad del personal calificado del contrato, se les otorgaría puntaje de conformidad con la tabla de componente nacional y para el efecto, deberían señalar en el Anexo 11, el porcentaje ofrecido de componente nacional incorporado.

Atendiendo lo anterior, el Proponte debía, como en efecto lo hizo, diligenciar el Anexo 11 de personal calificado colombiano, señalando los porcentajes de personal nacional ofrecido, que otorgarían el siguiente puntaje:

COMPONENTE NACIONAL OFRECIDO DEL PERSONAL CALIFICADO [Medido en términos de: % referido a la totalidad del personal calificado del contrato]	PUNTAJE S
Hasta el 80 % de componente nacional incorporado	0 PUNTOS
Más del 80% de componente nacional y hasta el 85%	30 PUNTOS
Más del 85% de componente nacional y hasta el 90%	40 PUNTOS
Más del 90% de componente nacional	50 PUNTOS

No obstante lo anterior, contrario a lo avaluado por la ANI, el puntaje no podía ser de 100 puntos, pues en este caso se otorgaría para ese miembro extranjero sobre la base máxima de 50 puntos, que debían proporcionarse a la participación del miembro extranjero en la estructura plural. Es decir, que el puntaje de la Estructura Plural debía ser de 95 puntos.

En razón de lo expuesto, solicitamos a la ANI modificar el Informe de evaluación y proceder a modificar el resultado sobre Protección a la Industria Nacional, otorgando al Oferente el puntaje que le corresponde, al tener como integrante una sociedad extranjera con cuyo país Colombia no tiene suscrito acuerdo alguno de trato nacional o reciprocidad.

2. Incapacidad Legal

Como se señaló anteriormente, las sucursales de sociedades extranjeras no cuentan con personería jurídica independiente y por ello no se comprometen a nombre propio, así lo hagan en desarrollo de las actividades permanentes para las cuales fueron incorporadas al país. En este sentido, aunque una sociedad participe a través de una sucursal en la licitación, es la Matriz la que para todos los efectos queda sujeta las obligaciones que ésta adquiera en el marco de sus actividades.

Una de estas obligaciones, de acuerdo con el numeral 7.3. de los Pliegos de Condiciones, consiste en constituir la SPV para la suscripción y ejecución del contrato de concesión. Sin embargo, legalmente las sucursales de sociedades extranjeras no pueden ser socias o accionistas de sociedades, por carecer de personería jurídica, siendo la matriz quien debe concurrir al afecto.

Respecto a éste tema, la Superintendencia de Sociedades ha señalado lo siguiente:

"La sucursal de sociedad extranjera no tiene una personalidad jurídica diferente a la de la matriz, se trata de un establecimiento de comercio que se establece en el territorio nacional, para que la sociedad del exterior pueda actuar por su conducto, sin que sea titular de derechos ni de obligaciones en forma autónoma de la sociedad extranjera. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 167 del Código de Comercio, podría válidamente, realizarse esa operación, para cuyo propósito se transcribe:

*"Una sociedad podrá antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social. La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio. Mediante oficio 220-071133 del 14 de Diciembre de 2005, este Despacho señaló lo siguiente: **"No es jurídicamente viable que las mismas sean socios o accionistas en sociedades"** y agrega que "...este 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."⁴*

No obstante lo anterior, en el caso concreto, puede observarse como en el acuerdo de garantía, Anexo 3, a folio 126 el Proponente señaló 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 (...) MOTA ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. SUCURSAL COLOMBIA".

Así mismo, a folios 55 y subsiguientes, se observa cómo se autorizó a la Sociedad para participar en la Licitación a través de la sucursal, pero no se contempló la participación directa de la matriz de manera general, ni de forma particular para constituir la SPV.

En éste sentido, aunque el integrante la Estructura Plural se presentó a través de sucursal, únicamente es la Matriz la que puede dar cumplimiento a los numerales 1.2.4.1 y 2.2., dado que es la que tiene capacidad para adquirir acciones o cuotas en una sociedad colombiana, como es la SPV. Así, al haberse señalado de forma jurídicamente inviable que sería la sucursal quien constituiría la SPV y no haberse acreditado la autorización para que la Matriz lo efectuara, la Oferta de Proponente carece de capacidad jurídica para ejecutar una de las obligaciones primordiales de la licitación pública, como lo es la suscripción de la SPV.

