

Cartagena de Indias, D. T. y C., **20 MAYO 2014**

TC-DJ- 07.01-0442 **20 MAYO 2014**

Señor:

HENRY WILLIAM MORELO PEREZ

Apoderado

CORREDOR INSURGENTES S.A. de C.V.

Bocagrande, Av. 3 Edificio Montelibano No. 8 - 6

Oficina 402 B

Email: henrymoreloperez@hotmail.com

Ciudad

Referencia. Respuesta solicitud presentada en ejercicio del derecho de petición – aclaraciones frente al pliego de condiciones. Proceso de Contratación TC-LPN-004-2013.

Respetados señores;

Hacemos alusión a la comunicación recibida el sábado 17 de mayo de 2014, mediante la cual, en ejercicio del derecho de petición y las disposiciones del numeral 2.4. del pliego de condiciones solicita aclaraciones en relación con las disposiciones del pliego de condiciones.

Sobre el particular, a continuación encontrará la respuesta a cada uno de los interrogantes formulados, en el mismo orden en que fueron planteados.

Lo anterior, no obstante que el proceso se encuentra actualmente suspendido, de acuerdo con el cumplimiento de la orden de tutela del pasado 8 de mayo.

1. FRENTE A LA ACREDITACIÓN DE DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTERIOR

En relación con los documentos públicos otorgados en el exterior, la Ley 1564 de 2012, que entró a regir el pasado 1º de enero de 2014, prevé lo siguiente:

“Artículo 251. Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero.

Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª Nª 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 – 6583334

www.transcaribe.gov.co

juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano.

Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país”.

De acuerdo con lo anterior, se determina que los documentos públicos deben ser apostillados o consularizados, en función de la existencia o no de la Convención de La Haya, conforme a las reglas previstas en la Ley 455 de 1998 de la República de Colombia

Ahora bien, en relación con los documentos privados —respecto de los cuales se suscita la confusión—, el Código de Comercio colombiano precisa lo siguiente:

“ARTÍCULO 480. AUTENTICACIÓN DE DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTERIOR. Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul Colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país.

Así, los documentos privados se consularizan para que tengan plenos efectos en Colombia.

Precisando estos requisitos de orden legal previstos en las leyes colombianas, el pliego de condiciones exige lo siguiente

“3.1.2.1. DOCUMENTOS PRIVADOS

R

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª N° 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 – 6583334

www.transcribe.gov.co



De acuerdo con lo establecido en el artículo 480 del Código Comercio, los documentos privados otorgados en el exterior, se deberán autenticar por los funcionarios que, en el país de origen del documento, sean competentes para ello.

Adicionalmente, la firma del funcionario que autentique el documento deberá ser autenticada por el cónsul colombiano que se encuentre en el país de origen del documento, o a falta de éste, por el cónsul de una nación amiga, sin perjuicio de lo estipulado en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes. Si el documento autenticado por el cónsul se refiere a sociedades, el cónsul hará constar la existencia de la sociedad y que ésta ejerce su objeto conforme a las normas del respectivo país.

Si el documento proviene de países signatarios de la "Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros", el proponente que pretende hacer valer el documento podrá, de manera optativa, elegir si realiza el trámite descrito en el inciso anterior, o si apostilla el documento. En el caso en que el proponente decida apostillar el documento, éste deberá ser autenticado por funcionario que, en el país de origen del documento, sea competente para ello. Además, en el documento deberá constar el certificado denominado Apostilla al que se refiere la Ley 455 de 1998. Si la Apostilla está en un idioma distinto del castellano entonces deberá presentarse acompañada de una traducción oficial a dicho idioma y la firma del traductor legalizada de conformidad con las normas vigentes.

"3.1.2.2. DOCUMENTOS PÚBLICOS

Conforme a lo establecido en el Artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República y, en su defecto, por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano.

Si el documento proviene de países signatarios de la "Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros", suscrita el 5 de octubre de 1961 en la Haya, el proponente que quiere pretenda valer el documento podrá, de manera optativa, elegir si realiza el trámite descrito en el inciso anterior, o si apostilla el

R

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª Nª 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 - 6583334

www.transcaribe.gov.co

documento, de acuerdo con la Ley 455 de 1998. Si la Apostilla está en un idioma distinto del castellano, deberá presentarse acompañada de una traducción oficial a dicho idioma y la firma del traductor legalizada de conformidad con las normas vigentes.

En caso de que los documentos, privados o públicos, otorgados en el exterior no se presenten apostillados o consularizados, por carecer de validez en Colombia, se tendrán como no presentados. Adicionalmente, la consularización o apostilla de los documentos otorgados en el exterior deberá presentarse en original, so pena de tenerse como no presentadas”
(Resaltado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, el pliego de condiciones, siguiendo las reglas de las normas internas previó el procedimiento para acreditar los documentos públicos y privados otorgados en el exterior, para que tengan plena validez en Colombia.

