

**Régimen de acreditación de experiencia por sucursales de empresas extranjeras en la
Contratación Pública Colombiana: entre el incumplimiento legal y contractual**

Monografía de Investigación

Para obtener el título de Pregrado como Abogada

PRESENTADO POR:

Constanza Julieta Rosales Parra

PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
Derecho
Bogotá
2018

CONTENIDO

Resumen	3
Palabras Claves:.....	3
Introducción.....	4
CAPÍTULO I.....	7
Naturaleza jurídica de las sucursales y su relación con las sociedades matrices en el ordenamiento jurídico colombiano.....	7
1.1 Definición y naturaleza jurídica de las Sucursales en el ordenamiento normativo colombiano.....	10
1.2 Relación Sucursal – Matriz.....	17
CAPÍTULO II. La Invocación de Méritos.....	22
2.1 La experiencia en los procesos de selección pública en Colombia	22
2.1.1 La experiencia como requisito habilitante y su forma de acreditación	23
2.1.2 La experiencia como requisito ponderable: Concurso de Méritos.	31
2.2 La Invocación de Méritos	38
2.2.1 Definición.....	38
2.2.2 La invocación de méritos dentro del ordenamiento jurídico colombiano.	40
2.2.3 La invocación de méritos en sistema jurídicos comparados: Caso España.....	49
Capítulo III: Casos de Estudio.....	52
Conclusiones.....	63
BIBLIOGRAFÍA	67

Resumen

La regulación de la participación de empresas extranjeras en procesos de contratación en Colombia suele presentar vacíos normativos que terminan en tratamiento diferente de los extranjeros dependiendo del operador contractual de turno. Un caso de ello ha sido la *invocación de méritos* por sucursales de empresas extranjeras. Es decir, la posibilidad de que las sucursales de empresas extranjeras puedan acreditar la experiencia de su matriz para participar en un proceso de selección. En el presente trabajo de investigación se estudia la figura de la invocación de méritos, su reglamentación y consecuencias de aplicación o inaplicación.

Palabras Clave:

Contratación pública, invocación de méritos, sucursal, experiencia

Introducción

La contratación pública en Colombia tiene como finalidad el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación del servicio público y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Para ello requiere de la participación de los particulares como colaboradores del Estado¹ con el fin de la ejecución de los contratos estatales.

Debido a los procesos de globalización comercial y la suscripción de acuerdos comerciales internacionales por Colombia, esa colaboración de los particulares como contratistas cada vez incluye más la participación de empresas de origen extranjero, lo que en principio implica mayor competitividad en los procesos de selección. Sin embargo, estas empresas se han convertido en protagonistas de escándalos de incumplimientos y corrupción en la contratación pública colombiana, tal como lo fue el caso de Electricaribe, los incumplimientos y tarifas de Metroagua, las controversias sobre la Ruta del Sol, los Juegos Nacionales del Tolima, entre otros tantos.

Son varias las causas que se han reconocido para estos fenómenos, sin embargo, en el presente trabajo de investigación quisiera ahondar en una en particular referida a la participación en los procesos de contratación de las llamadas “empresas de papel”. Es decir, se afirma que las empresas extranjeras no se comprometen directamente en la contratación con el Estado Colombiano, sino que constituyen sucursales, agencias o sociedades del mismo grupo empresarial, las cuales dan cumplimiento de los requisitos para la contratación con la acreditación de los indicadores de las matrices, pero se vincula jurídicamente el patrimonio

¹ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993

de estas “nuevas empresas” que, en el territorio colombiano, en algunos casos, ni siquiera oficina tienen.

Puntualmente, uno de los debates jurídicos que ha surgido en la materia es la posibilidad de acreditar la experiencia de la matriz por parte de las sucursales, pues los otros indicadores referidos a personal y recursos pueden ser fácilmente transferidos de una sociedad a otra. Luego de muchas controversias y debates jurídicos al respecto, en instancia administrativa, la Agencia de Contratación -Colombia Compra Eficiente-, en la Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación, señaló que la experiencia de las personas jurídicas es intransferible de manera que prohibió que la experiencia de las matrices, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial fuera acreditada por un proponente, dando como excepción únicamente la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios cuando la sociedad tiene menos de tres años de constitución. En cuanto a la posibilidad de acreditar la experiencia de las matrices por parte de las sucursales no estableció ninguna posición.

Ahora bien, la posición del citado documento no parece acabar con el debate, pues el proyecto de Circular Externa Única publicada recientemente por Colombia Compra Eficiente, en donde, luego de compilar circulares y guías previas, no se incluye ningún pronunciamiento respecto a la transferencia de experiencia.

El debate de orden jurídico se mantiene a partir de la definición de Sucursal que el legislador incluyó en el artículo 263 del Código de Comercio colombiano, que, en reiteración por varios conceptos de la Superintendencia de Sociedades, se ha afirmado que las sucursales y matrices son una sola persona jurídica, y como tal, en principio las características de la una son de la otra.

En el marco de la situación actual sobre los contratos siniestrados de empresas extranjeras, representadas en muchos casos por sucursales de estas, en el presente trabajo de investigación se analizará desde la perspectiva jurídica la viabilidad de que las sucursales de empresas extranjeras acrediten la experiencia de sus sociedades matrices para la participación en procesos de contratación en Colombia. Frente a esto último planteo como pregunta de investigación la siguiente: ¿el régimen jurídico de la contratación pública en Colombia permite la acreditación de la experiencia de las matrices extranjeras por las sucursales que dichas empresas constituyen en territorio colombiano?

A pesar de la posición expuesta por Colombia Compra Eficiente, citada en párrafos anteriores, establezco como hipótesis del presente trabajo de investigación que la acreditación de la experiencia de las matrices extranjeras por las sucursales que constituyen en el territorio colombiano debe ser permitido en los procesos de contratación pública, en la medida que no se trata de una transferencia de experiencia sino de la acreditación de la experiencia de una sola persona jurídica. Ahora bien, también me permitiré hacer un análisis de conveniencia respecto de dicha postura a lo largo de la investigación, sin perder de vista la perspectiva jurídica.

CAPÍTULO I.

Naturaleza jurídica de las sucursales y su relación con las sociedades matrices en el ordenamiento jurídico colombiano

La Constitución Política colombiana, al definir el marco económico general, estableció el principio de Libertad de Empresa señalando que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro del bien común” (Constitución Política, 1991, Art. 333).

La recientemente derogada Ley 232 de 1995 bajó a rango de ley la disposición constitucional de libertad de empresa, al señalar que “ninguna autoridad podrá exigir licencia o permiso de funcionamiento para la apertura de los establecimientos comerciales definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, o para continuar con su actividad si ya la estuvieren ejerciendo, ni exigir el cumplimiento de requisito alguno, que no esté expresamente ordenado por el legislador”².

En este sentido, a pesar de que la actividad comercial ha sido regulada dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la regla general de dicha normativa es la libertad en el ejercicio de actividades lícitas sin permisos ni requisitos previos. La normativa comercial se ha enfocado en generar herramientas para el ejercicio de la actividad comercial dentro del territorio colombiano, incluyendo, en los últimos años, medidas tendientes a promover el ejercicio comercial de extranjeros en Colombia.

En este marco, la principal regulación al empresario se encuentra en el Código de Comercio colombiano, en el Decreto 410 de 1971. Esta norma estableció una definición de

² Esta disposición fue derogada por la Ley 1801 de 2016 por medio de la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana.

empresa, según la cual ésta es “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios” (Código de Comercio. Art. 25).

En cuanto a la definición de empresa, en la Doctrina jurídica, la cual parte del citado Código de Comercio, tenemos que se ha señalado que:

“la empresa implicará la organización de dos factores de producción, a saber, el capital y el trabajo, los cuales se unen para la consecución de una finalidad común establecida por el empresario como titular de la empresa, esto es, el desarrollo de una actividad económica, para lo cual se vale de uno o más establecimientos de comercio; entendidos estos como el conjunto de bienes organizaos por el empresario para llevar a cabo los fines de la empresa. En esa medida, entenderemos que resultan distintos los conceptos de empresario, empresa y establecimiento de comercio” (Baena, 2009, pág. 83).

Desde la perspectiva económica la empresa es definida como:

“organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado. La integran [...] dos factores productivos esenciales; el capital y el trabajo” (Broseta Pont. Ob. Cit. P. 87) (citado en (Baena, 2009, pág. 83)

Por su parte, la definición de empresario corresponde al “sujeto de derecho que en desarrollo de la empresa es titular de la universalidad de bienes corporales e incorporeales que conforman el establecimiento de comercio, por lo que le corresponde a él el cumplimiento de las obligaciones referidas al establecimiento” (Narvaéz García, 2002, pág. 114).

Como puede evidenciarse en las definiciones otorgadas hasta ahora, todas ellas están relacionadas con un conjunto de bienes que pertenecen al empresario o son administrados por él mismo para la consecución de un fin económico. En este punto es de gran importancia el concepto de Establecimiento de Comercio, en la medida que, a partir de la definición dada a éste por el Legislador, tiene una relación directa con la organización de los bienes del empresario.

Puntualmente, el Código de Comercio, en su artículo 515, define establecimiento de comercio como “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”. Ahora bien, dicha titularidad de bienes organizados implica derechos al empresario y no una masa o patrimonio independiente, tal como lo reconoce la doctrina al señalar que “la ley reconoce que el empresario es el sujeto de derechos que en desarrollo de la empresa posee titularidad de los componentes del establecimiento, quedando vinculado por las obligaciones surgidas con dicha titularidad” (Baena, 2009, pág. 86).

En ese sentido, ese conjunto de bienes resulta ser esa organización destinada a realizar los fines de la empresa, con una vinculación directa con el empresario. En la normativa comercial se han reconocido principalmente dos tipos de establecimientos de comercio: las sucursales y las Agencias, tal como lo indica la definición legal de cada una de estas.

La definición de Sucursal fue establecida por el legislador en el primer inciso del artículo 263 del Código de Comercio, según el cual:

CÓDIGO DE COMERCIO. ARTÍCULO 263. <DEFINICIÓN DE SUCURSALES.

“Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.”

En cuanto a la definición de Agencia, ésta se integró al ordenamiento jurídico a través del artículo 264 del Código de Comercio, el cual establece:

“ARTÍCULO 264. DEFINICIÓN DE AGENCIAS. Son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla.”

Como puede evidenciarse, estas dos figuras tratan de establecimientos de comercio. Ahora bien, en razón al objetivo del presente trabajo de investigación, a continuación me permito hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la Sucursal como establecimiento de comercio.

1.1 Definición y naturaleza jurídica de las Sucursales en el ordenamiento normativo colombiano.

Tal como se citó con anterioridad, las sucursales son definidas como establecimientos de comercio que son abiertos por una sociedad para el desarrollo de los negocios sociales. Esto tiene como principal consecuencia jurídica que la misma, al ser un establecimiento de comercio, se trata de un conjunto de bienes organizados para cumplir el objeto social.

Adicional a esto, la definición establecida por el legislador en el citado artículo 263 del código de Comercio caracteriza a la Sucursal, como establecimiento de comercio, como

aquel que se abre dentro o fuera del domicilio principal de la sociedad. Esto último nos facilita la identificación de otra de las características esenciales de la sucursal, correspondiente a que dicha figura permite la extensión de la actividad comercial a domicilios distintos al domicilio principal de la sociedad, es decir, admite la pluralidad de domicilios sociales.

Es importante aclarar que, tratándose de personas jurídicas, existe pluralidad de domicilios, aunque existe un domicilio principal, que corresponde al lugar señalado por los estatutos como sede o asiento más importante de sus negocios o donde funcionan los órganos sociales: asamblea de accionistas o junta de socios, junta directiva, presidencia o gerencia y revisoría fiscal, de conformidad a lo consagrado por el artículo 86 del C.C. Por su parte, también se indica que existe un domicilio secundario, creado por las sucursales, -en principio, interpretación que deviene del artículo 111 del Código de Comercio³, a partir del cual se infiere que donde haya una sucursal, se entenderá que se constituirá un domicilio secundario⁴; y finalmente, los domicilios especiales, los cuales son los acordados por las partes en los negocios jurídicos para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato, de acuerdo al artículo 85 del Código Civil.

