

Bogotá D.C., 16 de julio de 2013

Señores

Agencia Nacional de Infraestructura

Atn. Luis Fernando Andrade

Presidente

Avenida Calle 26 No. 59-51

Bogotá D.C.

Asunto: Respuestas a observaciones presentadas al Informe de Evaluación de Requisitos de Capacidad Jurídica, Capacidad Financiera y Experiencia en Inversión – Proceso No. VJ-VE-IP-011-2013.

Respetados Señores,

En mi calidad de apoderado de la Estructura Plural Cintra Infraestructuras Colombia S.A.S. e Intervial Colombia S.A.S., y dentro del término establecido para presentar las respuestas a las observaciones al Informe de Verificación de los Requisitos Habilitantes, por medio del presente escrito me permito de manera respetuosa presentar las respuestas a las observaciones al Informe de Evaluación, que exponemos a continuación.

1. Respuesta a las observaciones realizadas por el Manifestante No. 18 - Estructura Plural Concesionaria Vial del Mar.

1.1. Observación:

En la Manifestación de Interés de la Estructura Plural, a folios 233 y 314 se acredita el contrato de orden No. 4 de Proyecto de Infraestructura. En los documentos que reposan en los folios antes mencionados, se encuentra la certificación de la entidad contratante a folios 249 a 261. No obstante lo anterior, dicho certificado no cuenta con todo lo exigido por la Invitación pues no manifiesta si el contrato en mención ha sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento. Por lo tanto, este contrato no debe ser tenido en cuenta.

1.2. Respuesta:

Si bien es cierto que en la Certificación expedida por la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME- no se indica textualmente que el contrato no ha sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento del contratista, basta con observar el numeral cuatro (4) de dicha certificación para saber que efectivamente el contrato no ha sido

UB

terminado ni por caducidad ni por incumplimiento; pues en la certificación se señala expresamente que: “*El proyecto UPME-02-2003 entró en operación el 30 de mayo de 2007, 4 meses antes de la fecha prevista en La Resolución CREG 002 del 2004 (01 de octubre de 2007), y actualmente es operado y mantenido por ISA*”.

En este orden de ideas y de conformidad con el artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012 que desarrolló el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, la certificación de la entidad contratante para el proyecto UPME-02-2003 cumple con todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Documento de Invitación, incluido el que señala que el contrato no ha sido terminado por caducidad ni por incumplimiento del contratista. Las altas cortes han desarrollado el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política.

En pronunciamiento reciente de la Corte Constitucional, se ha explicado respecto del fin de las formalidades que: “*En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha señalado que la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio no puede servir al propósito de hacer que las ritualidades procesales se conviertan en un fin en sí mismas, pues la prevalencia del derecho sustancial impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos de las partes y demás intervinientes en los procesos*”.¹

Un año antes, la misma Corte había señalado respecto de la sujeción de las formalidades a lo sustancial que: “*(...) puede generarse una tensión aparente entre el respeto por la plenitud de las formas del juicio y la prevalencia del derecho sustancial, que supone una subordinación de los procedimientos al derecho material. La solución a esta tensión se encuentra en la concepción de las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismas*”.²

La posición acogida por la Corte Constitucional coincide con aquella que el Consejo de Estado ha reiterado desde hace más de una década, en Sentencia de 1998: “*Para el estudio de las propuestas que se aparten de alguna de las exigencias del pliego de condiciones, esta Sección, con la lógica de lo razonable, ha entendido que la entidad contratante puede tener un manejo flexible del mismo, cuando el apartamiento del proponente no sea de requisitos sustanciales ni determinantes de las condiciones de contratación*”.³(se subraya)

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-531/10. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia de 25 de junio de 2010.

² Corte Constitucional. Sentencia T-264/09. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia de 3 de abril de 2009.

³ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 10217. Sentencia de junio 19 de 1998.

El Mismo Consejo de Estado en providencia de 1997: *“No todos los detalles exigidos para la presentación de un [sic] propuesta, inciden en la validez de la misma, porque una cosa es que la propuesta no contenga los documentos necesarios y más si son objeto de la evaluación, y otra es que los mismos difieran de la formalidad exigida, pero permitan de todas maneras suministrar la información sustancial que se persigue con su otorgamiento, caso en el cual se tornan en omisiones no esenciales que permiten la consideración de la propuesta”*.⁴ (se subraya)

De los anteriores pronunciamientos de los altos tribunales, se concluye que es posible que los documentos entregados difieran de la formalidad exigida siempre y cuando la información sustancial obre en la propuesta (en este caso en la manifestación de interés), pues lo sustancial prevalece siempre sobre lo formal. Por lo tanto, y pese a que la certificación expedida por la UPME no dice textualmente que el contrato no ha terminado por caducidad ni por incumplimiento, del contenido de la misma es inequívoco que éste se encuentra en plena ejecución ya que señala expresamente que el contrato sigue vigente y en operación por parte de ISA.

Únicamente con el fin de aclarar cualquier duda al respecto, nos permitimos anexar la certificación expedida por la empresa XM S.A. E.S.P.⁵ el 16 de julio de 2013 en la que

⁴ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10402. Sentencia de diciembre 18 de 1997.

