

Bogota D C , julio 18 de 2013



Doctor
LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO
Presidente
AGENCIA NACIONAL DE LA INFRAESTRUCTURA -ANI
Avenida Calle 26 Nro 59-51 Edificio Torre 4 y/o
Calle 24A Nro 59-42 Torre 4
Ciudad

Ref Invitación a precalificar No VJ-VE-IP-005-2013

Asunto Respuesta a las observaciones presentadas por otros manifestantes a la
manifestación de interés de la Estructura Plural SAC VT

Respetados señores

En mi calidad de apoderado comun de la Estructura Plural SAC VT, integrada por SACYR CONCESIONES COLOMBIA S A S, CONCESIA S A S y MC VICTORIAS TEMPRANAS S A S , y encontrandome dentro del plazo establecido en la Invitación a Precalificar No VJ-VE-IP-005-2013 (en adelante Invitación a Precalificar) para *“presentar las respuestas por parte de los Manifestantes a las observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes”*, procedo a hacer las siguientes consideraciones y a dar respuesta a las observaciones presentadas por otros manifestantes sobre documentos de nuestra manifestación de interes

I Consideraciones generales sobre el informe de evaluación

Se advierte claramente que en el “INFORME DE EVALUACIÓN DE REQUISITOS DE CAPACIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD FINANCIERA Y EXPERIENCIA EN INVERSIÓN”, publicado en el SECOP por la ANI el 5 de julio de 2013, se habilita (folios 3, 66 a 71 plenamente a todos y cada uno de los integrantes de la Estructura Plural SAC VT, sin que la ANI haya formulado observacion alguna sobre los requisitos y/o documentos presentados para acreditar la capacidad juridica, capacidad financiera y experiencia en inversion de tales integrantes

De esta forma, compartimos plenamente lo indicado en el mencionado informe respecto de la Estructura Plural SAC VT y, por esta razón, no se presentan observaciones al mismo

II Antecedentes

En las invitaciones a precalificar VJ-VE-IP-001 y VJ-VE-IP-002 de 2013 la ANI fijo su posición frente a estas situaciones al haber considerado que nuestra Manifestacion de Interes cumplia con los requisitos exigidos, la cual reitero manteniendo habil a la estructura plural SAC VT despues de analizar comentarios del mismo tenor de los que se responden en esta comunicacion. De hecho, dichas listas cortas ya fueron conformadas. No obstante lo anterior, a continuación transcribimos las respuestas dadas en los

procesos mencionados, a las mismas observaciones hechos por otros participantes, que aplican en su totalidad a las presentadas por el observante

III Respuesta a las observaciones presentadas por otros manifestantes

A pesar de que la ANI como ente evaluador de los requisitos habilitantes determinó que la manifestación de interés presentada por la Estructura Plural SAC VT cumple con los mismos, otros manifestantes presentaron observaciones respecto de dicha manifestación de interés las cuales procederemos a responder en los siguientes términos

3.1 Respuesta a las observaciones presentadas por los manifestantes de Estructura Plural Autopistas del Nordeste SPV, integrada por KMA Construcciones S A , Ortiz Construcciones y Proyectos S A sucursal Colombia y Equipo Universal S A

Esta estructura plural señala que la manifestación de interés debía ser autenticada por contener un poder especial. Al respecto cita el artículo 5 del Decreto 019 de 2012, norma que establece que los poderes especiales no se presumen auténticos a menos que hayan sido autenticados ante Notario Público

De tal regla, en las observaciones pretende extraerse la siguiente conclusión *"Por lo anterior, al no conferirse el poder especial a los apoderados comunes en cumplimiento de los requisitos legales (nota de presentación personal ante notario de los mandantes), éstos no cuentan con la capacidad jurídica de representación para presentar la propuesta, ()"* (Paréntesis fuera de texto)

No compartimos la observación comentada por las siguientes razones

- (i) En primer lugar, la observación confunde la validez y eficacia del acto de apoderamiento con la autenticidad de los poderes especiales. La validez y eficacia de un acto de apoderamiento, como la de cualquier otro acto o negocio jurídico, depende de que en su celebración se hayan reunido las condiciones generales y especiales de existencia, validez y eficacia establecidas en la ley respecto del mismo

Así, en el caso del acto de apoderamiento, basta con que sus otorgantes sean capaces jurídica y legalmente, que el acto tenga objeto y causa lícitos y que hayan expresado un consentimiento libre de vicios para que el acto sea existente, válido y eficaz. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 836 del Código de Comercio, el apoderamiento es un acto jurídico consensual, salvo en el caso en el que el poder se confiera para la celebración de un contrato que por disposición legal deba constar en escritura pública, evento en el que el poder debe ser otorgado mediante escritura pública o documento privado autenticado ante Notario Público

Es falso, por lo tanto, que la autenticación sea un requisito para la validez o eficacia del acto de apoderamiento contenido en la manifestación de interés, pues el objeto de la misma no es la celebración de un contrato que deba constar en escritura pública

Cosa distinta es el valor probatorio de dicho acto de apoderamiento. De conformidad con los artículos 5 y 25 del Decreto 019 de 2012, todos los documentos privados que se presenten en el curso de actuaciones administrativas se presumen auténticos, salvo los poderes especiales.

La autenticidad no es requisito para la validez o eficacia de los documentos, sino una condición que consiste, de acuerdo a lo establecido en el artículo 244 del Código General del Proceso, en que exista "*certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento*".

El hecho de que un documento no se presuma auténtico no afecta en nada su valor probatorio, es decir, su idoneidad para demostrar la veracidad de las declaraciones y acuerdos contenidos en el mismo. Al respecto, el artículo 260 del Código General del Proceso dispone:

"ARTÍCULO 260 ALCANCE PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. Los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes como respecto de terceros"

La única diferencia entre los documentos públicos y los privados es que mientras los primeros se presumen auténticos en todos los casos, los segundos solo se presumen auténticos en ciertos casos señalados en la ley. Como se ve, esta diferencia no afecta en nada su valor probatorio, a menos que se esté en capacidad de demostrar su falsedad.

En este caso no se ha demostrado, ni puede demostrarse, la falsedad del acto de apoderamiento contenido en la manifestación de interés. En consecuencia, dicho acto de apoderamiento es válido, eficaz y tiene pleno valor probatorio.

- (ii) Respecto de la Sentencia C-634 de 2012, que los observantes citan para sustentar su posición, cabe señalar que, tratándose de una decisión inhibitoria, este pronunciamiento no constituye un precedente jurisprudencial que tenga relevancia alguna para la interpretación de estas normas.

En todo caso, vale la pena resaltar que en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional señala, *obiter dicta*, que la posibilidad de requerir la autenticación de poderes especiales no constituye una novedad por cuanto "*antes de la expedición del artículo 25 del Decreto Ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de poderes especiales ()*" (Subrayas fuera de texto).

Es claro, entonces, que la autenticación de los poderes especiales es un requisito que se puede exigir por las autoridades públicas y no que se deba exigir, como erróneamente asumen los observantes. Cuando no es exigida, porque no exista norma legal o una regla en los documentos que regulen el proceso contractual que así lo disponga, no se puede considerar que sea un requisito, mucho menos uno de carácter habilitante.

- (iii) En caso de que la ANI hubiera considerado necesario solicitar la autenticación del acto de apoderamiento contenido en la manifestación de interés, estaba legalmente obligada a señalarlo expresamente en los documentos de la invitación

Al respecto, el literal a) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, aplicable por remisión expresa del inciso final¹ del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, dispone que en los pliegos de condiciones “*se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección*”

Los documentos de la invitación no establecieron en parte alguna que las manifestaciones de interés debieran ser autenticadas. Entendemos que la ANI no estableció este requisito por entenderlo como superfluo para este proceso de precalificación en particular, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que dispone

“Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales” (Subrayas fuera de texto)

En este caso, la ley especial que rige estos procedimientos, que es la Ley 1508 de 2012, no dispone que en los procesos de precalificación deban presentarse manifestaciones de interés o poderes autenticados

Bien hizo la ANI al no requerir que la pretendida falta de autenticación de la manifestación de interés fuera subsanada, pues es un requisito que ni está en la ley especial que rige estos procesos ni fue establecido en el documento de invitación

- (iv) Lo anterior se confirma teniendo en cuenta que este punto se puso manifiestamente de presente a la ANI, y tal entidad insistió en que no era necesaria la autenticación ni el cumplimiento de ninguna otra formalidad respecto de las manifestaciones de interés

En efecto, en la matriz 3 “De contestación a observaciones jurídicas”, publicada por la ANI en el SECOP el 17 de abril de 2013, se señala lo siguiente

“Pregunta 65 CLAUDIA PATRICIA BARRANTES

“Atendiendo los requerimientos de la ANI para presentar la manifestación de interés, vemos la necesidad que se aclaren las formalidades para la presentación del poder especial que acredita al apoderado común de los integrantes de la Estructura Plural. Para efectos de la validez en el proceso, el

¹ “Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley ”

poder requiendo para todas las actuaciones exigidas por la ANI, puede ser otorgado bajo alguno los siguientes lineamientos

"i) Es suficiente con la suscripción de la carta de manifestación de interés del Anexo 1 por parte de los representantes de legales de cada uno de los integrantes de una Estructura Plural, para conferir poder al apoderado comun, sin requerir ninguna formalidad adicional, por ejemplo presentación personal o reconocimiento de firma y contenido ante notario El artículo 25 del Decreto Ley 019 de 2012 elimina la autenticación y reconocimiento de documentos privados, salvo para los poderes especiales, o

"ii) Es necesario que la carta de manifestación por conferir poder especial al apoderado de la estructura plural, para que ejerza el respectivo mandato con representación, deba tener la formalidad de reconocimiento de firma y texto ante notario por cada uno de los representantes legales "

Frente a lo cual la ANI contesto con claridad meridiana

"El apoderado comun 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" (Negrillas y subrayados son nuestros)

- (v) No podemos dejar de observar que la interpretación que se propone en la observación comentada es contraria al principio de economía que rige los procedimientos contractuales. Al respecto, el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone

"2o Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias" (Subrayas fuera de texto)

- (vi) De otra parte, se llama la atención de que la ANI fijó su posición sobre este mismo tema para las Invitaciones a precalificar VJ-VE-IP-001 y VJ-VE-IP-002 del 2013, cuyas listas cortas ya fueron conformadas, habilitando indiscutiblemente a la estructura plural SAC VT, con base en los siguientes argumentos

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

artículo 65 del código de procedimiento civil, que dispone lo siguiente "ARTÍCULO 65 PODERES Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podrán conferirse por escritura pública En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros "El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda "Los poderes o las sustituciones de éstos podrán extenderse en el exterior, ante Consul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello, en este último caso su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 259 "Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorgue hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquélla y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias De la misma manera se procederá cuando quien confiere el poder, sea apoderado de otra persona " Acorde con las normas anteriormente transcritas, y teniendo en cuenta que la ANI señaló, al responder las observaciones, en la matriz tres de respuestas jurídicas, publicada el 17 de abril de 2013, el siguiente contexto "El apoderado común de la estructura plural es quien representa a sus integrantes y deberá ser designado en el anexo 1 de la Invitación a Precalificar, sin que se requiera mayores formalidades o solemnidades a la que este suscrito por todos los miembros de la estructura plural, en la medida que es un documento de origen privado que regula las relaciones de quien lo suscribe" Se concluye que la ANI estableció el requisito del apoderado común, con el alcance previsto en el artículo 2142 del código civil y no con el establecido en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, y por lo tanto, el artículo 5 del decreto 019 de 2012 no es aplicable, porque en este caso, el apoderado era un representante de los integrantes de la estructura plural, pero no para los efectos de la representación judicial, para los cuales la ley exige la formalidad de la presentación personal Además que dicha norma artículo 5 del decreto 019 de 2012, se debe entender en el sentido de que las autoridades no deben efectuar exigencias adicionales a las que la ley haya establecido, por cuanto ha señalado de manera expresa que esa norma es aplicable para poderes judiciales Así las cosas, **el acto de apoderamiento a través del Anexo 1, no requiere formalidad alguna distinta a la de la firma de los representantes de los integrantes, por cuanto esa fue la instrucción planteada en la invitación a precalificar y en sus anexos**" (Negrillas son nuestras) (Ver informe final de evaluación VJ-VE-IP-001 y VJ-VE-IP-002, respuesta No 62, folios 44 a 45, para ambas invitaciones)

- (vii) En gracia de discusión, de considerar la ANI que el requisito de la autenticación es indispensable respecto de la manifestación de interés, bien puede señalarlo y requerir la respectiva subsanación Es evidente que este no es un requisito que sea necesario para la comparación de las manifestaciones de interés, razón por la cual puede ser subsanado en cualquier momento anterior a aquel en que se determine el orden de precalificación

Así se desprende del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece

"La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación" (Subrayas fuera de texto)

En consecuencia, si la ANI considera necesario cumplir con dicho trámite, se observa que el 14 de junio de 2013 con radicado No 2013-409-023078-2, se allegó el poder especial conferido por todos los integrantes de la Estructura Plural a quienes obran como apoderados comunes en la presente Invitación, la cual solicitamos que sea tenida en cuenta por la ANI

3 2 Respuesta a la observación presentada por la Estructura Plural Autopistas del Nordeste SPV, integrada por KMA Construcciones S A , Ortiz Construcciones y Proyectos S A sucursal Colombia y Equipo Universal S A sobre la supuesta "Ausencia de Capacidad Jurídica de CONCESIA S A S para presentarse a la invitación a precalificar"

En opinión del referido manifestante, el objeto social del CONCESIA S A S , integrante de la Estructura Plural SAC VT, "no incluye" las actividades de diseño, construcción, financiación, operación y reversión para el corredor objeto de la Invitación a Precalificar, por lo tanto supuestamente "no tiene la capacidad jurídica suficiente para hacer parte del proceso de invitación"

Ahora bien, el número romano (iii) del literal a) numeral 3 4 3 de la Invitación a Precalificar establece que

"El objeto social deberá incluir o permitir desarrollar el objeto de la presente Invitación y la ejecución del Proyecto " (Negrillas fuera de texto)

Al respecto basta observar que el objeto social de CONCESIA S A S es el siguiente

"El objeto social es el de estructurar proyectos de participación privada en infraestructura para que la sociedad, sus socios o terceros puedan invertir en ellos, y cualquier actividad lícita relacionada, conexas o que sea conveniente para el buen cumplimiento y desarrollo del objeto social principal " (Negrillas y subrayados son nuestros)

En materia de objeto social, debe tenerse en cuenta que, como lo ha señalado la doctrina de la Superintendencia de Sociedades en numerosas ocasiones, existe tanto un objeto social principal, que en este caso es la participación privada en proyectos de infraestructura, como un objeto social complementario, que consiste en la realización de todos aquellos actos que guarden una relación de medio a fin con el objeto social principal. En este caso, es evidente que si la sociedad tiene por objeto principal estructurar e invertir en proyectos de participación privada de infraestructura, claramente puede desarrollar todas las actividades necesarias para los mismos, incluyendo las de diseño, construcción, financiación, operación y reversión que mencionan las observantes

En consecuencia, no se requiere de mayor análisis para concluir -con una simple comparación entre los apartes resaltados del requerimiento de la Invitación a Precalificar y del objeto social antes transcritos- que CONCESIA S A S tiene plena capacidad jurídica para participar en el presente proceso, dado que su objeto social es precisamente adelantar proyectos en el marco de la Ley 1508 de 2012 y por lo tanto puede desarrollar el proyecto de que trata la Invitación a Precalificar

Finalmente, se observa que la ANI ya fijó su posición sobre este mismo tema para las Invitaciones a precalificar VJ-VE-IP-001 y VJ-VE-IP-002 del 2013, cuyas listas cortas ya fueron conformadas, habilitando indiscutiblemente a la estructura plural SAC VT, con base en los siguientes argumentos

*"Realizada la revisión de la información contenida en la manifestación de interés y en la contraobservación (réplica) presentada por el Manifestante, se encuentra que en el certificado de cámara de comercio, obrante a folio 008, el objeto social expresa que "es el de estructurar proyectos de participación privada en infraestructura para que la sociedad, sus socios o terceros puedan invertir en ellos y cualquier actividad comercial lícita relacionada, conexa o que sea conveniente para el buen cumplimiento y desarrollo del objeto social principal", por lo tanto, **al referirse a actividades conexas se evidencia que la sociedad sí tiene la capacidad jurídica para presentarse a la precalificación**" (Negritas fuera de texto) (Ver informes finales de evaluación Invitación a precalificar No VJ-VE-IP-001 y VJ-VE-IP-002, respuesta No 63, folio 45, para ambas invitaciones)*

3 3 Respuesta a la observación presentada por la Estructura Plural Autopistas del Nordeste SPV, integrada por KMA Construcciones S A , Ortiz Construcciones Y Proyectos SA Sucursal Colombia y Equipo Universal SA sobre la supuesta indebida acreditación de la experiencia en inversión, y la Estructura Plural Concesionaria Remedios- Caucaasia, integrada por Odebrecht Participaciones e Inversiones S A , Episol S A y Odebrecht Latinvest Colombia S A S

Las referidas Estructuras Plurales soportan su observación en el infundado argumento de que las certificaciones presentadas para acreditar la experiencia en inversión "no expresan el valor monetario de los cierres financieros, sino que hacen relación a un número de 'Unidades de Fomento' cuyo valor es desconocido e indeterminable"

Nos apartamos de la referida observación por cuanto el requisito habilitante consiste en acreditar el valor de los desembolsos y no del cierre financiero. En este sentido, de manera precisa y detallada en los numerales novenos del certificado emitido por la entidad acreedora, el Banco del Estado de Chile, y del certificado emitido por la entidad deudora, la Sociedad Concesionaria Valles del Desierto S A , se indicó el valor total de los desembolsos del crédito en pesos chilenos y en dólares de los Estados Unidos de América. Igualmente, en los numerales cuartos de esas mismas certificaciones, se indicaron las fechas de cada uno de los desembolsos, el valor en pesos chilenos, el valor en dólares y los totales acumulados en dólares y en pesos chilenos.

De esta forma, tal y como lo evaluó la ANI, la Estructura Plural SAC VT cumple plenamente con la experiencia en inversión exigida como requisito habilitante para la Invitación a Precalificar, en virtud de las declaraciones contenidas en las certificaciones antes indicadas.

Por ultimo, se advierte sobre el hecho de que la ANI ya fijó su posición sobre este mismo tema para las Invitaciones a precalificar VJ-VE-IP-001 y VJ-VE-IP-002 del 2013, cuyas listas cortas ya fueron conformadas, habilitando indiscutiblemente a la estructura plural SAC VT, con base en los siguientes argumentos

*"Realizada la revisión de la información contenida en la Manifestación de interés, específicamente la obrante a folios 42, 43 y 44, se aclara **que las certificaciones aportadas contienen la información requerida para evaluar la experiencia en inversión en lo referido la fecha y al valor de los desembolsos** Se aclara además que para efectos de la evaluación de experiencia en inversión se realizaron los respectivos cálculos de conversión de monedas e indexación a 31 de diciembre de 2012, y a partir del resultado se puede verificar que esta manifestación de interés cumple con los requisitos de experiencia exigidos en la invitación a precalificar" (Negrillas fuera de texto) (Ver informes finales de evaluación Invitación a precalificar No VJ-VE-IP-001 y VJ-VE-IP-002, respuesta No 64, folio 46, para ambas invitaciones)*

Para efectos de colaborar con el desarrollo de las invitaciones a precalificar y proporcionarle a la ANI las herramientas que permitan dejar total transparencia respecto a nuestros argumentos, actuaciones y observaciones de los demás proponentes, mediante radicados 2013-409-023076-2, 2013-409-023077-2, 2013-409-023078-2, 2013-409-023079-2, 2013-409-023080-2, 2013-409-023081-2, 2013-409-023082-2, 2013-409-023083-2 y 2013-409-023084-2 hicimos entrega de los poderes especiales autenticados y certificaciones expedidas por Standard & Poors, teniendo en cuenta que dichas acciones no significan que reconozcamos como procedentes las observaciones que en su momento formularon a las manifestaciones de interés, relacionadas con los mismos puntos

Por las respuestas brindadas a las observaciones presentadas por los otros Manifestantes en la Invitación a Precalificar y con fundamento en las consideraciones de la ANI en su informe de evaluación, se concluye que la Estructura Plural SAC VT y sus integrantes cumplen con todos y cada uno de los requisitos habilitantes

Por ultimo, no queremos dejar de mencionar el compromiso adquirido por todos los manifestantes en virtud de la Carta de Compromiso de Probidad, de "no utilizar en la etapa de revisión de la Manifestacion de Interes o de evaluacion de las Ofertas argumentos carentes de sustento probatorio para efectos de buscar la descalificación de competidores" Le rogamos a la ANI considerar las medidas que deban tomarse frente a quienes han incumplido esta obligación

Cordialmente,



Francisco Lozano
Apoderado Comun
Estructura Plural SAC VT