La Superintendencia de Sociedades, en oficio No 220-0058829 del 26 de octubre de 2006, con motivo de una consulta en materia de domicilio de sucursales en contraposición a las

³ ARTÍCULO 111. INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN EN EL REGISTRO DE LA CÁMARA DE COMERCIO. Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal. Cuando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble.

⁴ Narváez G. José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Editorial Legis. Pág. 51. 1999.

agencias, trajo a colación lo expresado por el doctor José Ignacio Narváez, en su libro “Teoría General de las sociedades”, (p. 362), que indicó:

“La apertura de toda sucursal implica la creación de un domicilio secundario de la sociedad, indeterminado ámbito espacial para realizar total o parcialmente las actividades que constituyen el objeto de la compañía”. (Narvaez García, 1999, pág. 51).

Así mismo, el Órgano de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, sobre el particular señaló que

“[...] Por oficinas del domicilio principal de la sociedad debe entenderse como aquel lugar que funciona como sede oficial de una sociedad, a la que se envían los documentos comerciales u oficiales y en la que se reciben las notificaciones legales, el cual debe figurar en los estatutos sociales y en el que, en interpretación del artículo 127 del decreto 2649 de 1993, deben exhibirse los libros de comercio a los asociados para permitirles el ejercicio de su derecho de inspección” (SuperSociedades Oficio 220 065565 de 22 de Agosto de 2012).

La constancia de la existencia de las sucursales será reportada a través del certificado de existencia y representación de la sociedad. Al respecto del mismo *Ivan Dario Gomez Lee*, reconocido doctrinante en la materia señaló:

“4.5.5.9 Certificado de existencia y representación legal.

Como se mencionó anteriormente, de conformidad con la ley 190 de 1995, las personas jurídicas deberán presentar su Certificado de Existencia y Representación legal Actualizado. Este certificado acredita la existencia de la persona jurídica, su objeto social, su representante legal y las facultades a él otorgadas, situación que permite verificar exigencias legales relacionadas con la idoneidad del contratista, la capacidad para presentar propuestas y obligarse con el Estado y la existencia de

duración mínima de la sociedad (art. 6 Ley 80 de 1993, Art. 82 Decreto 2474 de 2008). Cabe recordar que la vigencia del certificado expedido por la Cámara de Comercio es de tres meses a partir de su expedición” (Gomez Lee, 2010, pág. 90)

Otra de las características esenciales de las sucursales es que la misma es administrada por mandatarios con facultades para representar, y en consecuencia vincular, a la sociedad principal. Esta característica permite la diferenciación entre una sucursal y una agencia, siendo los dos establecimientos de comercio. Como puede evidenciarse de la lectura de los artículos 263 y 264, la principal diferencia entre una Sucursal y una Agencia se encuentra en que la primera cuenta con representación de la sociedad principal o matriz, a través de un gerente, factor, o administrador; por el contrario, la Agencia como establecimiento de comercio no puede vincular directamente la voluntad de la sociedad principal en la medida que no cuenta con capacidad de representarla.

Esta posición fue acogida por la Superintendencia de Sociedades quien al respecto señaló:

“De la lectura de los artículos 263 y 264, del Código de Comercio se desprende con claridad que tanto la agencia como la sucursal, son establecimientos de comercio abiertos por una sociedad dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos y que la diferencia entre una y otra consiste en que quien administra la sucursal ostenta facultades para representar a la sociedad, mientras que quien administra la agencia carece de poder para representarla” (Superintendencia de Sociedades)

Así mismo la doctrina reconocida en la materia ha señalado:

“[...] De consiguiente, si el establecimiento está administrado por una persona facultada para observar en su nombre, habrá una sucursal. Por el contrario, cuando al frente del

establecimiento de la sociedad hay un administrador y ejecutor de órdenes del gerente de la principal, sin facultades para obrar en representación de ella, será una agencia. En efecto, el artículo 264 del Código de comercio define: *son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carecieren de poder para representarla*” (Narvaéz García, 2002, pág. 63)

En la misma obra, el autor citado se permitió aclarar que ninguna de las dos figuras, agencia ni sucursal, constituyen persona jurídica diferente a la principal, a pesar de la característica relativa a la representación legal que tiene la Sucursal:

“[...] 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” {...} Y mientras que para crear, suprimir, cambiar el domicilio de una sucursal se requiere una reforma estatutaria, las agencias pueden crearse, suprimirse, variarse el sitio de su actividad, restringir los ramos o campos de operación, mediante simples decisiones del órgano de administración” (Narvaéz García, 2002, pág. 477).

En ese sentido puede concluirse que la naturaleza jurídica de la sucursal corresponde a la de un establecimiento de comercio, que, a diferencia de la Agencia, tiene facultades de representación de la matriz o sociedad dueña del establecimiento, y que puede generar domicilios secundarios cuando se constituye fuera del domicilio principal de la sociedad. Vale la pena advertir que, en cuanto a su naturaleza jurídica, el ordenamiento jurídico no estableció diferenciación entre sucursales de sociedades nacionales o extranjeras.

Respecto a contar con un administrador, factor o gerente, es una de las características diferenciadoras con la agencia, me permito poner de presente el siguiente marco normativo.

Los administradores, o factores, de las sociedades y de los establecimientos de comercio son definidos por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.”

En este sentido, se evidencia que los administradores serán aquellos que ejerzan, según los estatutos, es decir, según como éstos lo hayan regulado. Esto es de especial interés en materia de responsabilidad, pues existe una presunción de culpa sobre las actuaciones y las decisiones que ellos adopten en el marco de la actividad comercial cuando extralimitan sus funciones, según lo establece el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. Por el contrario, si las decisiones se encuentran en el marco de las funciones designadas, en principio vinculará la responsabilidad de la Sucursal y la Matriz.

En razón a lo anterior, es de gran relevancia la claridad sobre las facultades que tiene el administrador de la sucursal, por lo que el Código de Comercio, a través del artículo 114, estableció que cuando la escritura social no determine las facultades de los administradores de las sucursales se entenderá que los administradores tienen las mismas facultades de obligar a la sociedad en desarrollo de todos los negocios sociales, al igual que los administradores de la sociedad principal o matriz:

“ARTÍCULO 114. <INDETERMINACIÓN DE FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES DE SUCURSALES>. Cuando en la misma escritura social no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgarse un poder por escritura pública, que se registrará en al cámara de comercio correspondiente a los lugares de las sucursales. A falta de dicho poder se entenderá que tales administradores están

facultados, como los administradores de la principal, para obligar a la sociedad en desarrollo de todos los negocios sociales”

Esto último corresponde al desarrollo del propio artículo 263, pues el segundo inciso de éste hace una referencia directa a las facultades de los administradores de las sucursales:

“ARTÍCULO 263. <DEFINICIÓN DE SUCURSALES - FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES>.

[...]

Quando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.”

En cuanto a la responsabilidad de los administradores y en general, la administración de este tipo de establecimiento de comercios, la doctrina se ha pronunciado señalando que este tipo de autorizaciones y poderes deberá inscribirse en el registro mercantil, y otros aspectos tal como me permito señalar:

“Ahora bien, cuando en escritura constitutiva o de reforma estatutaria no se determinan las facultades de los gerentes o factores e las sucursales, según el artículo 114 del mismo código de comercio que corresponda a la sucursal. A falta de tal poder, se entiende que el gerente de la sucursal está facultado, como los administradores de la principal, para obligar a la sociedad en desarrollo de todos los negocios sociales. El artículo 263 reitera la presunción, pero permite conferir el poder también por documento legalmente reconocido. En cualquiera de las dos formas ese poder ha de inscribirse en el registro mercantil, a fin de que sea oponible a terceros, aspecto que reviste importancia cuando han estipulado restricciones o limitaciones

a las atribuciones o facultades del factor o gerente del domicilio secundario. Y si por olvido o negligencia, o por cualquier otra causa, o se determinan las facultades del administrador de la sucursal, la ley presume que tiene las mismas que los estatutos o la ley confiere al gerente principal. Y si los estatutos guardan silencio al respecto o son vagos o imprecisos, especialmente en cuanto a las limitaciones o restricciones, la actuación del factor o gerente de la sucursal se rige por lo dispuesto en el artículo 196 del ordenamiento mercantil” (Narvaéz García, 2002, pág. 478).

En este sentido se evidencia que la regulación en materia de administración de sucursales fue ampliamente reglamentada por el legislador, en la medida en que es de interés directo de la matriz las decisiones que se adopten por la sucursal, pues se trata de una sola persona jurídica, como se verá más adelante y, en consecuencia, podrá vincularse el patrimonio y la responsabilidad de la constituyente del establecimiento de comercio.

1.2 Relación Sucursal – Matriz

En cuanto a la relación entre la sucursal y la matriz, debido a la naturaleza jurídica de la sucursal, antes descrita, se puede concluir preliminarmente que mantiene una unidad de personería jurídica. Es decir, si bien la sucursal tiene cierta autonomía en sus actuaciones, al celebrar un negocio jurídico vincula la personería jurídica de la matriz.

Esta posición ha sido reiteradamente sostenida por la doctrina y las autoridades competentes en la materia, de las cuales nos permitimos citar algunos de los principales pronunciamientos:

La Superintendencia de Sociedades ha indicado en concepto jurídico:

“[...] la matriz y la sucursal ostentan una única personalidad jurídica, habida cuenta que la segunda es meramente una prolongación de la primera y que es ésta quien exclusivamente adquiere los derechos que de su personalidad se derivan y se obliga por sus actuaciones [...]” (Superintendencia de Sociedades, 1995).

Es común que se cuestione esta posición debido a la diferencia de NIT entre la Sucursal y la Sociedad, por lo que vale la pena traer de presente el concepto 220-10038 de 2002 de la misma entidad, en el cual, de manera explícita, responde a una consulta sobre la personería jurídica de la matriz y la sucursal en los siguientes términos:

“- Frente a la Matriz y a la sucursal indaga: "¿Son dos personas Jurídicas diferentes, al poseer cada una un Nit diferente?"

Al respecto, es preciso manifestarle que la sucursal sea de sociedad extranjera o nacional, es simplemente una prolongación de la matriz y por lo tanto la sucursal es un establecimiento de comercio que se encarga única y exclusivamente de desarrollar el objeto social de la principal y por ende no tiene personería jurídica propia y distinta a la de la matriz” (Superintendencia de Sociedades, 2002).

Otras fuentes no normativas reiteran dicha postura, incluso pronunciándose sobre la unidad de empresa en cuanto al tratamiento administrativo, contable y legal:

“En verdad, el concepto de sucursal supone dependencia económica y jurídica de la principal, y existe 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. Ha de inscribirse en el registro mercantil; llevar una contabilidad especial que luego es incorporada en la general de la sociedad, y su administración está a cargo de un factor sometido a las directrices impartidas en la principal. Y cuando una sociedad pretende

abrir sucursal, debe reunirse el órgano social que, según los estatutos, sea competente, a fin de que determine su localización, su radio de acción, designe el gerente o factor y señale expresamente las atribuciones de su administrador, circunstancias que son objeto de publicidad mercantil, pues los nombramientos de gerentes de sucursales siguen la misma regla del gerente de la principal en cuanto a inscripción en el registro mercantil” (Narvaéz García, 2002, pág. 477).

El legislador incluyó la categoría de sucursales y agencias dentro del mismo capítulo del Código de Comercio en donde se regula la subordinación de sociedades, por lo que puede presentarse el debate jurídico sobre si la relación matriz-sucursal se trata de una relación jurídica de subordinación de sociedades. Para dilucidar dicho aspecto es necesario consultar el concepto de subordinación dentro de la normativa comercial colombiana:

“CÓDIGO DE COMERCIO. ARTÍCULO 260. <SUBORDINACIÓN>. <Artículo subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

Por su parte la Superintendencia de Sociedades estableció la siguiente definición para subordinación de sociedades, pronunciándose sobre el artículo 260 anteriormente citado:

“La subordinación: En el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la citada ley, se considera que el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas es el criterio determinante de la situación de control o subordinación

Allí también se introduce en nuestro sistema societario, el concepto del control individual y el concepto del control conjunto o compartido. La norma adicionalmente señala la posibilidad de ejercer el control en forma directa o en forma indirecta, esto es a través de la filial, para llegar a la subsidiaria”. (Superintendencia de Sociedades, pág. 7)

De la lectura de la norma y la interpretación dada por la Superintendencia de Sociedades se puede concluir que la relación sucursal-matriz efectivamente no es una situación de subordinación societaria, pues el seguimiento de directrices no se deriva de la existencia de dos sociedades o de dos personas jurídicas, sino de una unidad de empresa. Respecto a este punto particular, la autoridad administrativa competente se pronunció señalando:

“¿Qué diferencia existe entre subordinada y sucursal? Las subordinadas son sociedades, constituyen personas jurídicas distintas de la matriz. Por el contrario, las sucursales son establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad (art. 263 C.Co.)”. (Superintendencia de Sociedades, pág. 22)

En este sentido, se reitera lo señalado al inicio de esta sección en donde, a pesar de encontrarse estructuralmente en el mismo capítulo del Código de Comercio la subordinación de sociedades y los establecimientos de comercio, es técnicamente erróneo afirmar que entre las sucursales y las matrices existe una relación de subordinación societaria, sino una unidad de personería jurídica con unidad de empresa administrativa y legalmente.

Finalmente, vale la pena aclarar que la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre el régimen de responsabilidad entre las Sucursales y las Matrices, insistiendo que,

debido a la unidad de persona jurídica que existe entre la primera y la segunda, la sociedad en integro (matriz y sucursal) responderá por los negocios celebrados en el país al tener de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio, es decir responde como deudor principal de la obligación y no como un tercero:

“(…)

Para responder los interrogantes por usted planteados, es fundamental traer a colación lo dicho por este Despacho en torno a la capacidad y naturaleza jurídica de las sucursales de sociedades extranjeras, en el oficio 220-58253 del 9 de diciembre de 1996, en el que previo análisis de la diferencia entre una sociedad colombiana y una sucursal de sociedad extranjera, expresó lo siguiente: " Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que 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 su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 idem " La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio" (Supeintendencia de Sociedades, 2015).

Como puede evidenciarse de lo desarrollado hasta ahora,

CAPÍTULO II. La Invocación de Méritos

La invocación de méritos, como será definida y analizada en el presente capítulo, tiene una cercanía con el cumplimiento del requisito de experiencia en el marco de los procesos de contratación pública en Colombia, especialmente en relación con el requisito de experiencia. Sin embargo, hasta ahora pocos textos jurídicos han surgido en la materia y las disposiciones normativas han dejado algunos vacíos normativos que conllevan a tratamiento desigual de las ofertas que acuden a esta figura, dependiendo de la posición de los operadores contractuales del momento. Por lo anterior, me permito hacer algunas reflexiones normativas, conceptuales y de derecho comparado en la materia.

2.1 La experiencia en los procesos de selección pública en Colombia

En primer lugar, se anota que, de acuerdo con la RAE, el término experiencia se encuentra definido como:

“Experiencia

Del lat. experientia.

1. f. Hecho de haber sentido, conocido o presenciado alguien algo.
2. f. Práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo
3. f. Conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas.
4. f. Circunstancia o acontecimiento vivido por una persona” (RAE, 2017).

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, en el Manual para establecer requisitos habilitantes, estableció que: “La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de

su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato” (Colombia Compra Eficiente, 2013).

Adicionalmente, dicha autoridad indicó:

“La experiencia no se agota con el paso del tiempo y por el contrario los proponentes adquieren mayor experiencia con el paso del tiempo en la medida en que continúen con sus actividades” (Colombia Compra Eficiente, 2013).

2.1.1 La experiencia como requisito habilitante y su forma de acreditación

El Estatuto General de la Contratación Pública -EGCP- conformado por la Ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias, puntualmente la Ley 1150 de 2007, estableció que los procesos de contratación pública en Colombia se regirán, entre otros, por el Principio de Selección Objetiva, según el cual, será objetiva aquella selección en la cual se escoja el ofrecimiento más favorable:

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. (Congreso de la República de Colombia, 2007)

Ahora bien, este principio se garantiza evitando factores de selección de naturaleza subjetiva, por lo cual la citada Ley 1150 de 2007 estableció que los factores de escogencia y calificación que incluyan las entidades públicas en sus pliegos de condiciones o equivalentes deberán acogerse a los criterios establecidos en la normativa. En cuanto a la experiencia, la norma estableció que la misma hacía parte de aquellos requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección y que, en consecuencia, no otorgarían puntaje:

1. “La capacidad jurídica y las condiciones de **experiencia**, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán **objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo**. [...]” (Congreso de la República de Colombia, 2007)

Posterior a ello, la norma señala las condiciones de la exigencia de los requisitos habilitantes, disponiendo que ellos deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor. Además, establece un estándar probatorio calificado, al señalar que la verificación de las condiciones se realizará por las Cámaras de Comercio, quienes expedirán posteriormente una certificación:

“[...] La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación” (Congreso de la República de Colombia, 2007).

Esta última parte del artículo deberá entenderse en concordancia con el artículo sexto de la misma norma, el cual refiere a la *verificación de las condiciones de los proponentes*, y dispone que toda persona natural o jurídica colombiana o extranjera domiciliada o con sucursales en Colombia, que pretenda celebrar contratos con el Estado, deberá inscribirse en el Registro Único de Proponentes administrado por la Cámara de Comercio de su lugar de domicilio:

“ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. <Artículo modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras

domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal [...]” (Congreso de la República de Colombia, 2007).

Posterior a ello, señala que en el citado registro constarán los requisitos habilitantes del proponente al indicar que:

“[...] En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación [...]” (Congreso de la República de Colombia, 2007).

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015, norma reglamentaria, estableció:

“Artículo 2.2.1.1.1 Requisitos habilitantes contenidos en el RUP cámaras comercio, con base en la información a que hace artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

1. Experiencia - Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV.

Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, para uno de bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades identificados con el Clasificador de Bienes y en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV.” (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN , 2015)

Esta restricción que impuso el legislador en el citado artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con el cual el requisito de experiencia no puede ser puntuable, tiene su

origen y fundamento en el sistema de evaluación de las ofertas que estableció la Ley 80 de 1993, en la cual diferencia las condiciones del oferente, como condiciones habilitantes, y las condiciones de la oferta como condiciones ponderables, buscando así que la selección objetiva no recaiga sobre la selección del mejor oferente, sino de la mejor oferta.

“En el caso de la selección de los oferentes para la contratación administrativa, el trato diferente consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes está plenamente justificado por cuanto: a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es la garantía de la prevalencia del interés general” (Corte Constitucional. Sentencia C-400, 1999).

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 fue estudiado en cuando a su exequibilidad por el máximo Tribunal Constitucional, señalando que la libre concurrencia puede ser restringida por el legislador en razón a intereses de orden superior como lo es asegurar el cumplimiento del contrato. Así, señala la Corte Constitucional:

“Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal” (Corte Constitucional. Sentencia C-713, 2009).

Así las cosas, se evidencia que, por regla general, el ordenamiento jurídico de Colombia trató a la experiencia como requisito habilitante dentro de los procesos de selección, de manera que, en principio, el mismo no podrá ser puntuado si no tiene como finalidad garantizar que el próximo contratista cuenta con el conocimiento que otorga la ejecución de proyectos previos, es decir, de la experiencia mínima sin restringir la participación de empresas con menor trayectoria en el mercado, lo que genera una democratización de la compra pública. Pues, de ser un criterio ponderable, serían adjudicatarios quienes contarán con mayor experiencia y no quien presente la mejor oferta.

Adicionalmente, se estableció una prueba calificada para el proceso de selección, de manera que las entidades públicas deberán solicitar como prueba de la Experiencia el Certificado del Registro Único de Proponentes.

“Artículo 2.2.1.1.1.5.6. Certificado del RUP. El certificado del RUP debe contener: (a) los bienes, obras y servicios para los cuales está inscrito el proponente de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios; (b) los requisitos e indicadores a los que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del presente decreto; (c) la información relativa a contratos, multas, sanciones e inhabilidades; y (d) la información histórica de experiencia que el proponente ha inscrito en el RUP. Las cámaras de comercio expedirán el certificado del RUP por solicitud de cualquier interesado. Las Entidades Estatales podrán acceder en línea y de forma gratuita a la información inscrita en el RUP” (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2015).

El Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la Doctrina autorizada en la materia es

“la inscripción registral es un sistema que consagra la ley para proteger el interés público que es el fin de los contratos administrativos, similar a lo que ocurre con la regulación del ius publicista del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y con las garantías que debe otorgar el particular para asegurar el cumplimiento del contrato. En efecto, el requisito de la inscripción, clasificación y calificación de los proponentes le proporciona a la entidad pública la confianza que el contratista seleccionado reúne la plenitud de las calidades necesarias para ejecutar a satisfacción las prestaciones derivadas del contrato, lo que lógicamente reduce el eventual riesgo de un incumplimiento contractual que afectaría la normal prestación de los servicios públicos” (Escobar Gil, 2000, pág. 107)

En cuanto a las funciones probatorias se ha dicho que:

“Si bien es cierto, el proponente o contratista está liberado de probar sus condiciones morales, no ocurre lo mismo con su solvencia económica, financiera, técnica y profesional, razón por la cual, la inscripción registral debe efectuarse previamente a la apertura de la licitación o a la celebración del contrato, como requisito necesario para que el interesado acredite a priori su aptitud para la ejecución de las prestaciones objeto del vínculo contractual. La inscripción, clasificación y calificación en el registro de proponentes, es el único medio legal idóneo para verificar la solvencia e idoneidad de las personas que aspiren a celebrar contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles con el Estado, sin perjuicio que en los pliegos de condiciones o términos de referencia, pueda la administración pública

exigir documentos o información complementaria para evaluar íntegramente los méritos de los licitantes o concursantes” (Escobar Gil, 2000, pág. 107)

Este registro es administrado por las Cámaras de Comercio a través de descentralización por colaboración de la función administrativa. Al respecto de esto la Doctrina ha dicho que:

“En este orden de ideas, a las cámaras de comercio les corresponde las siguiente atribuciones en relación con el Registro del Proponentes:

- Realizar la inscripción de las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales
- Organizar a los proponentes en un Registro Único clasificado por especialidades y grupos
- Llevar los libros y archivos relativos a la inscripción, clasificación y calificación de los proponentes.
- Anotar la información concerniente a los contratos ejecutados por los proponentes, y en especial, la relativa al cumplimiento, multas y sanciones.
- Expedir al público las certificaciones en torno a las informaciones que consten en los libros y archivos correspondientes al Registro de Proponentes
- Efectuar la renovación, actualización, modificación y cancelación de las inscripciones a petición de los proponentes
- Conocer y decidir los recursos o impugnaciones que se formulen contra la calificación y clasificación de los proponentes.

La inscripción debe realizarse ante la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el domicilio principal del proponente, y las sociedades extranjeras sin sucursal en el país y personas naturales extranjeras debe inscribirse ante la cámara de comercio del domicilio principal” (Escobar Gil, 2000, pág. 109)

En cuanto al requisito de experiencia, puntualmente, se señala que la experiencia contenida en dicho certificado es clasificada de acuerdo con los Códigos Estándar de productos y Servicios de Naciones Unidas o UNSPSC por sus siglas en Inglés: *The United Nations Standard Products and Services Code*®, el cual es “una metodología uniforme de codificación utilizada para clasificar productos y servicios fundamentada en un arreglo jerárquico y en una estructura lógica”. (Colombia Compra Eficiente, 2017)

Esta codificación permite estandarizar los productos y servicios prestados, de manera que pueda hablarse un lenguaje común, con el fin de saber si un contrato es o no equivalente a otro y en consecuencia se acredite la experiencia. Estos códigos se relacionarán con los contratos inscritos en el Registro público de Proponentes -RUP-.