Visto lo anterior, y dado que los Pliegos de Condiciones señalan que en ningún caso se permitirá que se subsane la falta de capacidad para presentar la Oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad a la Fecha de Cierre y que el numeral 3.2.1. de los Pliegos de Condiciones señala que la ANI tiene la facultad de corroborar las circunstancias y/o requisitos relativos a la capacidad jurídica de los Oferentes y/o Precalificados, solicitamos a la ANI que declare INHABIL la Oferta de la Estructura Plural P.S.F. CONCESIÓN DEL CARIBE.

⁴ Oficio 220-071133 del 14 de Diciembre de 2005.

3. Garantía de Seriedad de la Oferta

En el numeral 3.8.6 de los Pliegos de Condiciones se exige que la garantía de seriedad de la Oferta corresponda a un valor de CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$ 42.749.000.000) **en Pesos constantes del 31 de Diciembre de 2012.**

Sin embargo como se puede observar a folios 68, 69 y 70, en la misma no se aclara a qué valor constante hace referencia. Por lo anterior, se solicita a la ANI pedir la aclaración correspondiente.

4. Formato de pago de Parafiscales

El numeral 3.7.1. de los Pliegos de Condiciones señala la obligación de las personas jurídicas colombianas o extranjeras con sucursal en Colombia la de certificar el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar 33 Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje **de los seis (6) meses anteriores a la presentación de la Oferta, esto es, desde noviembre de 2013 a abril de 2014, inclusive.**

Sin embargo, como puede observarse a folio 191 donde certifica el cumplimiento de aportes por parte del Grupo Odinsa S.A. sólo se reportaron los pagos hasta marzo de 2014, con lo que la oferta no está cumpliendo con la condición exigida en los pliegos de condiciones.

Por lo anterior, se le solicita a la ANI que requiera al Proponente la aclaración pertinente.

II. OBSERVACIONES A LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL MH-MECO

1. Formato de pago de Parafiscales Constructora Meco

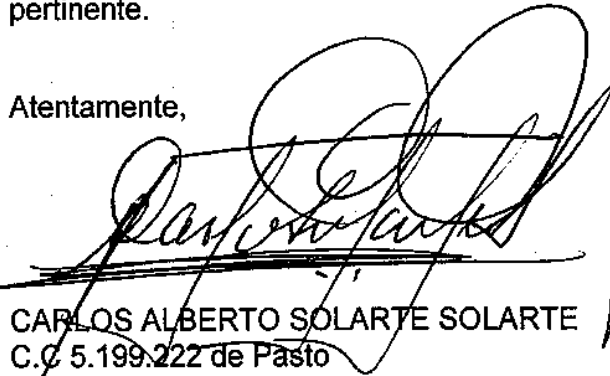
El numeral 3.7.1. de los Pliegos de Condiciones señalan la obligación de las personas jurídicas colombianas o extranjeras con sucursal en Colombia de certificar el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje **de los seis (6) meses anteriores a la presentación de la Oferta, esto es, desde noviembre de 2013 a abril de 2014, inclusive.**

Sin embargo, como puede observarse a folios 115, 116 y 117 donde certifica: "CONSTRUCTORA MECO S.A. – SUCURSAL COLOMBIA ha realizado los pagos de seguridad social y aportes parafiscales correspondientes a las nóminas de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de la propuesta...." e incluyen en el listado el pago del mes de Mayo. Sin embargo, teniendo en

cuenta que los pagos de seguridad social y nomina se hace sobre la nómina del mes completo terminado, la certificación aportada y firmada por el Rep. Legal y Revisor Fiscal el 22 de Mayo de 2014 no podría tener los pagos de los aportes correspondientes a la nómina del mes de Mayo, pues faltaban 10 días para completar el mes calendario.

Por lo anterior, se le solicita a la ANI que requiera al Proponente la aclaración pertinente.

Atentamente,



CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE
C.C 5.199.222 de Pasto
Apoderado Común
Estructura Plural INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA

