

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO

Abogado

U. DE CARTAGENA.

Especialista en Derecho de los Negocios

Especialista en Derecho Comercial

U. EXTERNADO DE COLOMBIA.

Cartagena de Indias, D. T. y C., 07 de noviembre de 2014.

Señores

TRANSCARIBE S. A.

SELECCIÓN ABREVIADA No. SA – MC – 007 – 2014.

Crespo, Cra 5^a, Calle 67, No. 66 – 91, Edificio Eliana

Cartagena, Bolívar

Colombia.

Fax 6665217, 6583334

Correo Electrónico: licitacionoperacion@transcaribe.gov.co

Referencia: Proceso de Selección Abreviada No. SA – MC – 007 – 2014. Observaciones a la evaluación que Transcaribe S. A., realizó sobre la propuesta que Transambiental S. A. S., introdujo en la licitación pública mencionada.

Respetuosos saludos:

Procedemos a presentar nuestras observaciones sobre la evaluación que Transcaribe S. A., realizó sobre la propuesta que Transambiental S. A. S., introdujo en la licitación pública citada en la referencia de este memorial:

1. En la evaluación jurídica de la mencionada oferta, en el título denominado "**ANALISIS DE LA OFERTA EN RELACION CON LA ACREDITACION DE REQUISITOS POR LA MATRIZ**", se trajo a

colación el punto 4.4 de los pliegos de condiciones que rigen la licitación pública citada en la referencia de este memorial, y al respecto de indicó que “Respecto del proponente singular, esto es, sociedades o cooperativas de objeto único, el cumplimiento de los requisitos habilitantes por matrices, subsidiarias o filiales se podrá acreditar por los socios o cooperados del proponente singular, siempre que se demuestre la situación de control respecto de aquellos(de los socios o cooperados)”. Más adelante señaló el Comité Jurídico que “Al proceso de selección abreviada se presentó la oferta por parte de la sociedad de objeto único TRANSAMBIENTAL S. A. S., creada en septiembre de 2014, los socios de esa sociedad son los siguientes: T CARIBE HOLDING S. A. S. (61%), ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S. (36%), CORKIN S. A. S. (3%). En relación con la situación de control, se encuentra que uno de los socios del proponente singular es la sociedad T CARIBE HOLDING S. A. S. Esa sociedad presenta como matriz al FONDO DE INFRAESTRUCTURA COLOMBIA ASHMORE I – FCP, para acreditar el cumplimiento de los requisitos de orden financiero, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones. El Fondo en mención es un patrimonio autónomo administrado por la Sociedad Fiduciaria FIDUCOR S. A., de acuerdo con los documentos aportados con la oferta.....En la oferta se presentó en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Sociedad T CARIBE HOLDING S. A. S. En ese documento se indica lo siguiente: “Que por documento privado No. Sin num de representante legal del 19 de septiembre de 2014, inscrito el 23 de septiembre de 2014 bajo el número 01870491 del Libro IX, comunicó la sociedad matriz: FONDO

DE INFRAESTRUCTURA ASHMORE I – FCP, DOMICILIO: BOGOTÁ

D. C. *Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia.* Fecha de configuración de la situación de control: 2014 – 09 – 19”. Y concluyó el Comité Jurídico lo siguiente: “*Bajo ese entendido la revisión de la oferta arroja como resultado que la situación de control se encuentra debidamente acreditada, por lo que la propuesta cumple con las condiciones exigidas en el pliego de condiciones*”.

No estamos de acuerdo con la postura jurídica que sobre el particular indicado asumió el Comité Jurídico de Transcaribe S. A., y para sustentar nuestro ejercicio de refutación, ofrecemos la siguiente argumentación jurídica:

1.1. En estricta sujeción al derecho comercial no es posible que un patrimonio autónomo, que se crea a propósito de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, pueda ser visto como una “**sociedad**” que se encuentra en ejercicio de una situación de control societaria respecto de otra, por la sencilla y elemental razón de que los patrimonios autónomos o especiales, o patrimonios de afectación, como también se les conoce en la materia relativa al contrato de fiducia mercantil, no son, ni constituyen, sujetos de derecho. En realidad de verdad, los patrimonios autónomos, o especiales, o de afectación, no son más que una suma de cosas, corporales o incorporales, respecto de las cuales el fiduciario debe realizar o adelantar una serie de gestiones con miras a que se logre la finalidad que llevó al fideicomitente a la celebración del contrato de fiducia

mercantil. Los patrimonios autónomos, o especiales, o de afectación, son cosas del derecho y, por lo tanto, no les es posible los atributos de personalidad, como el de la capacidad, para realizar negocios jurídicos; y una situación de control empresarial, requiere que el controlante haya previamente ejecutado una serie de negocios jurídicos que lo ubican en una posición subordinante respecto de la sociedad comercial sometida.