“La experiencia es un requisito habilitante. Los proponentes deben inscribir en el RUP su experiencia usando los códigos del Clasificador de Bienes y Servicios. Por su parte las Entidades Estatales al establecer el requisito habilitante de experiencia deben incluir los códigos específicos del objeto a contratar o el de bienes, obras o servicios afines al Proceso de Contratación respecto de los cuales los proponentes deben acreditar su experiencia“ (Colombia Compra Eficiente, 2018, pág. 25).

La finalidad del establecer la experiencia como un requisito mínimo de selección fue analizada por el Consejo de Estado, quien, en sentencia del 09 de febrero de 2017, señaló:

“Entonces, el establecimiento de factores objetivos de selección está guiado a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos, el plazo y el precio, entre otros; así como la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

Nótese que la acreditación de la experiencia del proponente subyace como un elemento objetivo de selección que le permite a la entidad contratante calificar la propuesta, junto con otros factores, y ponderarla no sólo frente a las restantes ofertas sino frente al requerimiento diseñado por la administración en aras de satisfacer el servicio o interés público.

Asimismo, **la experiencia como requisito de habilitación y de selección de la propuesta, a su vez, confluye como un criterio de garantía de ejecución del objeto contractual, en razón a lo cual éste representa un elemento esencial dentro del proceso de selección, cuya ausencia, necesariamente, afectará la calificación del participante y, por ende, la adjudicación del contrato**” (Negrilla fuera de texto original. Subrayado de la Sala) (Consejo de Estado, 2017, pág. 14).

2.1.2 La experiencia como requisito ponderable: Concurso de Méritos.

Como se señaló con anterioridad, en principio, la experiencia solo puede ser un requisito establecido con fines de *pasa o no pasa*, es decir de aquellos que evalúan si el proponente cuenta con unos mínimos para ejecutar el contrato, y en consecuencia no pueden ser calificables.. Me permito citar la norma:

“Artículo 5, ley 1150 de 2007. Selección Objetiva:

[...]

1. La capacidad jurídica y **las condiciones de experiencia**, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, **con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo.** [...]"

(Congreso de la República de Colombia, 2007)

No obstante, la misma normativa -Ley 1150 de 2007- estableció como excepción el concurso de méritos como aquel proceso de selección en el que se escogen consultores, y en razón a que en esta tipología contractual prima el componente intelectual y la prestación de servicio personal, se determinó que en dicho procedimiento podrá darse puntaje a la experiencia del proponente y evaluar su equipo de trabajo.

“Ley 1150 de 2007. Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[...] 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores [...]" (Congreso de la República de Colombia, 2007).

Al respecto de esta excepción, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del último aparte del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, fallo citado por el Doctrinante Jaime Orlando Santofimio, en el Libro *Contratación Estatal, legislación*, en donde se indicó:

“La Corte Constitucional en sentencia C- 713 del 7 de octubre de 2009, actuando como ponente la Doctora María Victoria Calle Correa se pronunció sobre la constitucionalidad del aparte subrayado objeto de la demanda, donde se declaró exequible por las siguientes razones: “En relación con el no otorgamiento de puntaje a las condiciones del oferente, previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con el alcance que ha dado la Corporación al principio de libre concurrencia, encuentra la sala que no vulnera el artículo 333 de la Carta, porque lo que garantiza la Constitución es la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art 13 CP), y la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa.

Además, por la circunstancia de que el legislador haya previsto que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, no se puede presumir la selección de un contratista no idóneo para el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato, puesto que es obligación de las entidades establecer en los pliegos de las condiciones que en su concepto deben cumplir quienes aspiren a suplir las necesidades de la administración. De manera que una vez verificadas estas, la entidad puede seleccionar la mejor oferta, pudiendo para ello en procesos de licitación pública, cuando así se determine que la oferta sea presentada total o parcialmente de manera dinámica, mediante subasta inversa en las condiciones señaladas por el reglamento, sin que ello implique la vulneración del interés general.

Para la Sala, en consecuencia, el legislador no excedió su ámbito de configuración legislativa porque (i) la facultad para reformar el régimen contractual

es amplia respecto de los aspectos más significativos de la contratación pública, como en efecto lo es el principio de selección objetiva; y (ii) la competencia que se debe garantizar en el proceso de selección del contratista, es la de quienes tenga la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración y no de cualquiera que tenga interés en contratar con el Estado. En consecuencia, declarará exequibilidad del numeral i del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007” (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 180)

En este sentido se evidencia que la diferenciación en los procesos de selección respecto a la posibilidad de ponderar la experiencia fue encontrada por la Corte Constitucional acorde con el ordenamiento jurídico. Posterior a esto, la norma reglamentaria estableció:

“Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará. entre otros, los siguientes a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo” (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2015).

1.2 Escenarios de transferencia de experiencia regulados en la normativa colombiana

Ahora bien, se advierte que más allá de la forma de acreditación y la naturaleza como ponderable o calificable, la normativa colombiana solo reguló un escenario de transferencia de experiencia y es el relativo a la posibilidad que tienen las sociedades con menos de 3 años

de constitución de acreditar la experiencia de sus socios. Esta disposición se incorporó a través del Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.5.2 numeral 2.5, el cual señala:

“Artículo 2.2.1.1.1.5.2. *Información para inscripción, renovación o actualización.* El interesado debe a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es responsable de inscripción, renovación o actualización correspondiente:

[...]

Si es una persona jurídica:

[...]

2.5 Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de contratos cuando el interesado no pueda obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en tercer nivel. **Si la constitución del interesado es menor a (3) años, puede acreditar la experiencia sus accionistas, socios o constituyentes**” (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN , 2015).

En cuanto a la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios por las sociedades con menos de 3 años de constitución, el Consejo de Estado se pronunció en el marco del análisis de la norma equivalente contenida en el derogado Decreto 734 de 2012, señalando:

“Así las cosas, la reglamentación dispuesta para los procesos de selección prevé que la experiencia de los socios que integran determinada persona jurídica pueda sumarse entre sí

para acreditar la experiencia del órgano social, así como permite que la experiencia de los entes sociales consorciados o unidos temporalmente pueda acumularse para acreditar la experiencia exigida en determinado proceso de selección.

Y ello es apenas obvio, en razón a que la finalidad de la normatividad y del proceso de selección es la escogencia del proponente – físico o social - que se encuentre plenamente calificado para la eficiente, oportuna y cumplida ejecución del objeto contractual, la cual se ve acreditada a través de su experiencia, pero como los entes sociales no actúan directamente sino a través de sus órganos, resulta lógica la posibilidad de valorar separadamente la experiencia de dichos órganos para sumarla y así obtener la calificación total de la persona moral” (Consejo de Estado. 2017, pág. 18).

Ahora bien, además de esta situación descrita y citada con anterioridad, en la que las sociedades con menos de 3 años de constitución pueden acreditar la experiencia de los socios, la normativa no reguló, ni prohibió, otras situaciones de transferencia de experiencia. Por lo anterior, diversas autoridades administrativas se han pronunciado dando lineamientos al respecto.

Principalmente, la Agencia Nacional de Contratación –Colombia Compra Eficiente- se ha pronunciado al respecto de la transferencia de experiencia entre personas jurídicas, tomando una posición primordialmente conservadora, en la medida que ha prohibido la acreditación de experiencia “ajena” por personas jurídicas. Puntualmente, la Agencia se pronunció sobre la transferencia de experiencia en casos de escisión y fusión de empresas, así como la acreditación de experiencia de las matrices por las subordinadas, en la Guía de Asuntos Corporativos de los Procesos de Selección, expedida en el 2016 y actualizada el pasado 31 de agosto de 2018. En este documento se estableció:

“III. Transferencia de la experiencia de las personas jurídicas

La experiencia de las personas jurídicas es de carácter personal y en principio es intransferible. Por lo tanto, no es posible trasladar la experiencia de un proponente a otro en eventos de escisión o liquidación de una persona jurídica, ni que la experiencia sea enajenada por una persona jurídica en favor de otra persona jurídica o natural.

[...]

Por regla general, **el proponente solo puede acreditar la experiencia que ha obtenido y no la experiencia de su matriz, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial.**

Cuando de acuerdo con el estudio de sector es necesario que el proponente acredite la **experiencia de su matriz como en los casos de contratos de franquicia, la Entidad Estatal debe justificar dicha circunstancia en los estudios y documentos previos e indicar en el pliego de condiciones la forma de acreditar la experiencia que no aparece en el RUP”**

(Colombia Compra Eficiente, 2016, pág. 6).

En este orden de ideas, como se evidencia de la lectura de los citados documentos, en principio, la posición del ente rector respecto de la transferencia de experiencia ha sido restringida. No obstante lo anterior, vale la pena resaltar que esta postura no es normativa en estricto sentido⁵, sino se limita a constituir lineamientos doctrinales de la autoridad en la

⁵ “El numeral 9 del artículo 3 del Decreto - Ley 4170 de 2011, establece como función de Colombia Compra Eficiente, entre otras, desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y menor participación en los procesos de compras y contratación pública de las Entidades Estatales. Con el fin de cumplir dicha función, esta Entidad emite manuales y guías. A través de los primeros se tratan de manera general los aspectos fundamentales y elementos de determinados temas relacionados con la contratación pública, mientras que la guía es un documento más técnico que tiene la pretensión de indicar de manera clara y precisa cómo se deben operar paso a paso por parte de los miembros del sistema de compras y contratación pública algunos de esos temas; por lo que este dirigido específicamente a aquellos participantes que están tratando con el tema especial que es abordado por la guía y que necesitan saber cuál es la forma en la que deben hacerlo. En esos documentos no solo se plasma de manera comprensible el contenido de la Ley sino que además se indica la forma óptima en que algunos temas deben ser aplicados tanto por las Entidades Estatales como por los proveedores. Ahora bien, los lineamientos, manuales y guías son obligatorios cuando son adoptados mediante Circular Externa o cualquier otro acto administrativo vinculante para todas las Entidades Estatales. De lo contrario, dichos documentos son solo referentes tanto para las Entidades Estatales como para los particulares. (Colombia

materia. Asimismo, se resalta que en la Guía de Asuntos Corporativos, anteriormente citada, no se reguló con claridad la posibilidad de acreditar experiencia entre sucursales y matrices, de manera que me permito entrar a analizar la figura de la Invocación de méritos, varias veces usada en procesos de selección pública con el fin de acreditar la experiencia de las matrices por las sucursales.

2.2 La Invocación de Méritos

2.2.1 Definición

La invocación de méritos suele ser citada dentro de los procesos de selección con el fin de indicar que los méritos, en este caso refiriéndose a la experiencia de la matriz, puede ser acreditada por las sucursales en la medida que la primera responderá subsidiariamente por el cumplimiento del contrato de la segunda. No obstante que está relativamente claro su uso, procedo a realizar un análisis de su contenido, aplicación y definición.

Compra Eficiente. Concepto 215130009046). Por su parte, respecto de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- el Consejo de Estado ha señalado: “La Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, como Unidad Administrativa Especial, se ubica dentro del sector descentralizado del orden nacional⁵ y cuenta dentro de su ámbito funcional con competencias atinentes a la materia de la contratación estatal, esto es, a la actividad administrativa vinculada a la provisión de bienes y/o servicios por cuenta del Estado para la satisfacción de sus necesidades y la realización de los cometidos estatales.

7.7.1.1.2.- Ejerce una competencia de orientación o coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de *políticas públicas*, esto es, el diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinado sector gubernamental dirigido a abordar y proponer soluciones a asuntos de relevancia pública.

Políticas que se dirigen, en este caso, a los actores del sistema de compras y contratación pública, sin distinción alguna, y se orientan a la prosecución de los objetivos de *eficiencia* –capacidad para lograr un fin con el mínimo posible de recursos o tiempo aplicados-, *transparencia* –manejo correcto, público e informado de algún asunto o cuestión- y *optimización* –obtención de los mejores resultados posibles- del recurso público, en tanto categoría jurídica protegida dada su naturaleza de hilo conductor vinculado a la concreción del interés general, el respeto y garantía de los derechos y los fines constitucionales del Estado, razones estas protegidas al amparo de la cláusula del artículo 209 constitucional en tanto instrumento tendiente a asegurar el primado de la buena administración” (Consejo de Estado. Sentencia Rad. 56166. 2017)

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua la palabra innovación, se puede entender a partir de la definición del verbo en infinitivo *Invocar*, el cual tiene las siguientes dos acepciones:

“INVOCAR

Del lat. invocāre.

1. tr. **Llamar en solicitud de ayuda de manera formal** o ritual.
2. tr. Acogerse a una ley, costumbre o razón” (RAE, 2017).

Por su parte, el vocablo mérito es definido por la Real Academia de la Lengua en los siguientes términos:

“MÉRITO

1. m. **Acción o conducta que hace a una persona digna de premio o alabanza.** *Hizo méritos para conseguir la victoria.*
2. m. **Derecho a reconocimiento**, alabanza, etc., debido a las **acciones o cualidades de una persona.** *Todo el mérito de la operación es suyo.*
3. m. Valor o importancia de una persona o de una cosa. *El cuadro de Velázquez es de gran mérito”* (RAE, 2017)

Como se observa en las anteriores definiciones, la figura *invocación de méritos* puede ser entendida, desde su sentido gramatical, como el llamado formal de las cualidades de una persona para ser digna de un premio o reconocimiento, que en el caso en estudio se trata de ser adjudicatario de un proceso de selección pública. En ese sentido, parto de la premisa de que el proponente por sí mismo no cuenta con las calidades requeridas, en materia de

experiencia, por los términos de referencia o pliego de condiciones, de manera que debe acudir a la experiencia de otras personas jurídicas o sociedades que tengan relación directa con el proponente. En el caso de las sucursales se refiere a la misma persona jurídica en cuanto invoca méritos de la matriz.

2.2.2 La invocación de méritos dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Como se advirtió con anterioridad en el subcapite del presente documento, referido a la normativa colombiana en materia de experiencia, en Colombia, no existe una disposición legal vinculante que regule, defina o prohíba la invocación de méritos, entendida como se definió con anterioridad, como aquel llamado a la experiencia de una razón social diferente a la del proponente avalando la oferta de este último. Por lo anterior, analizaremos esta figura a partir de la práctica común de los operadores del proceso contractual y los proponentes.

De manera paralela se advierte que existe un caso normativo en el que la legislación colombiana refiere y admite la invocación de méritos. Este caso es exclusivamente aplicable a lo allí regulado, de manera que no puede extenderse a los procesos de selección colombianos. Se trata del Decreto 2400 de 2006, por medio del cual *se regula la construcción de Interconexiones Internacionales de Gas Natural*. En esta normativa, puntualmente en el artículo 4to. párrafos 1 y 2, se estableció la posibilidad de invocar méritos en los procesos de selección del transportador de interconexiones internacionales:

“ARTÍCULO 4o. El Transportador en Interconexiones Internacionales será considerado por el Ministerio de Minas y Energía como Operador Idóneo cuando acredite suficientemente: (i) su capacidad técnica en construcción, operación, administración y mantenimiento de infraestructura energética, principalmente en sistemas de transporte de hidrocarburos por ductos, así como, (ii) su capacidad financiera para adelantar el proyecto.

PARÁGRAFO 1o. Para acreditar la capacidad técnica, el Transportador en Interconexiones Internacionales podrá invocar **no sólo sus propios méritos, sino también los de (i) las sociedades controladas por él, y/o (ii) las Sociedades que lo controlen.**

[...]

PARÁGRAFO 2o. Para acreditar la capacidad técnica, el Transportador en las interconexiones Internacionales deberá presentar las certificaciones expedidas por los auditores externos de todas y **cada una de las sociedades respecto de las cuales invoque méritos.** En estos certificados se deberá demostrar no sólo la capacidad técnica en construcción, operación, administración y mantenimiento de infraestructura energética, principalmente en sistemas de transporte de hidrocarburos por ductos, sino también que se presenta la situación de control en los términos anteriormente definidos” (negritas fuera de texto original) (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, 2006).

Ahora bien, en algunos procesos de selección las oficinas jurídicas han definido la invocación de méritos dentro de las respuestas a observaciones y otros documentos del proceso de selección:

“Pudiéndose definir la invocación de méritos como la posibilidad que existe para acreditar la experiencia técnica obtenida por un grupo empresarial en cualquier momento que sea necesario por una de las sociedades que lo conforman, así, una sociedad subordinada – filial o subsidiaria – puede acreditar como propios los logros obtenidos por su matriz, subsidiaria, o entre filiales entre sí, al haberse acreditado situaciones particulares en una de sus empresas hermanas” (FONDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES).

Son escasos los usos de los vocablos invocación de méritos en los procesos de selección, pero sí se encuentra en algunos procesos contractuales, principalmente de

entidades de régimen especial, referencias a la posibilidad de invocar méritos de las matrices. Un ejemplo de esto es el proceso de licitación pública FTIC-LP 04-12, del Fondo de Tecnologías y las Comunicaciones, el cual en los pliegos de condiciones establecieron lo siguiente respecto a la acreditación de los requisitos habilitantes con las características, experiencia y situación financiera de la matriz:

“Nota 2: ACREDITACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE LA MATRIZ DEL PROPONENTE El Proponente y/o los Miembros de un Proponente Plural podrán acreditar los Requisitos Habilitantes a que se refieren los numerales 4.2.6. a 4.2.7.3. del presente Pliego de Condiciones a través de su sociedad matriz, cuando las condiciones exigidas en los numerales citados sean ostentadas por la Matriz del Proponente o de un Miembro del Proponente Plural, según sea el caso. Para estos efectos se considerará sociedad matriz aquella que controla directamente a otra y se entenderá que existe tal control cuando la compañía reputada como matriz sea directamente titular de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas del capital social del Proponente o del Miembro del Proponente Plural respectivo (la “Matriz”). Si el Proponente o los Miembros del Proponente acreditan los Requisitos Habilitantes de su matriz, la situación de control se verificará (i) en el certificado de existencia y representación legal del Proponente si fuere colombiano o (ii) si el Proponente es extranjero, (1) mediante el certificado de existencia y representación legal del Proponente en el cual conste la inscripción de la situación de control, si la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada tuviere tal certificado y en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción, siempre que en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (3) mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del Proponente y/o Miembros del Proponente y de la sociedad controlante. Además, el carácter de Matriz de

una compañía que acredite cualquiera de las experiencias deberá ser certificado por el Proponente (o el Miembro del Proponente, en caso de Consorcio o Unión Temporal), mediante certificación escrita que se acompañe a la Propuesta, debidamente suscrita por el representante legal del Proponente (o del Miembro del Proponente, en caso de Consorcio o Unión Temporal), en la cual deberá explicarse la relación de control que, de acuerdo con lo exigido en estos pliegos, establece el vínculo de Matriz de esa sociedad con el Proponente o con el Miembro del Proponente, según se trate. El FONDO TIC se reserva el derecho a validar, a su entera discreción, la existencia de la relación entre uno cualquiera de los Proponentes o Miembros del Proponente y la compañía que acredita la experiencia (Matriz) para lo cual, además, el respectivo Proponente deberá estar dispuesto a presentar las certificaciones y documentos de existencia y representación legal, debidamente legalizados, que se requieran para acreditar la respectiva relación, como parte del proceso de verificación de Propuestas, así como cualquier aclaración adicional que sea solicitada por FONDO TIC. Siempre que alguna de los Requisitos Habilitantes a los que se refieren los numerales 4.2.7., 4.2.7.1., o 4.2.7.2. sea acreditado por la Matriz del Proponente o de un Miembro del Proponente la respectiva Matriz deberá otorgar el Aval Técnico, el cual debe ser allegado a la respectiva Propuesta”. (FONDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES)

En la misma posición jurídica respecto a la invocación de méritos FINDETER respondió las observaciones en los procesos de Selección No. PAF-MME-0005-2014⁶ y PAF-EUC-006-2015

⁶ Para la contratación de la “interventoría técnica, administrativa y financiera para estudios y diseños definitivos de infraestructura educativa tipo a, en el marco de los contratos interadministrativos con el ministerio de educación nacional n° 1000 y 1260”

“**En primer término una sociedad filial o subordinada podrá acreditar la experiencia exigida aportando la de su sociedad matriz.** No obstante lo anterior, deberá en todo caso tener en cuenta lo dispuesto en el Numeral 1.16.5 de los Términos de Referencia, que se refiere a las causales de rechazo” (negritas fuera de texto original) (FINDETER, 2014).

“La Entidad Contratante precisa lo siguiente respecto a las condiciones y exigencias de los Términos de Referencia para la Convocatoria No. PAF-EUC-006-2015: en primer término, **una sociedad filial o subordinada podrá acreditar la experiencia exigida aportando la de su sociedad matriz.** No obstante lo anterior, deberá en todo caso tener en cuenta lo dispuesto en el Numeral 1 del Capítulo VI de los Términos de Referencia, que se refiere a las “CAUSALES DE RECHAZO...” (FINDETER, 2015).

Posición similar también fue acogida por FINDETER en la convocatoria PAF-ATF-C-024-2015, en la cual de manera expresa señaló que las sucursales debían acreditar el cumplimiento de los requisitos habilitantes con la documentación de la matriz. Sin embargo, en una posición más restrictiva excluyó esta posibilidad para el caso de las filiales y las subsidiarias:

“Al respecto es necesario señalar que, para efectos de acreditar el término de constitución exigido en los términos de referencia, **las sucursales, quienes no tienen personería jurídica independiente, deben aportar la documentación de la matriz,** pero las filiales y subsidiarias por ser sociedades con personería jurídica independientes, deben acreditar su propio término de constitución y no el de la matriz o controlante, de modo que no se acepta la solicitud en este sentido”. (negritas fuera de texto original) (FINDETER, 2015).

La RTVC en algunas oportunidades ha acogido la figura de la invocación de méritos, por lo cual nos permitimos citar:

“En atención a su observación RTVC se permite precisar que se aceptará la invocación de méritos para acreditar la experiencia solicitada en el pliego de condiciones como requisito habilitante, y por tanto, procederá a incorporar en el pliego el texto que se señala a continuación, en el que se precisa cómo podrán invocar méritos y los documentos a presentar para acreditar la relación de control, así: “El Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) podrá(n) presentar la Experiencia que se exige en estos Pliegos, de sociedades controladas por el Proponente (o por los miembros de una Estructura Plural) o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz. Para estos efectos habrá control o se considerará matriz exclusivamente cuando se verifique que el Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) o su matriz, según sea el caso, respecto de la sociedad cuya experiencia acredita o que la sociedad cuya experiencia se acredita respecto del Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital” (RTVC, 2012).

Otro escenario en el que se ha referido a la Invocación de méritos ha sido en los análisis jurídicos presentados por los proponentes en las observaciones a los procesos de selección que, siendo aún menos vinculantes, sí son una referencia respecto de la figura en estudio. Me permito citar un ejemplo de la materia:

“Invocación de méritos. - Les solicito que permitan la invocación de méritos de la casa matriz de forma tal que se amplíe la convocatoria y con ello se garantice el principio de concurrencia arriba explicado. Lo anterior, se podría implementar a través de la presentación de una "comfort letter" para acreditar experiencia de la casa matriz. La invocación de méritos de empresas de un mismo grupo societario ha sido un tema ampliamente aplicado en procesos de selección en Colombia como es el caso de la Aeronáutica Civil, RTVC, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Defensa, el Metro de Medellín entre otras entidades públicas. Así las cosas es indudable la ventaja que se le genera a las entidades públicas abrir el espectro

para que los proponentes presenten sus propuestas y en consecuencia puedan acceder a ofertas más favorables para la entidad. Ahora, desde el punto de vista jurídico es claro que las filiales y la matriz a pesar de ser personas jurídicas independientes, dependen las primeras de las últimas, y sólo se conforman como sociedades diferentes para facilitar la operación comercial del grupo societario. Es por ello que se puede afirmar que su separación sólo obedece a un tema de funcionamiento, y en consecuencia la experiencia de una no dista de la de la otra. Dicho en otras palabras, las sociedades de un mismo grupo tienen la misma experiencia y en consecuencia es posible que las filiales acrediten la experiencia de su matriz y ello se logra a través de la figura de invocación de méritos. Dado lo anterior, solicitamos que dentro de la Convocatoria se permita usar la figura de la invocación de méritos a través de una comfort letter.

OBSERVACIÓN 1: “¿Es factible la invocación de méritos de experiencia de las empresas controladas por parte de la empresa controlante en el entendido que la empresa controlante ostenta la mayoría absoluta de las acciones de sus controladas? Para el caso concreto nos gustaría saber si por ejemplo la empresa A, que presentaría oferta en la Selección Pública 04 de 2012, puede invocar los méritos de las empresas B y C que son controladas por A. De ser posible esta invocación por favor indíquenos qué documento idóneo se puede utilizar para demostrar la calidad de la relación controlante-controlada" (RTVC, 2012).

Como puede evidenciarse en los fragmentos citados con anterioridad, la finalidad de la invocación de méritos es el cumplimiento de los requisitos solicitados por las entidades contratantes, a partir de acreditación de la experiencia de la matriz. No obstante, el debate suele surgir a partir de poder definir si la matriz también responde solidaria o subsidiariamente en el cumplimiento del contrato. Para esto, como se observa de la citación anterior, uno de los proponentes propuso la admisión de la invocación de méritos

acompañada de una *comfort letter*, por lo cual nos permitimos pronunciarnos sobre esta figura.

La *Comfort letter* es definida en los siguientes términos:

“Is a letter in business matters written to assure another party of the writer's intentions. It is essentially not supposed to be binding in law but can allow negotiations or commerce to continue. Examples are in relation to contract negotiations and in relation to the absence of permissions from local authorities” (Legal Dictionary, s.f.).⁷

Como puede evidenciarse en la anterior definición, la *comfort letter* o carta de conformidad hace referencia a una carta emitida en contextos comerciales, en la que se da garantía de las condiciones de una negociación contractual o de la conformidad con permisos y licencias administrativas. Se resalta que esta propuesta en Colombia no constituiría una garantía contractual en estricto sentido, de manera que no sería jurídicamente la figura más pertinente, sin embargo, existen otros mecanismos de responsabilidad que podrían reemplazar dicho documento. Por demás se pone de presente que en el caso de las sucursales y matrices existe una responsabilidad subsidiaria en la medida que se trata de una sola persona jurídica, como definimos en el primer acápite de la presente investigación. Al respecto me permito citar el concepto de la Superintendencia de Sociedades en el que esta autoridad se pronuncia al respecto:

“En lo que hace referencia a las personas que deban responder por las obligaciones civiles de la sucursal, le manifestamos que una sucursal en general, sea de sociedad extranjera o

⁷ Es una carta en materia de negocios escrita para asegurara la otra parte dentro de la intención de la carta. Esta no es esencialmente vinculante en ley, pero puede permitir negociaciones para la continuidad del comercio. Algunos ejemplos están en las relaciones contractuales de negocio y en relación con la ausencia de permisos locales (traducción propia)

nacional, es un establecimiento de comercio conformado por un conjunto de bienes corporales e incorporales, carente de personería y que se crea con un objetivo muy preciso, el cual es para la realización de actividades propias del objeto social de la casa matriz, a la que se encuentra íntimamente ligada por cuanto es una prolongación de la misma; **en ese orden de ideas, es a la casa matriz la que tiene capacidad para obligarse y ser obligada, y por tanto responder por todos los negocios de su sucursal.** Así las cosas, si la sucursal no atiende las obligaciones que hubiere contraído al efecto, la casa matriz las asume, pues la personalidad jurídica de aquella es la misma que ostenta esta.” (Superintendencia de Sociedades, 2015) (negritas fuera de texto original).

Adicionalmente, deberá advertirse que las sucursales de las sociedades extranjeras constituidas dentro del territorio colombiano son sujetos de vigilancia por la Superintendencia de Sociedad, garantizando un mínimo de control por parte del Estado:

“Sobre el particular le manifestamos que es función de esta Superintendencia ejercer la vigilancia sobre las sucursales de sociedades extranjeras abiertas en territorio nacional de acuerdo con lo expuesto por el artículo 470 del estatuto mercantil, el cual fue desarrollado por el literal f) del Artículo 6o. del Decreto No. 3100 del 30 de diciembre de 1.997, por medio del cual se determinaron las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades” (Superintendencia de Sociedades, 2015).

No obstante, los casos en los cuales se permite la invocación de méritos citados con anterioridad se deben reconocer que en la mayor parte de los procesos de contratación actuales no se pronuncian las entidades respecto de la invocación de méritos, ni siquiera de manera tácita. Ejemplo de lo anterior son los pliegos tipos que han sido diseñados por el Departamento Nacional de Planeación -DNP- y la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, los cuales no han incluido ninguna disposición al respecto, reforzando el

vacío que tienen las entidades públicas en la materia. Este problema tendrá mayor incidencia cuando entre en vigor el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 en el que hacen de aplicación obligatoria estos documentos.

2.2.3 La invocación de méritos en sistema jurídicos comparados: Caso España.

Con el fin de analizar la figura de la invocación de méritos me permito exponer de manera sucinta el caso de España. Lo primero que debe advertirse es que esta figura es usada de manera común en los procesos de concurrencia selectiva para cargos públicos y procesos contractuales, no obstante, su uso hace referencia a la invocación de méritos propios y no de la persona jurídica extendida o de las subordinadas y controlantes. Es decir, las sentencias de los tribunales contenciosos que analizan dicha figura hacen referencia al estudio de la actuación de la administración respecto de la evaluación del mérito propio: la experiencia personal y los estudios. Me permito citar algunos pronunciamientos de los tribunales contenciosos españoles en los que se ejemplifica lo anteriormente enunciado:

“LA INVOCACIÓN DE MÉRITOS Y SU ACREDITACIÓN EN LOS PROCESOS DE CONCURRENCIA SELECTIVA, Y EN LOS QUE NO LO SON.

La sentencia apelada, pese a reconocer que el recurrente ha acreditado en sede judicial superar los 20 años de ejercicio profesional en instituciones dependientes del Servicio Nacional de Salud, desestima el recurso porque no lo acreditó donde debía: en la fase administrativa y junto a su solicitud. Añade que no procedía que la Administración le requiriese de subsanación para que acreditase los méritos invocados en su solicitud, porque ni siquiera los invocó.

En este punto y cuando se trata de procesos de concurrencia selectiva -como un concurso oposiciónesta Sala ha reiterado que no debe confundirse la presentación extemporánea de un

mérito no invocado, de lo que es la subsanación de la defectuosa acreditación de un mérito invocado en plazo. En el primer caso, no cabe computar méritos que se invocan y acreditan fuera del plazo establecido, pero sí cabe computar los del segundo supuesto, es decir, aquellos en que sí se invocaron pero se acreditaron de modo incorrecto y en modo que puede y debe ser subsanado.

Esto es importante para la decisión que se ha de tomar, pues en un proceso de concurrencia a un número limitado de plazas, una interpretación flexible y excesivamente generosa con respecto a la acreditación de los méritos de uno de los aspirantes, va en detrimento de los derechos de aquellos otros aspirantes que sí cumplieron rigurosamente con lo indicado en las bases. Estas diferencias interpretativas, pueden llevar a vulnerar al principio de igualdad en el acceso. Pero ya no hay riesgo de afectación a los derechos de terceros en procesos como el que nos ocupa, en que el reconocimiento a uno no condiciona el derecho al reconocimiento de otro. Así pues, la aplicación del principio de proporcionalidad en el grado de subsanación de defectos en la acreditación de méritos, puede y debe ser aquí más generosa.

La segunda precisión está ligada con lo argumentado en la sentencia del TS antes citada de 9 de julio de 2012, respecto a que la omisión de requerimiento de subsanación por parte de la Administración (art. 71,1º LRJyPAC) puede compensarse con la presentación posterior de alegaciones respecto a los méritos no computados. Pues bien, como veremos, en el caso no se requirió de subsanación al solicitante, pero es que tampoco se atendió a las alegaciones presentadas por el Dr. Indalecio el 14 de noviembre de 2008 frente a las listas provisionales y en que ya advertía del error en el cómputo de la antigüedad” (TSJ ISLAS BALEARES (PALMA), SALA DE LO CONTENCIOSO, 2016).

Por su parte el Tribunal Superior Judicial de Zaragoza señaló:

“Deduciendo las consecuencias de la anterior afirmación -posibilidad de revisión cuando se vulneran las bases de la convocatoria- la jurisprudencia ha venido reconociendo, y este Tribunal ha tenido ocasión de poner de manifiesto reiteradamente -por todas las sentencias de esta Sala 127/1992, 9 de marzo de 1992-, que las facultades de revisión son más amplias pudiendo, en consecuencia, ser fiscalizado y revisado el proceder de los tribunales calificadoros en toda su extensión cuando se trata de la estimación de méritos y de aplicar el baremo correspondiente, por ser éste un elemento objetivo y normativo, ya que "no es posible atribuir méritos que expresamente no se consideren por la convocatoria o legalmente no sean considerables, dejar de apreciarlos en quienes concurren, ni aplicar porcentajes superiores o inferiores a los asignados para cada uno de aquellos, porque la consignación de unos y otros y el consiguiente baremo suponen el establecimiento de un sistema de selección totalmente reglado del que tales tribunales no pueden apartarse". Sin embargo, más limitadas son las posibilidades de revisión de los Tribunales cuando se trata de enjuiciar la valoración en fase de oposición, fase en la que el control de la discrecionalidad por medio de la interdicción de la arbitrariedad se convierte en la técnica de control fundamental” (Tsj Aragón (Zaragoza), Sala De Lo Contencioso 2001).

En cuanto al régimen normativo en materia de contratación, la Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo sobre contratación pública no hace referencia directa a los vocablos invocación de méritos, no obstante, sí permite la acreditación de la capacidad de otras entidades en el artículo 63 con la presentación, de ser necesario de cartas de compromiso, el cual dispone:

“Artículo 63 Recurso a las capacidades de otras entidades 1. Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá,

cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto” (PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2014).

En este sentido se observa que en el ordenamiento europeo hay cabida a la invocación de méritos por vía normativa, acreditando la experiencia de otras entidades siempre y cuando se tenga vía jurídica de garantizar la solidaridad en cuanto a la responsabilidad en el cumplimiento del contrato.

Capítulo III: Casos de Estudio

El debate jurídico teórico que se ha presentado en diversas instancias administrativas, relativas a la posibilidad de valorar o no favorablemente la experiencia de las matrices extranjeras cuando el proponente es la sucursal de la mismas, es decir, relativas a la invocación de méritos, y que se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación, tiene varias consecuencias jurídicas que pueden afectar la responsabilidad personal de los servidores públicos, el erario e incluso la responsabilidad internacional del Estado.

Sumado a la incertidumbre jurídica que han generado los vacíos normativos y la falta de unificación de criterio en las autoridades administrativas, lo anterior conlleva a que los servidores públicos se llenen de temor a la hora de tomar alguna decisión en la materia, causando decisiones disimiles: unas tendientes a excluir toda sucursal de proponentes extranjeros y aquellas dirigidas a permitir la invocación de méritos desde una posición más garantista.

Adicional a lo anterior, las constantes noticias de condenas sobre incumplimientos contractuales de empresas extranjeras que lejos de terminar en procesos sancionatorios o de reparación contra éstas, finalizan en tribunales de arbitramento internacional que buscan la condena del Estado Colombiano, pareciera un diagnóstico de debilidad en la protección de la inversión extranjera, falta de seguridad jurídica e, incluso, expropiaciones indirectas.

Ejemplo de estas circunstancias han sido casos como el fracaso de la construcción y diseños de los juegos nacionales en Ibagué por las empresas extranjeras Typsa⁸; la empresa Tripe A⁹ y Metroagua¹⁰ filiales de Canal de Isabel, empresa española; el elefante blanco el cual el mayor sería el Data Center protagonizado por ACECO¹¹, empresa de origen Brasilero; Sacyr¹² y la paralización de la Ruta de Sol entre Sucre, Bolívar y Atlántico, que antes de la construcción reclamó desequilibrios económicos y problemas financieros, o para ir aún más

⁸ <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/juez-avalo-preacuerdo-entre-fiscalia-y-exjefe-de-licitaciones-de-typsa-por-caso-juegos-nacionales-articulo-729580>

⁹ <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/saqueo-a-barranquilla-en-caso-triple-a-llega-a-los-264-mil-millones-196284>

¹⁰ <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/magdalena/metroagua-tendra-que-devolver-redes-de-acueducto-la-alcaldia-de-santa-marta-articulo-680248>

¹¹ <https://www.eltiempo.com/bogota/obra-de-etb-en-puente-aranda-que-se-convirtio-en-elefante-blanco-123986>

¹² <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/anuncian-proceso-de-caducidad-en-proyecto-de-sacyr-en-via-4g-91474>

atrás podemos recordar el caso de Telefónica Movistar, Electricaribe o el mismo Odebrecht, entre otros innumerables casos.

En consecuencia, de las anteriores variables, en algunos casos, los servidores públicos han decidido restringir la participación de las empresas extranjeras de manera directa en los pliegos de condiciones o términos de referencia, o de manera indirecta estableciendo requisitos adicionales a los extranjeros, como no permitir la participación de las sucursales recién constituidas en el territorio nacional. Frente a lo cual, es importante tener presente que estas actuaciones serían contrarias a la normativa vigente, en la medida que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993¹³ es claro en indicar que son capaces de celebrar contratos con el Estado de Colombia las personas jurídicas nacionales y extranjeras, sin dejar lugar a duda al respecto en cuanto a que los extranjeros pueden participar en la contratación pública colombiana. Adicional a la protección interna de la ley a la participación de empresas extranjeras, no pueden desconocerse la protección en los capítulos de compra públicas que se han integrado a los tratados internacionales. En este orden de ideas, a pesar de los casos controversiales, los incumplimientos de empresas extranjeras, e incluso las cuantiosas demandas, es premisa del presente capítulo afirmar la imposibilidad legal de limitar la participación de proponentes en los procesos de contratación pública colombiana, del régimen de la Ley 80 de 1993 y aquellos de régimen especial.

¹³LEY 80 DE 1993. **ARTÍCULO 60. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR.** Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, en el presente capítulo, pretendo desarrollar algunos de los casos controversiales, que han dejado, por lo menos mediáticamente, la sensación de que permitir la participación de empresas extranjeras en la contratación pública resulta contraproducente. El caso elegido, corresponde a un contrato siniestrado, celebrado por una empresa extranjera a través de su sucursal, caracterizado porque durante el proceso de selección la sucursal acreditó experiencia y otros requisitos de su matriz para ser adjudicatario del contrato. Asimismo, seleccioné un contrafáctico o contraejemplo, caracterizado por ser otro contrato siniestrado, pero celebrado directamente por la empresa extranjera sin constituir sucursal en el territorio colombiano.

Vale la pena aclarar, en cuanto al desarrollo metodológico del presente trabajo, que los casos fueron seleccionados con diversas variables. La primera de ellas fue la selección a partir de casos mediáticamente visibles, la segunda está relacionada con que el contratista fuese una empresa extranjera y la tercera que esta empresa extranjera ejerciera su actividad comercial a través de una sucursal o no.

Me permito advertir que se verificó la calidad de sucursal de persona extranjera a través de la revisión del certificado de Existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio, en los cuales se deja constancia de la naturaleza de estas personas jurídicas como sucursales de sociedades extranjeras.

En un segundo momento, como contrafáctico me permito exponer un caso en donde intervino directamente la persona jurídica extranjera y no su sucursal, en aras de analizar aquellas afirmaciones según las cuales comprometer directamente la persona jurídica extranjera permite tener mayor certeza en el cumplimiento y soporte financiero del contratista.

- **Caso Typsa**

Typsa, definida por su página oficial, es un grupo empresarial de origen español, fundado en 1966, el cual se caracteriza por el desarrollo en los campos de ingeniería civil, arquitectura, industria, energía y medio ambiente, así como en desarrollo de infraestructura y equipamientos (Grupo Typsa, s.f.).

Este grupo empresarial, constituyó sucursal en Colombia, de acuerdo con el certificado de Existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de enero de 2010 bajo la razón social *Técnica y proyectos S.A TYP SA*. No obstante su relativa antigüedad en Colombia, el nombre de esta compañía empieza a ser mediáticamente conocido solo hasta el año 2015, en donde, a partir del fracaso del proyecto de Los juegos Nacionales en el Tolima, se abre toda clase de investigaciones sobre la posible responsabilidad de la sucursal española en razón a la deficiente elaboración de los diseños de dichas obras.

En el año 2013, el Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué - IMDRI- publicó el Concurso de Méritos 012, a través del cual seleccionaría al contratista para la elaboración de los Estudios y diseños para la construcción, adecuación y remodelación de los escenarios del parque deportivo y de las instalaciones de la unidad deportiva de la Calle 42 con carrera 5a., en la ciudad de Ibagué para los XX juegos Deportivos Nacionales y IV paranacionales 2015. Este proceso contaba con un presupuesto oficial de once mil quinientos millones de pesos (\$11.500.000) M/CTE y comprendería una de las primeras fases de la más importante obra de infraestructura en el departamento para la época.

El día 30 de octubre de 2013 se dio apertura al proceso de selección, frente al cual se presentaron, en su etapa preliminar, diversas observaciones a los pliegos de condiciones por

más de cinco empresas posibles oferentes¹⁴, quienes de manera unánime manifestaron que los requisitos presentados en los pliegos, especialmente aquellos referidos a la experiencia y capacidad financiera eran muy difíciles de cumplir por empresas nacionales, o incluso, sucursales de empresas extranjeras. Sin embargo, haciendo caso omiso a dichas observaciones, la entidad se mantuvo en los textos originales del pliego de condiciones.

Entre otros requisitos, el pliego de condiciones del concurso de méritos exigió una capacidad financiera de acuerdo con la cual el contratista debía acreditar un patrimonio base de más de \$11.500.000.000, y una experiencia de 25 años o más en proyectos relacionados. Ahora bien, los pliegos de condiciones en ningún apartado referían a la invocación de méritos como se ha estudiado en el presente trabajo de investigación, es decir, no incluían ninguna disposición referente a regular si las sucursales de empresas extranjeras podían o no acreditar la experiencia de las matrices.

No obstante, la ausencia de regulación, dentro del proceso de selección la entidad, permitió la acreditación de la experiencia de la matriz extranjera por la sucursal. Esto último no fue explícito en el informe de evaluación del proceso de selección, pero puede concluirse de los datos contenidos en el Certificado de Existencia y Representación de la Sucursal referente a que, de acuerdo con el citado certificado, para la fecha de presentación de oferta, la sucursal solo tenía 3 años de constituida, de manera que es fácticamente imposible que contara con 25 años de experiencia. Contrario a esto último, la matriz Typsa de España, fundada en 1966 como se indicó con anterioridad, sí contaba con la experiencia requerida.

¹⁴ Empresas: Carlos Eduardo Sánchez, construcciones civiles de oriente; arquitecto Carlos Arturo Varón; Engevix Engenharia S.A; IDOM Ingeniería y consultoría S.A; Fernando Varón Palomino, entre otros.

El 08 de noviembre de 2013 se dio cierre al proceso de selección con un solo proponente: Tyspa Sucursal Colombia (Instituto Municipal para el deporte y la recreación de Ibagué, 2013), quién el 21 de noviembre del mismo año resulto adjudicatario del proceso de selección a través de la resolución de adjudicación No. 512 “*por medio del cual se adjudica el Concurso de Méritos No. 12 de 2013*” por un valor de once mil cuatrocientos noventa y nueve millones quinientos veinte mil ochocientos pesos (\$11.499.520.800):

“RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Adjudicar a la empresa TECNICA Y PROYECTOS S.A TYPSPA identificado con el NIT No. 900.335.108-1 el contrato Estatal que surge como resultado del proceso de Concurso de Méritos No 12 de 2013 cuyo objeto es “REALIZAR LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA LA CONSTRUCCIÓN, ADECUACION Y REMODELACIÓN DE LOS ESCENARIOS DEL PARQUE DEPORTIVO Y DE LAS INSTALACIONES DE LA UNIDAD DEPORTIVA CALLE 42 CON CARRERA QUINTA DE LA CIUDAD DE IBAGUE PARA LOS XX JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES Y IV PARANACIONALES 2015”, por valor de ONCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$ 11.499.520.800.00).

ARTICULO SEGUNDO: Contra la presente Resolución no procede recurso alguno por vía Gubernativa.

ARTICULO TERCERO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición. COMUNIQUESE Y CUMPLASE

CARLOS HEBERTO ANGEL TORRES

Gerente” (Instituto Municipal para el deporte y la recreación de Ibagué, 2013)

A pesar de que en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP- no reposan los documentos de la ejecución del contrato, debido a las investigaciones surgidas con posterioridad al mismo, es de conocimiento del público que el mismo presentó unos sobrecostos alrededor del 50% del valor original y las obras actualmente se encuentren abandonadas.

No puede desconocerse que el siniestro del contrato de obra no es consecuencia exclusivamente de la mala ejecución de los diseños por Typsa, no obstante, en las investigaciones adelantadas por las autoridades, algunos funcionarios de la Alcaldía de Ibagué y de la empresa española se encuentran actualmente privados de la libertad debido a la indebida ejecución del contrato.

Ahora bien, en cuanto a la persecución de la recuperación de los bienes, es importante resaltar que la Fiscalía, en el marco del proceso 2016-13720 que se adelanta en la fiscalía 35 especializada, decretó la suspensión del poder dispositivo y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de la sucursal de sociedad extranjera de Typsa, quien, de acuerdo con los datos oficiales, reporta activos por \$40.000.000.000, información que se encuentra a disposición del público en general en el certificado de Existencia y representación de la sucursal.

Así las cosas, no es posible concluir que la contratación con una sucursal y no con la empresa directamente (matriz) permitió la evasión de los procesos judiciales económicamente, como tampoco es suficiente el caso para concluir que la poca experiencia de la sucursal haya sido la causa del siniestro contractual. Así pues, como se evidencia, fue posible realizar la persecución de los bienes, en la medida que el registro público mercantil permitía la identificación de estos.

Expuesto lo anterior, quisiera poner de presente el caso de ACECO, una multinacional brasilera ampliamente conocida a nivel mundial por su participación en proyectos de tecnología, que los bogotanos debemos recordar por el fracaso en la construcción de lo que sería el Data Center con más alta tecnología del país.

- **Caso ACECO**

El día 13 de marzo de 2015, ETB publicó la Invitación Privada No. 10288059, contentiva de los términos de referencia para contratar la “Implementación del nuevo Data Center de ETB, incluida la ejecución de obras civiles, el suministro de bienes, los servicios de instalación, configuración, pruebas, estabilización y puesta en funcionamiento”. Dentro de dicho proceso de selección, regido por la normativa privada y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la sociedad ACECO TI SA, empresa brasilera, sin domicilio en Colombia, presentó oferta resultando adjudicataria del proceso antes referido por ser, supuestamente, la empresa idónea para la ejecución.

Producto de lo anterior, la sociedad ACECO TI SA celebró contrato público con el objeto de realizar la “implementación del nuevo Data Center de ETB, incluida la ejecución de obras civiles, el suministro de bienes, los servicios de instalación, configuración, pruebas, estabilización y puesta en funcionamiento, de conformidad con las condiciones establecidas en los términos de referencia, en los anexos técnicos, anexos financieros, en la oferta y contraoferta y con el Manual de Contratación de ETB”. (ETB-ACECO TI SA, 2015)

Tan solo un mes después del inicio del contrato de obra, la interventoría realizó la primera reunión con la entidad reportando atrasos en la ejecución del cronograma por parte de la constructora brasilera, lo que luego de varias reuniones y oficios terminó en el siniestro del contrato sin la ejecución completa de la obra, titulado por los medios de comunicación como el Elefante Blanco de Puente Aranda (EL TIEMPO, 2017).

Como en otros casos, no puede imputarse el siniestro contractual a una sola variable. No obstante, la crisis en dicha contratación inició con la retención en pagos a ACECO por parte de la ETB, lo que coincidió con la depresión económica de Brasil, es decir, una desfinanciación de la empresa extranjera.

En cuanto al estado de la persecución de los perjuicios, a pesar de los insistentes pronunciamientos mediáticos de la ETB en perseguir a ACECO judicialmente (LA W RADIO, 2017), hoy en día no existe registro público de persecución judicial efectiva pese al informe de la Contraloría Distrital en donde se realizan varios hallazgos administrativos con incidencias fiscales y penales en contra de la ETB y ACECO (CONTRALORÍA DE BOGOTÁ, 2016, págs. 31-33).

En comparación con el caso expuesto anteriormente (Tysa), quisiera resaltar que en el primero se permitió una invocación de méritos, mientras que, en el segundo, en lo que parecería una posición más garante de la ejecución del contrato, se celebró el contrato directamente con la empresa extranjera: ACECO TI SA. Sin embargo, en los dos casos se presentaron los mismos resultados respecto al incumplimiento del contrato. Ahora bien, en cuanto a la persecución de bienes de dichas empresas, hasta el momento puede evidenciarse una mayor eficiencia en la persecución judicial de la empresa que operó a través de una sucursal en el país respecto de aquella que contrató directamente con la matriz.

En este orden de ideas, es importante resaltar que independiente de la figura jurídica a través de la cual la empresa extranjera opere en el territorio nacional (sucursales o directamente la empresa), la fortaleza judicial interna y de las instancias internacionales es donde realmente recae el éxito de las reclamaciones del Estado frente a terceros extranjeros que incumplen obligaciones contractuales. Lo anterior, contrario a la creencia de que limitar la participación de sucursales recién constituidas de empresas extranjeras es la forma de

evitar incumplimientos de estas últimas, lo que, por demás sería violatorio de normas nacionales e internacionales.

Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, me permito presentar como conclusión principal que el régimen jurídico de la contratación pública en Colombia sí permite la acreditación de la experiencia de las matrices extranjeras por las sucursales que dichas empresas constituyan en el territorio colombiano en la medida que constituyen una unidad de persona jurídica y no existe normativa vinculante que lo prohíba, es decir: la invocación de méritos en los procesos de selección pública es jurídicamente viable, tal como se evidenció en páginas anteriores.

Contrario a lo anterior, restringir de manera indirecta la participación de proponentes extranjeros a través de la prohibición de la invocación de méritos en los procesos de selección puede conllevar responsabilidad personal del ordenador del gasto desde distintas perspectivas. Por un lado, puede implicar responsabilidad fiscal por repetición en caso de condenas al Estado, en casos, por ejemplo, en los que se demanda la decisión de adjudicación por contener normas violatorias del principio de libre concurrencia, entre otros, y como perjuicios se reconoce la utilidad esperada. Lo anterior en la medida que el artículo 119 del Estatuto Anticorrupción –Ley 1474 de 2011- reconoce como solidariamente responsables a los ordenadores de gasto.

Por otro lado, como servidores públicos pueden ser disciplinariamente responsables por la omisión de sus deberes legales o la extralimitación de los mismo y, finalmente, puede ser penalmente responsables por el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, al valga la redundancia celebrar el contrato con violación al principio de selección objetiva y la omisión de normas de derecho privado y público que permiten la participación de las empresas extranjeras aplicando la invocación de méritos.

Adicionalmente a la protección interna de la ley a la participación de empresas extranjeras, no pueden desconocerse la protección en los capítulos de compra públicas que se han integrado a los tratados internacionales. En este orden de ideas, a pesar de los casos controversiales, los incumplimientos de empresas extranjeras, e incluso las cuantiosas demandas que son de conocimiento del público en general, se encuentra imposible legalmente limitar la participación de proponentes en los procesos de contratación pública colombiana, del régimen de la Ley 80 de 1993 y aquellos de régimen especial, tal como se evidenció a lo largo de la investigación.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento de unidad de persona jurídica entre las matrices y sucursales, se evidenció un vacío normativo en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en la doctrina de la autoridad administrativa en la materia, que conlleva a que se perpetúe un debate jurídico respecto a esta figura, por el cual, de hecho se inició la presente investigación. Al respecto, como se advirtió con anterioridad se señala que si bien, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no desarrolla el reconocimiento de unidad de persona jurídica entre matrices y sucursales, sí remite, en lo no regulado a la aplicación de la normativa civil y comercial a través del artículo 13, de acuerdo con el cual:

“ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”

En este sentido, el vacío normativo que ha perpetuado la discusión sobre la acreditación de experiencia debería subsanarse y terminarse con la aplicación de normas de

derecho privado como se expuso a lo largo del presente trabajo, y la remisión a este régimen de la Ley 80 de 1993.

En cuanto a la permanente preocupación de que en Colombia se constituyan “empresas de papel” por parte de las empresas extranjeras para participar en los procesos de contratación, refiriéndose a que grandes empresas extranjeras constituyen sucursales que en la práctica no tienen la idoneidad de la matriz, debe advertirse que existe un régimen de responsabilidad entre la matriz y la sucursal que les otorga un trato de deudor principal a la primera, de manera que la persecución judicial a una u otra debería ser indiferente. Por el contrario, se evidencia que la persecución judicial de empresas que no tienen ningún bien o representación efectiva en Colombia, es decir, aquellas que contratan directamente y no constituyen sucursal, suele representar un mayor reto y costos para el Estado, en la medida que la jurisdicción competente podría no ser Colombia.

Asimismo, se encontró que no es posible concluir, *per se*, que la contratación con sucursales de empresas extranjeras, y no directamente con estas últimas, implique el siniestro e incumplimiento del contrato, pues los casos de incumplimiento se derivan de una multiplicidad de variables. Como puede evidenciarse de los casos en estudio, tanto sucursales como empresas extranjeras pueden incumplir contractualmente, pues el incumplimiento dependerá más de temas como la capacidad financiera, la experiencia, las variadas interpretaciones del clausulado, entre otras. Por lo anterior no puede continuarse argumentando jurídicamente que no es posible celebrar contrato con dichas personas, sino que deberá realizarse un análisis del sector en donde realmente se evidencie la capacidad del mercado con el fin de estructurar los procesos de contratación de tal manera que los aspectos

ponderables y habilitantes conlleven mayores garantías de cumplimiento del contrato a satisfacción.

Es por tanto que, se pregunta para futuras investigaciones ¿qué medidas de garantía de cumplimiento podrían imponerse a proponentes extranjeros, sin domicilio en Colombia, con el fin de garantizar facilidades en la persecución de éstos en casos de incumplimiento que no implique violación a acuerdos internacionales? Así, se podría evitar la perpetuación de titulares referentes a los altos costos o imposibilidad de sancionar contratistas extranjeros y contratos siniestrados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencia Normativas y Jurisprudenciales

Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1150 or medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN . (2015). *Decreto 1082 POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL.*

Gobierno Nacional Colombiano- Ministerio de Justicia. (s.f.). *DECRETO 410 DE 1971.*

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. (2006). *Decreto 2400 Por el cual se regula la construcción de Interconexiones Internacionales de Gas Natural.*

Jurisprudencia Nacional

Sentencia C-400 (Corte Constitucional 1999).

Sentencia C-713 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia 85001-23-33-000-2013-00221-01 (52.805) (Consejo de Estado 09 de 02 de 2017). Recuperado el agosto de 2018

Jurisprudencia extranjera

Sentencia 31 de enero de 2001 (TSJ ARAGÓN (ZARAGOZA), SALA DE LO CONTENCIOSO 31 de enero de 2001).

Sentencia 465/2016 (TSJ ISLAS BALEARES (PALMA), SALA DE LO CONTENCIOSO 14 de septiembre de 2016).

Referencias Académicas y doctrinales

Aramouni, A. (1996). *Práctica de Derecho Societario.* Librería Jurídica ONI.

Baena, L. G. (2009). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). Obtenido de www.ccb.org.co:

<https://www.ccb.org.co/Preguntas-frecuentes/Registros-Publicos/Sobre-nuestros-registros/Fundaciones-y-Asociaciones-ESAL-ONG/Las-ESAL-pueden-abrir-establecimientos-sucursales-o-agencias>

Colombia Compra Eficiente. (2013). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación Versión M-DVRHPC-04*. Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (2016). *Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación -V G-ACPC-02*. Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (2017). *Guía para la codificación de bienes - Versión G-CBS-02*. Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (2018). *Circular Única*.

CONTRALORÍA DE BOGOTÁ. (2016). *Informe de Auditoria Modalidad Desempeño*. Bogotá.

DATA CENTER CONSULTORES S.A -INTERVENTORÍA TÉCNICA. (2015). *Acta de Reunión 26 de agosto*. Bogotá.

ETB-ACECO TI SA. (2015). CONTRATO.

Fonseca, X., & Rivera, L. (2005). *Manual de Legislación comercial*.

Galvis, D., & Jimenez, L. (2013). APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN LEGAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y COMERCIAL. *Mercatoria*, 98- 152.

Escobar Gil, R. (2000). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis Editores.

Gomez Lee, I. D. (2010). *Contratación Visible. Manual para un buen control de recursos en la contratación pública.* . Bogotá: PProcuraduría General de la Nación.

FINDETER. (28 de febrero de 2014). Respuesta a observaciones PAF-MME-0005-2014.

Bogotá.

FINDETER. (2015). Respuesta a observaciones CONVOCATORIA No. PAF-ATF-C-024-2015. Bogotá.

FINDETER. (2015). Respuesta a observaciones PAF-EUC-006-2015. Bogotá.

FONDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS

COMUNICACIONES. (s.f.). Observaciones proceso FTIC-LP-004-2012. Bogotá.

Obtenido de

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-79589>

Instituto Municipal para el deporte y la recreación de Ibagué. (08 de 11 de 2013). *SECOP I.*

Obtenido de Acta de Recepción de propuestas.

Legal Dictionary. (s.f.). Obtenido de Legal Dictionary: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/comfort+letter>

Narvaez García, J. I. (1999). *Teoría General de las Sociedades.* Bogotá: Legis. Octava Edición.

Narvaéz García, J. I. (2002). *Teoría general de las sociedades 9na edición.* Bogotá: Legis Editores.

PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. (2014). *DIRECTIVA 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE* . Diario Oficial de la Unión Europea.

RAE. (2017). *dle.rae.es*. Recuperado el agosto de 2018, de DICCIONARIO REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: <http://dle.rae.es/>

RTVC. (2012). Respuesta a observaciones PROCESO DE SELECCIÓN PÚBLICA N° 04 DE 2012.

Superintendencia de Sociedades. (2015). *Concepto 220-099968*. Bogotá.

Superintendencia de Sociedades. (2015). *Concepto # 220-332820. Ref. La responsabilidad de una sucursal la asume la casa matriz que es la que ostenta la personería jurídica*. Bogotá.

Superintendencia de Sociedades. (s.f.). *Concepto Jurídico 220-23728*. Bogotá.

Superintendencia de Sociedades. (s.f.). *GUÍA PRÁCTICA RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades.

Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *Contratación Estatal. Legislación*. Bogotá: Universidad Externado.

Referencias de Prensa

EL TIEMPO. (27 de agosto de 2017). El millonario elefante blanco que heredó la ETB. Bogotá, Colombia.

Grupo Tysa. (s.f.). *El grupo Tysa- información corporativa*. Recuperado el septiembre de 2018, de <https://www.tysa.com/informacion-corporativa/el-grupo-tysa/>

LA W RADIO. (16 de 02 de 2017). ETB perdería más de \$5.000 millones de pesos por incumplimiento de contratista. Bogotá, Colombia.

