



Cartagena de Indias, D. T., y C., 24 de octubre de 2023

Señores

Agencia Nacional de Infraestructura

Atención:

Carolina Jackeline Barbanti Mansilla

Presidente

Referencia: Proceso de Selección No. VJ-VE-APP-IPV-001-2023.

Asunto: Observaciones a los memoriales de respuesta presentados por Termotécnica Coindustrial S.A.S. y Andino Inversiones Global S.A. a las contra observaciones que presentó la Estructura Plural Aeropuerto Cartagena de Indias el 13 de octubre de 2023

Apreciados señores,

Ramón Ignacio Pereira Visbal, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de Representante Común de la Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias, me dirijo respetuosamente a ustedes para controvertir los memoriales de respuesta presentados por Termotécnica Coindustrial S.A.S. ("**Termotécnica**") y Andino Inversiones Global S.A. ("**Andino**") a las contra observaciones que presentó la Estructura Plural Aeropuerto Cartagena de Indias el 13 de octubre de 2023.

1. Observaciones a la respuesta de Termotécnica sobre la capacidad jurídica de Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. para suscribir y otorgar el Acuerdo de Garantía

El oferente Termotécnica acreditó los requisitos de Capacidad Financiera a través de la sociedad Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. ("**Unidad de Infraestructura**"), que tiene la calidad de sociedad controlada por dicho Oferente, es decir, por Termotécnica.

Como consecuencia de lo anterior y según lo establecido en el No. 3.5 del Pliego de Condiciones, Termotécnica tenía la obligación de entregar el Acuerdo de Garantía junto con su Oferta identificando a las siguientes personas: (i) Unidad de Infraestructura, como garante, (ii) Termotécnica, como Oferente, (iii) la ANI como acreedora o beneficiaria y (iv) el SPV, que constituya Termotécnica en el evento de resultar adjudicataria del Contrato de Concesión, como "*deudor garantizado*". Dicho de otra manera, Unidad de Infraestructura

suscribió el Acuerdo de Garantía que entregó Termotécnica junto con su oferta en calidad de Garante.

Sin embargo, y a pesar de la respuesta remitida por Termotécnica sobre este asunto, Unidad de Infraestructura **no cuenta con la capacidad jurídica para suscribir y otorgar el Acuerdo de Garantía que fue entregado junto con la Oferta de Termotécnica en calidad de Garante**, debido a que:

- (a) Según el objeto social definido en sus estatutos y que se encuentra establecido en su certificado de existencia y representación legal, **Unidad de Infraestructura solo cuenta con capacidad para otorgar garantías en favor de terceros cuando dichos terceros sean sociedades, uniones temporales o consorcios en los que Unidad de Infraestructura participe directamente**, supuesto de hecho que NO corresponde a la estructura corporativa/organizacional de la Oferta que presentó Termotécnica; y
- (b) La autorización que otorgó la Asamblea General de Accionistas al representante legal para suscribir el Acuerdo de Garantía identifica como “*deudor garantizado*” a Termotécnica, sociedad que **NO** es el “*deudor garantizado*” bajo el Acuerdo de Garantía.

Sobre este particular, Termotécnica indica en términos generales lo siguiente:

- (a) La capacidad jurídica de Unidad de Infraestructura para suscribir el Acuerdo de Garantía se desprende del numeral 33 de su objeto social, según el cual la sociedad puede “*desarrollar, en general, cualquier otra actividad lícita dentro del territorio colombiano y en el extranjero*”.
- (b) Dicha capacidad jurídica para suscribir el Acuerdo de Garantía también se desprende de lo señalado en el numeral 38 del artículo trigésimo noveno de sus estatutos societarios, según el cual son “*funciones*” de la Asamblea General de Accionistas “*autorizar a los representantes legales para avalar obligaciones de accionistas o terceros, suscribirlas como fiador, codeudor o garante o deudor solidario*”.
- (c) Bajo el numeral 5° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008, el documento de constitución de las sociedades por acciones simplificadas permite a las SAS enunciar clara y expresamente su actividad o actividades principales “*o no expresar nada sobre el particular*”, caso en el cual (que no se exprese nada) dicha SAS estará habilitada para llevar a cabo cualquier actividad lícita, dentro de las cuales se encuentra la de garantizar obligaciones propias o ajenas.

- (d) El numeral 5° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 prevalece frente al artículo 99 del Código de Comercio, por lo que, al tratarse de una SAS, no debe tenerse en cuenta lo establecido en el mencionado artículo 99 del Código de Comercio.
- (e) Termotécnica guarda total silencio sobre el defecto que presenta la autorización que otorgó la asamblea general de accionistas al representante legal para suscribir el Acuerdo de Garantía, en la cual se identifica como “*deudor garantizado*” a Termotécnica, sociedad que **NO** es el “*deudor garantizado*” bajo el Acuerdo de Garantía.

Sobre tales argumentos, respetuosamente solicito a la ANI que tenga en cuenta las siguientes consideraciones para declarar como “*no hábil*” la oferta de Termotécnica por la evidente falta de capacidad legal de Unidad de Infraestructura para suscribir y otorgar el Acuerdo de Garantía:

1.1 El numeral 33 del objeto social de Unidad de Infraestructura regula cualesquiera **otras** actividades no reguladas por los otros 32 numerales de su objeto social por lo que la capacidad jurídica para otorgar garantías en favor de terceros está estricta y específicamente regulada por lo previsto en su numeral 32

No es cierto que la capacidad jurídica de Unidad de Infraestructura para suscribir y otorgar el Acuerdo de Garantía esté gobernada bajo el numeral 33 de su objeto social, que establece lo siguiente:

*33. Desarrollar, en general, **cualquier otra** actividad lícita dentro del territorio colombiano y en el extranjero.* (Resaltado fuera de texto original)

Nótese que ese numeral del objeto social solo está llamado a regular la capacidad de la sociedad para celebrar **otra[s]** actividad[es] lícita[s] en la medida en que dicha actividad no esté regulada en los otros 32 numerales que conforman el objeto social. Ese el sentido de la palabra “*otra*” que se refiere a lo dicho de una persona o de una cosa “*distinta de aquella de la que se habla*”¹.

En este caso en particular, el numeral 32 del objeto social de Unidad de Infraestructura regula de manera estricta y específica la facultad de la sociedad de otorgar garantías en favor de terceros, para lo cual se establece lo siguiente:

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

32. Avalar, previa autorización de la asamblea general de accionistas, obligaciones **de sociedades, uniones temporales o consorcios en los cuales tenga participación directa.**

Una interpretación según la cual Unidad de Infraestructura tiene facultad para avalar obligaciones de terceros indistintamente de si dicha sociedad tiene o no participación en ese tercero bajo el numeral 33 del objeto social, sería tanto como dejar sin efecto alguno la limitación estatutaria del numeral 32 y aceptar que la sociedad puede llevar a cabo cualesquiera actos jurídicos sin limitación alguna aun cuando el objeto social ha sido establecido y limitado por los accionistas de forma precisa y clara.

Dicho de otra manera, la ANI no puede caer en la interpretación absurda según la cual el objeto social de Unidad de Infraestructura junto con sus 32 numerales subsiguientes son irrelevantes, puesto que el único que vale es el numeral 33 que recoge “lo divino y lo humano” al permitirle a la empresa, sin limitación alguna, ejecutar cualquier actividad lícita en Colombia y en el extranjero.

Esta interpretación sería tanto como decir que Unidad de Infraestructura tiene un único objeto social que es indeterminado y que, en virtud de dicho objeto social indeterminado, ni la sociedad ni su representante legal tienen limitación alguna para suscribir contratos o contraer obligaciones de ningún tipo. Tampoco sería necesario bajo dicha interpretación que el representante legal tuviese que cumplir con el requerimiento de la aprobación previa de la Asamblea General de Accionistas para suscribir el Acuerdo de Garantía, pues según la tesis de Termotécnica es el numeral 33 y únicamente el numeral 33 el que regula su objeto social, y bajo dicho numeral 33 no se requiere de autorización alguna de la Asamblea de Accionistas. Bajo la interpretación de Termotécnica entonces, el objeto social de Unidad de Infraestructura debe ser leído e interpretado tachando todos los apartes del objeto social que constan en las páginas 2 a 6 de su certificado de existencia y representación legal salvo por el numeral 33, es decir, de la siguiente manera:

OBJETO SOCIAL

La sociedad tiene como objeto social principal la ingeniería civil, sanitaria, ambiental y la arquitectura y obra civil de hospitales, puentes, infraestructura vial, construcción instituciones educativas, oleoductos, comunicaciones, vivienda interés social, vivienda multifamiliar, puertos y obras marítimas, plantas industriales, infraestructura energética, redes eléctricas, infraestructura para hidroeléctricas, presas, túneles hidráulicos, obras e infraestructura electromecánica, estructuras metálicas y demás áreas afines para lo cual podrá participar de toda clase de licitaciones u ofertas públicas o privadas que puedan abrirse en los municipios u otros establecimientos públicos o privados del territorio colombiano, cuyo objeto sea promoción, asesoría, estudios, estudios de levantamientos topográficos planeación, contratación, ejecución, diseño, consultoría, interventoría, capacitación, actividades de docencia, construcción, realización, financiación, explotación, operación y administración, dentro del territorio nacional o en cualquier otro país de toda clase de proyectos y obras y actividades de infraestructura y/o construcción de ingeniería y/o de arquitectura, en todas sus manifestaciones, modalidades y especialidades ya sean públicas o privadas, realizadas bajo cualquier modalidad de contratación, tales como contratos de obra pública, de concesión, de administración delegada, o demás, incluyendo la

construcción de obras conexas de todo tipo que requieran personas jurídicas nacionales o extranjeras para su propio beneficio o para el desarrollo urbanístico de ciudades o sistemas de infraestructura civil de cualquier naturaleza tales como vías, aeropuertos, terminales de pasajeros. Con tal fin, la sociedad está autorizada para participar como proponente en cualquier clase de licitación, precalificación, concurso o invitación a cotizar, sean estas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, pudiendo para ello constituir, conforme a la ley y bajo la forma jurídica que convenga, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, sociedades, asociaciones con personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas. Para el cumplimiento de sus actividades, la sociedad podrá celebrar y ejecutar, en su propio nombre o por cuenta de terceros o en participación con ellos, todos los contratos, actos y operaciones que sean necesarios o convenientes a alcanzar los fines que persigue y que se relacionen con su objeto y además:

1. El estudio, diseño, planeación, ejecución, consultoría, construcción, realización, financiación, explotación, operación y administración, dentro del territorio nacional o en cualquier otro país, de toda clase de proyectos y obras y actividades de infraestructura y/o construcción de ingeniería y/o de arquitectura, en todas sus manifestaciones, modalidades y especialidades.
2. La realización de adiciones, mejoras, modificaciones, restauraciones, reparaciones a cualquier tipo de proyectos y obras y actividades de infraestructura y/o construcción de ingeniería y/o de arquitectura, en todas sus manifestaciones, modalidades y especialidades.
3. Exploración y explotación minera en pequeña y gran escala, por aluvión, cauce o por beta, la exploración y explotación de canteras, playas y demás depósitos naturales, o yacimiento de materiales para la construcción y la minería en general.
4. La adquisición, importación, distribución, venta y arrendamiento de equipos y repuestos en general.
5. La contratación y subcontratación con el estado y sus entidades centralizadas y descentralizadas para la ejecución de cualquier obra civil, o contratación de vivienda ordinaria y vivienda de interés social u otro tipo de construcciones.
6. La adquisición de inmuebles o inversiones en ellos para ejecutar por sí o por medio de terceros la construcción, urbanización, promoción, venta de todo tipo de proyectos inmobiliarios que resulten de su edificación.
7. El desarrollo de construcciones, parcelaciones, urbanizaciones en bienes propios o de terceros, bien sea para planes de vivienda, locales comerciales e industriales.
8. La ejecución de toda clase de negocios además de la compraventa relacionados con la comercialización de propiedad raíz tales como financiamiento, arrendamiento, fideicomiso, administración, usufructo, constitución y régimen de propiedad horizontal, etc.
9. La construcción de obras de infraestructura para el sector petróleo, incluyendo la construcción de oleoductos, poliductos, gasoductos, plataformas para pozos, vías de acceso, estaciones de bombeo y en general todo lo relacionado con esta clase de construcciones.
10. La construcción de túneles, presas, oleoductos, gasoductos, poliductos y estaciones de bombeo.
11. Los montajes electromecánicos en general.
12. La construcción de canalizaciones externas y subterráneas para extensión y distribución de redes de energía, acueducto, alcantarillado, teléfonos, fibra óptica, y en general todo lo relacionado con servicios públicos.
13. La construcción de estructuras para edificios, puentes, o infraestructura en general en concreto o metálicas.
14. La construcción de obras arquitectónicas como acabados de edificaciones, urbanismo y espacio público.
15. Ingeniería de consulta y diseño de toda clase de disciplinas de la ingeniería y la arquitectura, para lo cual prestará servicios de inspección, pruebas de fábrica y ensayos de laboratorio, desarrollará estudios de prevención, factibilidad y asesoría, diseñará proyectos e interventoría.
16. La prestación de servicios técnicos y de consultoría y de asesoría en los diferentes campos de ingeniería civil y la arquitectura.
17. La planeación, contratación y administración de negocios de infraestructura y en especial de las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario, de servicios públicos domiciliarios y mineros y proyectos relacionados con obras de infraestructura, obras de ingeniería civil, obras arquitectónicas y de urbanismo, mineros, y en general el desarrollo de actividades relacionadas con la industria de la construcción.
18. Participar en procesos de selección y ejecución de contratos que incluyan esquemas de asociación público-privada en los proyectos de infraestructura vial, fluvial, marítima, férrea y portuaria, de servicios públicos domiciliarios y mineros y proyectos relacionados con obras de infraestructura, obras de ingeniería civil, obras arquitectónicas y de urbanismo, mineros, y en general el desarrollo de actividades relacionadas con la industria de la construcción.
19. Participar, de manera directa o en asocio con terceros, en procesos de contratación de toda clase, incluidas las concesiones, asociaciones público-privadas, permisos y licencias, celebradas con entidades públicas o privadas de todo orden, nacionales o extranjeras, relacionadas con actividades directa o indirectamente relacionadas con el servicio de tercerización (outsourcing) integral de operación y mantenimiento de campos petroleros y de producción de gas, onshore y offshore (facilidades en tierra y plataformas marinas de producción de hidrocarburos) y facilidades de transporte

*de hidrocarburos, oleoductos, gasoductos y poliductos, incluyendo sus estaciones de bombeo, plantas de tratamiento, refinerías y facilidades tempranas de producción y pruebas extensas y, en general, todas las actividades relacionadas con la exploración, explotación, procesamiento, transporte y comercialización de hidrocarburos; suministro de servicios utilitarios como aire comprimido, gas, vapor, electricidad, refrigeración y demás fluidos a presión; construcción de sistemas de irrigación y drenaje, conducción de aguas, obras sanitarias y ambientales, redes de distribución de agua potable, redes de distribución de aguas servidas, estaciones de bombeo y tanques de almacenamiento. 20. La estructuración, gestión y ejecución de proyectos relacionados con la generación, transmisión, explotación, distribución y comercialización de energía, electricidad, gas e hidrocarburos, así como de la industria petroquímica y minera. 21. La estructuración técnica, legal y financiera de proyectos, y obras, y actividades y concesiones de infraestructura y/o construcción de ingeniería y/o de arquitectura, en todas sus manifestaciones, modalidades y especialidades. 22. La explotación económica de actividades de recaudo de cualquier naturaleza y sus actividades conexas, y la administración y recaudo de tarifas, tasas o contribuciones y operaciones de peajes. 23. El diseño, fabricación compraventa, permuta, arrendamiento, almacenamiento, intermediación de bienes relacionados con la industria de la construcción. 24. Limitar o gravar el dominio de toda clase de activos, muebles o inmuebles, corporales e incorporales, instalaciones industriales y equipos de trabajo relacionados con su objeto social y dar en arrendamiento o enajenar, gravar los que fueren necesarios, construir las plantas industriales para la elaboración de sus productos, la producción o procesamiento de materias primas y el funcionamiento de sus establecimientos comerciales; tomar dinero en mutuo, emitir bonos y celebrar las operaciones financieras que le permiten obtener los fondos u otros activos necesarios para el desarrollo de sus negocios; dar en garantía sus bienes para asegurar sus propias obligaciones, constituir compañías filiales, promover, formar y organizar empresas de comercio exterior o que el permitan el suministro de las materias primas que requiera y faciliten o se encarguen del mercado de sus productos y, en general, celebrar todos los actos y contratos, que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir legal o convencionalmente derivados de la existencia de la compañía. 25. Incluir en calidad de socios accionistas a aquellas empresas o sociedades legalmente constituidas considere indispensable para darle cumplimiento al objeto social o, a su vez, ser miembro de uniones temporales, consorcios o cualquier clase de asociación permitida por la ley. 26. Promoverá la colocación pública de las acciones, concertará operaciones de fiducia, underwriting o cualesquiera otras modalidades que tiendan a facilitar la suscripción y pago de las acciones, contratar las asesorías necesarias para la organización y puesta en marcha de la empresa, gestionar los permisos, créditos y demás trámites requeridos para el cabal cumplimiento de los fines sociales. 27. Celebrar con compañías aseguradoras operaciones relacionadas con la protección de los bienes propios o de aquellos cuya tenencia detente a cualquier título. 28. Transigir, desistir y apelar la decisión de árbitros o de amigables componedores o de expertos, en los asuntos que tenga interés frente a terceros, a los socios, a los administradores y demás funcionarios o trabajadores de la sociedad. 29. Contratar servicios de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. 30. Adquirir patentes, nombres comerciales, marcas y demás derechos de propiedad industrial y adquirir u otorgar contratos y permisos, concesiones para la realización de su objeto social principal con terceras personas. 31. Ejecutar todos los actos y celebrar todos los contratos que tiendan a la realización de los fines que persigue la sociedad o que se relacionen con su existencia y funcionamiento. 32. Avalar, previa autorización de la asamblea de accionistas, obligaciones de sociedades, uniones temporales o consorcios en los cuales tenga participación directa. **33. Desarrollar, en general, cualquier otra actividad lícita dentro del territorio colombiano y en el extranjero.***

Sorprende, en ese caso que, con la supuesta amplitud del objeto social de Unidad de Infraestructura, esta sociedad se haya puesto en la tarea de acudir a la Asamblea General de Accionistas para que autorizara la suscripción del Acuerdo de Garantía si su interpretación del objeto social era tan clara como la que expone en su documento de respuesta.

Es deber de la ANI actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios cuando se trata de verificar la capacidad jurídica que tiene un Oferente o un Garante para suscribir

documentos en un proceso de selección. La única garantía con la que cuenta la ANI para garantizar la obligación futura del Concesionario de realizar los Giros de Equity bajo el Contrato de Concesión es la que surge del Acuerdo de Garantía. Por lo anterior, la ANI está en el deber de aplicar la mayor rigurosidad al verificar la capacidad jurídica del Garante para otorgar dicho documento, pues de no contar el Garante con capacidad para suscribir el Acuerdo de Garantía la obligación amparada -que es una de las obligaciones más importantes bajo el Contrato de Concesión- no tendría garantía adicional alguna. La ANI no puede conformarse con argumentos de parte para verificar la capacidad jurídica del Garante.

1.2 Las funciones de la Asamblea General de Accionistas no determinan la capacidad jurídica de la sociedad y en cualquier caso están supeditadas a su objeto social

Tampoco es cierto que la facultad de Unidad de Infraestructura para suscribir el Acuerdo de Garantía se desprenda de las funciones asignadas a la Asamblea General de Accionistas de dicha sociedad en sus estatutos. Cualquiera sea la distribución de responsabilidades y funciones que los accionistas hayan regulado en sus estatutos para los órganos de administración de la sociedad, la capacidad general de la sociedad para celebrar contratos y/o contraer obligaciones está limitada por la definición de su objeto social que, en este caso y según hemos explicado, contiene una disposición específica en lo que concierne el otorgamiento de garantías en favor de terceros.

Aunque en efecto el numeral 38 del artículo trigésimo noveno de los estatutos societarios de Unidad de Infraestructura establece que es “*función*” de la Asamblea General de Accionistas “*autorizar a los representantes legales para avalar obligaciones de accionistas o terceros, suscribirlas como fiador, codeudor o garante o deudor solidario*”, dicha “*función*” solo puede ser ejercida en la medida en que la garantía que pretenda otorgar Unidad de Infraestructura se predique de una sociedad en la que Unidad de Infraestructura tenga participación directa.

Este es un asunto elemental y sencillo del derecho corporativo y societario que no merece mayor discusión o elucubración. El aval de obligaciones de accionistas o de terceros no es excluyente de la limitación que tiene la sociedad de otorgar garantías únicamente en favor de sociedades en las que participe directamente contenida en el numeral 32 de su objeto social. Es decir, es perfectamente viable que una sociedad tenga participación directa en sus accionistas (ejemplos de compañías “enrocadas”, los hay por miles) o en terceros, y por esa vía que la limitación del numeral 32 del objeto social sea compatible con la función asignada a la Asamblea General de Accionistas.

Por último, conviene advertir a la ANI que nuevamente el Oferente se contradice en su argumentación, pues en este caso le otorga relevancia a la función de la Asamblea General de Accionistas de autorizar el otorgamiento de garantía en favor de terceros, cuando en su argumentación sobre el alcance ilimitado del objeto social bajo el numeral 33 dicha autorización no pareciera ser necesaria para suscribir el Acuerdo de Garantía.

1.3 La capacidad legal de las SAS según el numeral 5° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008

No es cierto que el artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 habilite a las SAS para ejercer cualquier actividad lícita indistintamente de cómo esté definido su objeto social como erradamente pretende hacer creer Termotécnica al señalar en su memorial que Termotécnica “*tiene un objeto social abierto*” y que el numeral 33 de su objeto social determina la posibilidad de acudir a la última oración del numeral 5° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 5°. CONTENIDO DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN.

La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

(...)

*5°. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. **Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.***

En primer lugar, no es cierto que Unidad de Infraestructura tenga un objeto social “*indeterminado*” o que en el acto de constitución nada se hubiese expresado, cuando es claro e inequívoco que el objeto social definido en el documento de constitución es un objeto social estricta y taxativamente determinado. Tampoco es cierto que el numeral 33 gobierne el otorgamiento de garantías en favor de terceros por los motivos ya explicados en el numeral 1.1 anterior.

Al respecto, es fundamental tener en cuenta el criterio establecido por la Superintendencia de Sociedades sobre los casos en los que aplica la segunda oración del numeral 5° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2012:

*“De lo expuesto se desprende que es enteramente discrecional de los asociados acoger según su conveniencia y necesidad, un objeto social determinado o indeterminado. **En el primer caso se deberán identificar de manera explícita el acto o los actos que constituyan la***

empresa, en el entendido que la capacidad de la sociedad, como las actuaciones del representante legal y los administradores se han de establecer igualmente en consideración a las actividades en él enunciadas, con sujeción a las reglas y las consecuencias que al efecto prevén las disposiciones consagradas el Código de Comercio, particularmente el artículo 110, ordinal 4º, en concordancia con el 99 ibidem. En el segundo caso, se podrá optar por un objeto indeterminado que bien identifique una o algunas de las actividades a las que especialmente se pretenda aplicar la empresa y, adicionalmente incluya las demás actividades lícitas; o simplemente exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita sin mencionar en particular ninguna, lo que igualmente se entenderá para todos los efectos cuando en el acto de constitución no se diga nada sobre ese aspecto y en estos casos la capacidad de la compañía será de todas formas ilimitada”². (Resaltado fuera del texto original)

Sobre este particular, debemos advertir a la ANI que:

- ✓ Unidad de Infraestructura tiene un objeto social determinado de forma taxativa y literal en sus estatutos, que corresponde -en términos generales- a la participación **directa** en licitaciones y convocatorias públicas para la ejecución de contratos de infraestructura y que se desarrolla en 33 numerales precisos y detallados, según la actividad que se pretenda desarrollar y que no pueden ser desconocidos al antojo del intérprete.
- ✓ El numeral 33 del objeto social (que hace parte de su objeto social secundario) permite a Unidad de Infraestructura para ejecutar cualquier “**otra**” actividad lícita sin limitaciones, siempre que esa “**otra**” actividad lícita no esté regulada en los demás apartes de su objeto social. En este segundo caso debe estarse a lo expresamente regulado en sus estatutos respecto de dicha actividad.
- ✓ Concluir que el objeto social de Unidad de Infraestructura es indeterminado e ilimitado, aun cuando esté determinado en una cláusula de actividades principales acompañada de 33 numerales que desarrollan las reglas aplicables a actividades específicas, desconoce el tenor literal de la Ley 1258 y la doctrina de la Superintendencia de Sociedades.

1.4 Doctrina de la Superintendencia de Sociedades respecto de la capacidad de una sociedad (indistintamente de su tipo societario) para garantizar obligaciones de terceros

La falta de capacidad de Unidad de Infraestructura para suscribir y otorgar el Acuerdo de Garantía también se encuentra respaldada por la doctrina de la Superintendencia de Sociedades sobre la capacidad que tienen las sociedades en Colombia para garantizar obligaciones de terceros. Sobre este asunto, la Superintendencia ha establecido de forma clara y reiterada que, para invocar la autorización general para ejecutar cualquier actuación

² Oficio con Rad No. 220-023132 de fecha 19 de abril de 2010.

relacionada con su objeto social prevista en el artículo 99 del Código de Comercio (última instancia al alcance de Unidad de Infraestructura para acreditar su capacidad jurídica), no puede existir una limitación específica sobre dichos actos jurídicos que se pretenden ejecutar en el texto del contrato de sociedad, tal como ocurre en el caso que nos ocupa.

A continuación, algunos apartes del concepto de fecha 14 de enero de 2003 (Rad No. 220-0956) que establecen de forma clara e inequívoca lo anterior:

“En resumen, salvo que el contrato social contenga alguna limitación en la contratación o se haya regulado la forma de administrar los negocios sociales de manera diferente a la legal, el o los representantes legales y administradores de la misma, según el caso, están autorizados para celebrar o ejecutar cualquier acto o contrato en la forma y términos indicados, (...) siempre que tales obligaciones inequívocamente constituyan actos que se relacionan de manera directa con las actividades propias del objeto social, lo que significa que necesariamente debe existir una relación de medio a fin entre aquellos y éstas, pues en tales casos se estará obrando dentro del marco legal que fija el artículo 99 de la obra citada”³. (Resaltado fuera del texto original)

Es decir, no puede apelarse a una autorización general para llevar a cabo cualquier acto relacionado con el objeto social como sustento jurídico que respalde la capacidad de Unidad de Infraestructura para suscribir el Acuerdo de Garantía, cuando en el numeral 32 del Objeto Social de la compañía se establece de forma clara y precisa que el representante legal solo podrá “*avaluar obligaciones de sociedades en las cuales tenga participación directa*”.

Reiteramos, para subsanar la deficiencia de la Oferta, la sociedad Unidad de Infraestructura debía demostrar que, previo a la Fecha de Cierre, había realizado una reforma estatutaria en la que se permitiera avalar obligaciones en sociedades en las que el garante tuviera o no participación directa.

1.5 El silencio de Termotécnica sobre el defecto de la autorización otorgada por la Asamblea General de Accionistas y prohibición legal para que el Garante corrija, aclare, enmiende o subsane el sentido de la autorización de la Asamblea General de Accionistas para suscribir el Acuerdo de Garantía

³ Sobre este particular, ver también los siguientes conceptos de la Superintendencia de Sociedades: (i) Oficio 220- 39236 del 30 de mayo de 1999 (reiterado en los Oficios 220-040984 del 26 de julio de 2006 y 220-017785 del 9 de febrero de 2011); (ii) Oficio 220-040984 del 26 de julio de 2006; (iii) Oficio 2008037346-001 del 28 de julio de 2008; (iv) Oficio 220-021416 del 9 de abril de 2010; (v) Oficio 220-121808 del 31 de julio de 2014; (vi) Oficio 220-077845 del 18 de junio de 2015; (vii) Oficio 220-079584 del 22 de junio de 2015; y (viii) Oficio 220-072648 del 11 de mayo de 2018.

En el caso hipotético de que Unidad de Infraestructura no tuviera la limitación estatutaria referida en los numerales anteriores, la ANI debe tener en cuenta que nada mencionó Termotécnica sobre el grave defecto que presenta la autorización otorgada por la Asamblea General de Accionistas y que advertimos en memoriales anteriores.

Según puede verificarse del contenido de dicho documento allegado por el Oferente, la autorización de la Asamblea General de Accionistas difiere del contenido literal del Acuerdo de Garantía entregado junto con la Oferta de Termotécnica, pues tal como indicamos en memorial de fecha 13 de octubre de 2023 el “*deudor garantizado*” no es el Oferente sino el SPV que constituya el Oferente de resultar adjudicatario del Contrato de Concesión.

En consecuencia, la única alternativa al alcance del Garante para acreditar la capacidad jurídica para suscribir el Acuerdo de Garantía (más allá de la reforma estatutaria ya advertida) sería corregir, aclarar, emendar o subsanar la autorización de la Asamblea General de Accionistas. Tal corrección, aclaración, enmienda o subsanación está inequívocamente prohibida por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En primer lugar, es ampliamente conocido que, según el Parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo son susceptibles de ser subsanados aquellos requisitos de la oferta con los que se contaba en el momento del cierre y no circunstancias que acaezcan o con las que se cuenten con posterioridad a dicho cierre. Esto es especialmente llamativo en cuanto a la capacidad jurídica, pues la capacidad no es un requisito de la oferta que pueda ser subsanado si no se contaba con la misma en el momento en que se presentó la Oferta para hacerse adjudicatario del Contrato de Concesión tal como le ocurre al Garante en el presente caso. A continuación algunos apartes de una providencia del Consejo de Estado sobre este particular:

“Esta capacidad debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, según se desprende de lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 al señalar que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, pues si, contrario sensu, 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”⁴.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Sentencia de fecha 26 de enero de 2011 Rad No. 11001-03-26-000-2009-00018-00(36408)A, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ver también: CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Sentencia No. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688), del 8 de febrero de 2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Sentencia No. 25000-23-26-000-2002-01606-01 (29855), del 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. CONSEJO DE ESTADO.

De igual forma, en el caso hipotético de que éste fuera un aspecto de la oferta susceptible de ser “subsano”, también es necesario tener en cuenta que el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018 limitó la oportunidad para subsanar tales defectos de la oferta hasta el vencimiento del término del traslado del informe de evaluación, el cual venció el pasado 9 de octubre de 2023 para el Proceso de Selección que nos ocupa.

1.6 Imposibilidad de la ANI para ejecutar el Acuerdo de Garantía de aceptarse el mismo tal como está

Si la ANI hiciera caso omiso de los argumentos anteriormente expuestos, ello implicaría que el Acuerdo de Garantía otorgado en favor de la ANI para garantizar obligaciones del SPV (que en este caso es un tercero respecto del cual el Garante no tendrá participación directa), será considerado como un acto por fuera del objeto social de Unidad de Infraestructura y, en consecuencia, es un Acuerdo viciado de nulidad por falta de capacidad de su otorgante, con el efecto adicional de que será inejecutable por la ANI de darse el supuesto de hecho que ampara el Acuerdo de Garantía.

En este caso, la ANI no podrá alegar su desconocimiento respecto de los vicios advertidos, pues la ANI tuvo la oportunidad de revisar (i) el certificado de existencia y representación legal de Unidad de Infraestructura del que se desprende que la sociedad tiene un objeto social determinado y no indeterminado y donde consta dentro de su objeto social la limitación expresa para suscribir el Acuerdo de Garantía y (ii) el Acta de la Asamblea General de Accionistas que autorizó al Representante Legal para avalar obligaciones de Termotécnica y no de un SPV futuro, es decir, obligaciones **distintas** a las que incorpora el Acuerdo de Garantía.

Tampoco le es dable a la ANI declarar hábil a Termotécnica a pesar de las deficiencias del Acuerdo de Garantía, para luego, en el evento de que el Contrato de Concesión sea adjudicado a Termotécnica, solicitar la corrección de dicho Acuerdo de Garantía bajo cualquier argumento o forma. Tal situación sería tanto como reconocer que el Acuerdo de Garantía estaba viciado al momento de la Fecha de Cierre del Proceso de Selección y que, en consecuencia, la Oferta de Termotécnica ha debido ser rechazada.

2. **Observaciones frente a las respuesta de Andino**

2.1 Garantía de Seriedad de la Oferta de Andino

Nuevamente Andino reconoce ante la ANI y demás oferentes que “*por cuestiones logísticas*” no le fue posible presentar la Garantía de Seriedad de la Oferta en la Fecha de Cierre.

En este caso, Andino indica que “*la garantía de seriedad de la oferta sí fue expedida y otorgada por el Banco de Crédito del Perú de lo cual se dejó constancia mediante el mensaje Swift que se adjuntó y, a su vez, el Banco de Bogotá expidió y otorgó dicha garantía para así dar cumplimiento a lo establecido en el Pliego de Condiciones*”.

En primer lugar, debemos aclarar a la ANI que la carta de crédito stand-by emitida por el Banco de Crédito del Perú y que fue entregada por Andino junto con su Oferta, indica que Andino optó por cumplir con el requisito de Garantía de Seriedad de la Oferta a través del mecanismo de la carta de crédito stand-by previsto el numeral 3.11.1(d) del Pliego de Condiciones. Según ese numeral, se da cumplimiento a la obligación de presentar la Garantía de Seriedad de la Oferta junto con la Oferta, mediante dos documentos complementarios, a saber: (i) la carta de crédito stand-by otorgada por un Banco Aceptable extranjero y (ii) la autorización de un Banco Aceptable establecido y legalmente autorizado para operar en Colombia en su calidad de “banco notificador”.

La Carta de Crédito Stand-By otorgada por el Banco de Crédito del Perú en favor del Banco de Bogotá y que fue entregada por Andino junto con su Oferta, **NO cumple con los requisitos de la Garantía de Seriedad de la Oferta bajo la modalidad de carta de crédito stand-by previstos en el numeral 3.11.1(d) del Pliego de Condiciones**, pues se trata de una carta de crédito individual otorgada por el Banco de Crédito del Perú en favor del Banco de Bogotá y no en favor de la ANI.

Por su parte, la Garantía Bancaria emitida por el Banco de Bogotá el 28 de septiembre de 2023 a las 5:33 p.m. (**es decir 7 horas y 33 minutos después de la Fecha de Cierre**) y luego entregada por Andino a la ANI el 9 de octubre de 2023, es una garantía bancaria a primer requerimiento de las que trata el numeral 3.11.1(c) del Pliego de Condiciones y no una Carta de Crédito Stand-By de las que trata el numeral 3.11.1(d). De hecho, en esta Garantía Bancaria emitida por el Banco de Bogotá ni siquiera se menciona como banco emisor al Banco de Crédito del Perú ni se hace referencia al Banco de Bogotá como “banco notificador”. Es decir, se trata de un documento independiente y autónomo respecto de la Carta de Crédito Stand-By que allegó Andino junto con su Oferta.

Solo en el caso en el que el Banco de Bogotá hubiese avalado la Carta de Crédito Stand-By del Banco de Crédito del Perú y se hubiese identificado como banco notificador (todo lo anterior bajo las reglas del numeral 3.11.1(d) del Pliego de Condiciones) y que dichos documentos se hubiesen presentado junto con la Oferta, se habría cumplido por parte de

Andino con la obligación de allegar la Garantía de Seriedad junto con su Oferta antes de la Fecha de Cierre. A riesgo de ser reiterativo, es claro e inequívoco, y así lo reconoce Andino en sus memoriales de respuesta, que dicho Oferente no presentó la Garantía de Seriedad junto con su Oferta antes de la Fecha de Cierre.

Esta situación implica el deber ineludible de la ANI de rechazar la Oferta presentada por Andino por existir la siguiente prohibición legal en el parágrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007:

PARÁGRAFO 3. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

Esta disposición fue replicada por la ANI en el numeral 3.11.8 del Pliego de Condiciones, el cual establece que “*de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, la no presentación de la Garantía de Seriedad de la Oferta junto con la Oferta traerá como consecuencia el rechazo de ésta*”.

2.2 Prohibición legal para que la ANI solicite documentos que no hubiera presentado Andino dentro del término de traslado del informe de evaluación y para Andino de aportarlos extemporáneamente

El pasado miércoles 18 de octubre de 2023 la ANI publicó en el Secop una complementación a su informe de evaluación en el que le solicita a Andino que, a más tardar el lunes 23 de octubre, allegue al proceso los siguientes documentos:

- (a) Documento que demuestre que la persona que suscribe el Compromiso actúa en calidad de representante de la sociedad administradora del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.
- (b) Documento de existencia y representación de la sociedad administradora del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.
- (c) Documento que dé cuenta de la fecha de constitución y duración del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.
- (d) Documento que demuestre que la sociedad GESTORA ENQUI CAPITAL S.A.C es efectivamente la gestora del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.
- (e) Documento donde se establezcan las facultades del comité de inversión del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.

- (f) Documento que demuestre que la inversión es admisible para el fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.
- (g) Carta de Presentación de la Oferta (Anexo 2) incorporando el numeral relacionado con el respaldo de Fondos de Capital Privado.
- (h) Documento donde conste que el fondo ENQUI DELTA UNO S1-23 cumple los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia para los Fondos de Pensiones.

Respetuosamente advertimos a la ANI que este requerimiento desconoce abiertamente el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 (modificado por la Ley 1882 de 2018) que establece que la entidad contratante solo podrá solicitar subsanaciones y documentos adicionales aclaratorios, y que a su vez los oferentes solo podrán allegar dichos documentos de subsanación, dentro del término de traslado del informe de evaluación, el cual venció el pasado 9 de octubre de 2023 para el presente caso. A continuación el texto de dicha prohibición legal:

*Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. **En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección**, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. **Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.** (Resaltado fuera del texto original)*

Se recuerda a la ANI que la Ley 1882 de 2018 modificó la norma anterior que permitía a las entidades y a los oferentes para requerir y entregar, según corresponda, dichos documentos de subsanación o aclaratorios “en cualquier momento, hasta la adjudicación”.

La conducta de la ANI no solo es irregular por la limitación temporal advertida, sino que también resulta a todas luces cuestionable que la ANI pretenda darle una segunda oportunidad a Andino para allegar los mismos documentos que la entidad le solicitó en el primer informe de evaluación publicado en el Secop el 4 de octubre de 2023. Recordemos que dicha entidad ya había solicitado a Andino que acreditara los documentos y requisitos exigidos por los numerales 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4 y 3.12 de Pliego de Condiciones en lo que concierne al Compromiso Irrevocable de Inversión otorgado por el Fondo ENQUI DELTA UNO S1-23, a la existencia de dicho Fondo de Capital de Privado, a la existencia de la

sociedad gestora, su representación legal y a las reglas de administración del Fondo y de dicha Gestora. En esta oportunidad (es decir, en la complementación de informe de evaluación) la ANI sencillamente desagrega individualmente el requerimiento que ya había hecho en una primera oportunidad.

Es decir, este segundo requerimiento de la ANI a Andino es exactamente el mismo que ya se había hecho en el informe preliminar de evaluación. Dicha situación confirma la clara violación de la limitación temporal que introdujo la Ley 1882 de 2018 en materia de subsanabilidad de ofrecimientos y no está amparada en el numeral 6.2 del Pliego de Condiciones por tratarse de documento que ya habían sido solicitados.

Advertimos que el presente memorial se radica ante la ANI sin tener conocimiento respecto de si Andino atendió o no esta segunda oportunidad que artificiosamente le brindó la ANI y que venció el pasado lunes 23 de octubre de 2023 para acreditar los requisitos de su Oferta que no fueron debidamente aportados.

2.3 Imposibilidad para sustituir el Cupo de Crédito Específico por un Compromiso Irrevocable de Inversión si en la Etapa de Precalificación el Oferente no estuvo respaldado por un Fondo de Capital Privado para acreditar Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión

Por último, manifiesta Andino que, en su informe de evaluación, el Comité Evaluador “*no hizo comentario alguno en relación con la posibilidad de presentar un compromiso irrevocable de inversión en caso tal de que no se presentara el cupo de crédito*” por lo que de dicho silencio “*se puede entender que en caso tal de que alguno de los participantes no presentara un cupo de crédito específico, sí podía acudir a la presentación de un compromiso irrevocable de inversión aun cuando no hubiese sido respaldado por un fondo de inversión en la etapa de precalificación*”.

Sobre este particular, respetuosamente informamos a Andino y a la ANI que un error u omisión del Comité Evaluador en el informe preliminar de evaluación no tiene la aptitud de modificar el Pliego de Condiciones.

Tal como se indica en los numeral 3.3 y en el literal (b) del Parágrafo 3º del numeral 3.12.1 del Pliego de Condiciones, son únicamente los Oferentes que hubieran acreditado la Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión de un Fondo de Capital Privado durante la Precalificación a través de una Carta de Inversión quienes podían aportar un Compromiso Irrevocable de Inversión en lugar de un Cupo Específico de Crédito.

Por lo tanto, si Andino pretendía acudir a la figura del respaldo de un Fondo de Capital Privado debió haberlo identificado en su Manifestación de Interés en la etapa de Precalificación, en la cual debió incluir (i) una Carta de Intención del respectivo Fondo y (ii) el Anexo 1 – Carta de Manifestación de Interés indicando que contaba con el respaldo de un Fondo de Capital Privado. En este sentido, es claro que el Proceso de Selección no permite que el respaldo de un Fondo de Capital Privado a un Oferente se acredite en esta etapa sin que dicha situación haya sido previamente acreditada por el Oferente y verificada por la ANI durante la Etapa de Precalificación.

Conforme a lo anterior, para efectos de la sustitución del Cupo de Crédito Especifico en el Proceso de Selección, únicamente aquellos Oferentes que hayan presentado los documentos (i) y (ii) anteriores, demostrando que contaban con el respaldo de un Fondo de Capital Privado en Etapa de Precalificación, podían aportar un Compromiso Irrevocable de Inversión con su Oferta para dar cumplimiento al requisito del numeral 3.12 del Pliego de Condiciones.

3. Peticiones

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, respetuosamente solicitamos a la ANI que:

3.1 Declare como “*no hábil*” la Oferta de Termotécnica en virtud de lo establecido en el literal (q) del numeral 8.6.1 del Pliego de Condiciones por no haberse acreditado la capacidad jurídica del Garante para suscribir el Acuerdo de Garantía entregado junto con su Oferta.

3.2 Rechace la Oferta de Andino (i) por el incumplimiento del deber legal de entregar la Garantía de Seriedad junto con su Oferta y (ii) por no haber atendido oportunamente el requerimiento de subsanación que le hizo la ANI en el informe preliminar de evaluación.

Cordialmente,



Ramón Ignacio Pereira Visbal

Representante Común de la Estructura Plural “Aeropuerto de Cartagena de Indias”
C.C. No. 73.099.753 de Cartagena