⁵ La UPME es la entidad encargada de la planificación del sistema eléctrico, teniendo entre sus funciones fundamentales la elaboración del plan de expansión de transmisión y, por delegación del Ministerio de Minas y Energía, el manejo de los procesos de convocatoria para la ejecución de los proyectos que resultan del plan. De esta forma, las funciones de la UPME en cuanto a los proyectos que se ejecutan por convocatoria, como es el proyecto UPME-02-2003, es definirlos en el Plan, elaborar y publicar los documentos de selección correspondientes, adjudicar la ejecución del proyecto, y, conjuntamente con el Interventor seleccionado, hacer seguimiento a la ejecución del mismo hasta que éste entre en operación y tres meses más (para verificar que no hayan quedado problemas de la construcción del proyecto).

Durante la operación del proyecto, la entidad que toma relevancia y vela por la debida ejecución contractual es XM, quien es el responsable de la planeación, coordinación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos del Sistema Interconectado Nacional, teniendo como objetivo una operación segura, confiable y económica, con sujeción a la reglamentación vigente y los acuerdos del CNO. De esta forma, XM es la entidad que tiene conocimiento de la forma como las empresas operan sus instalaciones y si lo hacen cumpliendo con la normatividad vigente, en términos de seguridad, calidad, confiabilidad y economía.

Ver artículo 1° del Decreto 848 de 2005, por el cual se autoriza la creación de XM y se asignan sus funciones.



hace constar que el proyecto UPME-02-2003 se encuentra actualmente en operación y no ha sufrido ningún atraso.

Pese a que, como quedó plasmado en los argumentos esgrimidos anteriormente, el contrato UPME-02-2013 sí debe ser tenido en cuenta para la acreditación de la Experiencia en Inversión, por cuanto las certificaciones aportadas cumplen con los requisitos establecidos en el Documento de Invitación, en el caso hipotético de que no llegara a ser tenido en cuenta, con los otros contratos (M3 Clonee North of Kells, Auto Estradas Norte Litoral y SH 130) bastará para acreditar la experiencia requerida por ANI.

2. Respuesta a las observaciones realizadas por el Manifestante No. 16 - Estructura Plural Autopistas del Mar Caribe SPV.

2.1. Observación:

Los actos de apoderamiento no cumplen con las formalidades de ley para que tengan efectos en el proceso de precalificación, pues el Documento de Invitación establece que los integrantes de la estructura plural deben conferir poder a un apoderado común. Dicho poder debe contar con el reconocimiento notarial de presentación personal de quienes confieren el mandato.

2.2. Respuesta:

En el literal (b) del numeral 2.2.1. del Documento de Invitación, se establece que los integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de sus integrantes en los siguientes términos:

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

Al aclarar la duda generada sobre la forma de acreditar la designación de apoderado común, la ANI en las respuestas a las observaciones al Documento de Invitación de los procesos de precalificación No. VJ-VE-IP-001-2013 y VJ-VE-IP-002-2013 (ver respuestas No. 12, 18, 22 y 79 de la Matriz 1 de Contestación a observaciones jurídicas de fecha 20 de marzo de 2013) señaló que no se requería aportar ninguno de los siguientes:



- (i) Documento de constitución de la Estructura Plural en donde conste la designación del apoderado común;
- (ii) Poder (general ni especial) alguno a través del cual se formalizara dicha designación.

Lo anterior porque debía ser a través de la suscripción de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés (anexo 1) que los miembros de la E.P. designaran al apoderado común; la cual sí es imperativo que deba estar suscrita por todos y cada uno de los integrantes de la Estructura Plural.

La ANI aclaró que la designación del apoderado común se realiza en la Carta de Manifestación de Interés *“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.”* (Ver respuesta No. 65, Matriz 3 de Contestación a observaciones jurídicas).

De lo expuesto anteriormente se concluye que:

- (i) Para la designación del apoderado común basta con la presentación de la Carta de Manifestación de Interés,
- (ii) No se requiere aportar poder alguno (ni general, ni especial),
- (iii) El requisito de presentación personal para la firma del Anexo 1 es innecesario, y
- (iv) Tampoco se requiere que las firmas de la Carta de Manifestación de interés hayan sido autenticadas, ni que contenga reconocimientos de firmas ni ninguna otra solemnidad.

No obstante lo anterior, de manera voluntaria los representantes legales de los Integrantes de la Estructura Plural, previo a la presentación de la Manifestación de Interés, otorgaron poder especial ante Notario Público al doctor Jorge Iván López Betancur, apoderado común de la Estructura Plural para el proceso No. VJ-VE-IP-011-2013. Como prueba de lo anterior se adjunta copia auténtica del poder conferido, con presentación personal ante Notario, por el representante legal de Cintra Infraestructuras Colombia S.A.S. el 20 de mayo de 2013, y por el representante legal de Intervial Colombia S.A.S. el 17 de mayo de 2013.

Ahora bien, reiteramos que no deberíamos adjuntar esta información por los argumentos ya suficientemente ilustrados, no obstante, y únicamente con el fin de demostrar más allá de cualquier duda que el apoderado común contaba con el poder suficiente para representar a

los miembros de la Estructura Plural es que adjuntamos el poder especial, otorgado al señor Jorge Iván López Betancur el pasado 20 de mayo de 2013.

Cordialmente,



Jorge Iván López Betancur

Apoderado Común

Estructura Plural Cintra Colombia Infraestructuras S.A.S e

Intervial Colombia S.A.S