1.2. La Superintendencia Financiera, mediante concepto No. 2007 – 010582 – 002, mayo 30 de 2007, sobre que el patrimonio autónomo no es un sujeto de derecho manifestó lo siguiente: “*Bajo la normatividad colombiana las personas naturales o jurídicas, como únicos sujetos de derecho reconocidos por la ley, son las exclusivamente habilitadas para participar como socios o accionistas de una sociedad comercial, razón por la cual no es dable afirmar que los patrimonios autónomos que surgen con ocasión de la celebración de un contrato mercantil puedan reputarse, por si mismos, como accionistas o socios directos de una sociedad comercial, por carecer de la personalidad jurídica para ser equiparados a los sujetos de derecho*”.

1.3. Y de la ley 222 de 1995, en sus artículos 26 y 27, se infiere que el controlante o subordinante de una sociedad comercial, lo será el sujeto de derecho que somete a su “*voluntad*” el “*poder de decisión*” de la controlada. En fin, la situación de control de una sociedad comercial, requiere que el controlante sea un sujeto de derecho: persona natural o jurídica.

1.4. Conforme a lo expuesto, el FONDO DE INFRAESTRUCTURA ASHMORE I – FCP, que es un patrimonio autónomo, o sea una suma de cosas, corporales o incorporales, según lo explicamos, no es un sujeto de derecho, y no siéndolo, como no lo es, no puede admitirse, desde la más estricta juridicidad, que pueda ocupar una posición de control empresarial o societario, la cual está destinada a los sujetos de derecho, que disponiendo de “*voluntad*” pueden imponérsela a la controlada o subordinada.

1.5. **Como corolario de lo expuesto, creemos que no se ha acreditado la situación de control que tuvo como bien formada el Comité Jurídico de Transcaribe y, por lo tanto, tampoco se acredita las capacidades financieras que exigen el pliego de condiciones. Desde este punto de vista, la oferta que presentó TRANSAMBIENTAL S. A. S., en la licitación pública citada en la referencia de este memorial debió haber sido declarada inelegible.**

2. En la evaluación jurídica de la mencionada oferta, en el título denominado “**VERIFICACION DE LA COMPOSICION DE LA ESTRUCTURA DEL PROPONENTE. a. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 1 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA.** Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta sin contar con participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena. “En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura –

promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad con objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentra actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen”. El Comité Jurídico de Transcaribe señaló que TRANSAMBIENTAL S. A., con la inclusión de su socio ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., acreditó la exigencia anterior que aparece contenida en el pliego de condiciones que rige la licitación pública de la referencia.

No estamos de acuerdo con la postura jurídica que sobre el particular indicado asumió el Comité Jurídico de Transcaribe S. A., y para sustentar nuestro ejercicio de refutación, ofrecemos la siguiente argumentación jurídica:

2.1. La ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., y según aparece consignado en su certificado de existencia y representación legal, cuyo registro lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, y que anexamos a la presente, tiene como objeto social el siguiente: “**LA SOCIEDAD TIENE POR OBJETO ÚNICO O EXCLUSIVO EL DESARROLLO DE LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: A) OPERAR LA CONCESIÓN, CUYO OBJETO SERÁ LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP.: 1) USAQUEN, 2) ENGATIVA, 3) FONTIBÓN 4) SAN CRISTOBAL 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSSA, 11)**

PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, PARA LAS ZONAS QUE RESULTE ADJUDICATARIO. B) LA SOCIEDAD FUE CONSTITUIDA CON EL ÚNICO OBJETO DE PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN PÚBLICA 004 DE 2009, Y SU OBJETO SOCIAL EXCLUSIVO ES LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE MASIVO EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ, TENIENDO LA CAPACIDAD PARA PRESENTAR LA PROPUESTA, SUSCRIBIR EL CONTRATO DE CONCESIÓN QUE SE DERIVE DE ESTA LICITACIÓN, Y EN GENERAL REALIZAR TODOS LOS DEMÁS ACTOS NECESARIOS EN CASO DE RESULTAR ADJUDICATARIO DEL PROCESO LICITATORIO MENCIONADO.....”.

2.2. En materia de derecho societario, la capacidad del sujeto comercial colectivo se circunscribirá “*al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto*” (artículo 99 del Código de Comercio). Aunque las sociedades por acciones simplificadas, como lo es la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., son el ejemplo por excelencia del ejercicio del derecho de libertad estipularia, bien pueden los constituyentes de aquellas someter la capacidad social de las mismas a objetos sociales específicos, según la teoría de la ultra vires. Esta teoría, propia del derecho societario, enseña que la capacidad de la sociedad comercial se limitará única y exclusivamente a la realización de las actividades mercantiles que aparezcan prevenidas como las propias de su objeto social principal.

2.3. Según lo que aparece inscrito en el certificado de existencia y representación legal de la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., su objeto

social, que calificaron como único o exclusivo, se contrajo a la operación de la concesión del servicio público del transporte de pasajeros, en ciertas zonas de Bogotá, dentro del esquema del SITP. Los constituyentes de la sociedad comercial mencionada, y en ejercicio de su autonomía privada, definieron que el objeto social de la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., solo se podía desarrollar, en el ámbito espacial y temporal, que suponía la concesión de una zona del SITP en Bogotá. Según la teoría del ultra vires indicada, y por la propia limitación que se impusieron los constituyentes de la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., ésta no puede desarrollar su objeto social sino únicamente en el ámbito referido.

2.4. Conforme a lo anterior, la conclusión que se impone, y desde la más estricta juridicidad, es que la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., no dispone de capacidad social, según sus propias estipulaciones, para prestar el servicio público del transporte de pasajeros por fuera de la concesión que se dio dentro del esquema del SITP que aplica en Bogotá. No le es posible a la sociedad comercial mencionada, porque se lo impide su objeto social principal, integrarse como asociada de otra que vaya a prestar, o lo pretenda, el servicio público del transporte de pasajeros, en cualquiera de sus modos y modalidades, por fuera del ámbito del esquema SITP de Bogotá, según la concesión que le fue adjudicada a la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., en este escenario de movilidad.

2.5. Según lo expuesto, consideramos que, y no siéndole posible jurídicamente a la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., haberse

asociado en TRANSAMBIENTAL S. A. S., la propuesta que ésta introdujo en la licitación pública citada en la referencia de este memorial, debió haber sido declarada inelegible, en tanto y en cuanto no le es posible trasladar a TRANSAMBIENTAL S. A. S., su experiencia en el transporte masivo de pasajeros.

3. En la evaluación técnica de la mencionada oferta, que la compone un solo folio, se señala que “*Luego de verificado lo establecido en el pliego de condiciones, se concluye que el proponente cumple técnicamente*”.

No estamos de acuerdo con la postura técnica que sobre el particular indicado asumió el Comité Técnico de Transcaribe S. A., y para sustentar nuestro ejercicio de refutación, ofrecemos la siguiente argumentación jurídica:

3.1. El Comité Técnico de Transcaribe S. A., y antes de haber concluido que TRANSAMBIENTAL S. A. S., con la inclusión, como asociado, de la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., acreditó el factor de experiencia relativo a “*la prestación del servicio de transporte en Sistemas de Transporte Masivo de Pasajeros*”, por el hecho de que la ORGANIZACIÓN SUMA S. A. S., “*suscribió con TRANSMILENIO S. A., el contrato de concesión No. 010 de 2010, cuyo objeto lo constituye la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona 4 SAN CRISTOBAL, con operación troncal en el sistema TRANSMILENIO*”, debió resolver la problemática relativa a sí el esquema SITP, que aplica en Bogotá, es, o puede ser

visto, como un modo del transporte masivo de pasajeros, según la reglamentación que para éstos aparece consagrada en la ley 86 de 1989 y en su modificatoria, ley 310 de 1996, y en los decretos o resoluciones, u otras normativas, que desarrollan este modo de transporte de pasajeros, y conforme a los agregados que en técnica, tecnología, administración, sistema de control, infraestructura, equipos, recursos humanos y otros son propios del sistema de transporte masivo de pasajeros.

3.2. En nuestra opinión, el esquema SITP que aplica en Bogotá, y que ciertamente está integrado, tarifariamente, aunque con muchas problemáticas, a TRANSMILENIO S. A., no es, ni constituye, una expresión del transporte masivo de pasajeros, porque los agregados, del más variado orden, que se observan en éstos no se aprecian en el esquema SITP que opera en Bogotá. Ejemplo de lo anterior lo constituye el hecho de que los concesionarios del SITP en Bogotá, no disponen de carriles exclusivos para el tránsito de sus unidades automotoras, como si ocurre para los concesionarios de fase 1 y 2 de TRANSMILENIO S. A.

3.3. Conforme a lo anterior, la propuesta de TRANSAMBIENTAL S. A. S., en lo que hace al aspecto técnico, debió ser declarada inelegible.

Recibimos respuestas o notificaciones en la siguiente dirección:
Centro, Av. Venezuela, Sector La Matuna, Calle 32, No. 8 – 33,
Edificio Araujo, Oficina 205, Cartagena.

Muy atentamente,

CESAREO BUJ HERNANDEZ
C. C. No. 9.239.107 de Santa Rosa, Bolívar
ETRANS LTDA
Representante Legal – Gerente.

VILMA CECILIA ARRIETA SANABRIA
C. C. No. 41.607.132 de Bogotá
EMPRESA DE TRANSPORTE RENACIENTE S. A.
Representante Legal – Gerente.

SALVADOR DE JESUS FLOREZ CARASQUILLA
C. C. No. 9.092.469 de Cartagena
EMPRESA DE TRANSPORTES RODRIGUEZ TORICES Y CIA.
LTDA.
Representante Legal – Gerente.

Proyecto y elaboró

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO
C. C. No. 85. 454. 181 de Santa Marta
T. P. No. 85. 162 del C. S.