Al respecto, debe precisarse que, en efecto, los documentos privados no se apostillan porque ese procedimiento sólo se cumple para los documentos públicos. Sin perjuicio de lo anterior, los documentos privados otorgados en el exterior se consularizan, mediante el cumplimiento del procedimiento previsto para tales efectos.

No obstante la normatividad estudiada, la Ley 455 de 1998 prevé la posibilidad de evitar la realización de los trámites descritos previamente (consularizar o legalizar). Para ello, determina la posibilidad de apostillar el documento.

En efecto, la Ley 455 de 1998 aprueba la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en La Haya el 5 de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961)”.

En ese sentido, la posibilidad de apostillar un documento sólo es aplicable a los países que hayan suscrito la Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961¹.

Ahora bien, el propio nombre de la Convención permite ver que la posibilidad de apostillar sólo aplica a documentos públicos extranjeros. No obstante, el concepto de documento público de la Convención es diferente al existente en Colombia. En efecto, el artículo primero de la Convención determina lo siguiente:

“Los siguientes *son considerados como documentos públicos a efectos de la presente Convención.*

¹De acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores hay 95 países signatarios de la Convención. Anexo al presente artículo se encontrará el listado que puede ser revisado en http://www.concilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/paises-convenio-de-la-haya.pdf

Es importante tener en cuenta Brasil, Chile y Uruguay son algunos de los países que no son signatarios de la Convención.

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª N° 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 – 6583334

www.transcaribe.gov.co





a) Documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanan de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados;

b) Documentos administrativos;

c) Actos notariales;

d) Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas.

Sin embargo, no se aplicará la presente Convención:

a) A documentos ejecutados por agentes diplomáticos o consulares;

b) A documentos administrativos que se ocupen directamente de operaciones comerciales o aduaneras” (Destacado fuera del texto).

De acuerdo con lo expuesto, es claro que la Convención aplica a los documentos públicos (expedidos por un funcionario extranjero). También aplica cuando un documento privado es llevado ante un notario del país extranjero (se consigue un aval), pues se consideraría un acto notarial.

Este último punto es aceptado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, pues en la Resolución 4300 de 2012 prevé la posibilidad de apostillar documentos privados cuando cuenten con acto notarial, así:

“ARTÍCULO 8o. PROCEDIMIENTO PARA APOSTILLAR. El procedimiento para el trámite de la apostilla será:

-- Documentos públicos: Serán documentos públicos emitidos por entidad del Estado del nivel Central, Departamental, Distrital o Municipal, suscritos por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

(...)

-- Documentos privados: Serán documentos privados aquellos emitidos por particulares o entidades privadas debidamente avalados por funcionario público en ejercicio de sus funciones”.

Así entonces, es claro que la Apostilla reemplaza los trámites de legalización y consularización. La Apostilla puede realizarse, en principio, sobre los documentos proferidos por un funcionario público (documentos públicos).

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª N° 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 - 6583334

www.transcaribe.gov.co

También se puede aplicar sobre documentos privados que cuenten con un aval de un notario, con lo cual son actos notariales y, así, documentos públicos para efectos de la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjero.

Vale aclarar que las anteriores previsiones son independientes al idioma en el que provenga el documento. En efecto, si éste se encuentra en idioma diferente del castellano, deberá ser traducido por un traductor oficial².

En conclusión, el siguiente esquema resume las posibilidades de que un documento extranjero sea válido en Colombia:

- ✓ En relación con documentos públicos, es necesario que cuenten con consularización y legalización.
- ✓ La Apostilla reemplaza la consularización y legalización. Esta posibilidad en principio sólo aplica a documentos públicos. No obstante, podría aplicar a documentos privados cuando estén avalados por un notario del país extranjero.
- ✓ Los documentos privados deben contar con consularización. Antes de la consularización, el documento debe ser avalado por un notario o funcionario del país de origen del documento.

En ese orden, contrario a lo afirmado por el peticionario, los documentos privados pueden ser objeto de consularización para que tengan validez en Colombia, conforme a lo explicado en este documento. En tal sentido, no se podrá entender subsanada la ausencia del cumplimiento del requisito para los documentos privados que serán exhibidos para acreditar la personalidad del proponente.

2. FRENTE AL REQUERIMIENTO DE REVISOR FISCAL

El numeral 4.2. del pliego de condiciones, en relación con los estados financieros de los proponentes extranjeros, determina con claridad lo siguiente:

“4.2. CAPACIDAD FINANCIERA DEL PROPONENTE

²El artículo 260 del Código de Procedimiento Civil determina lo siguiente:

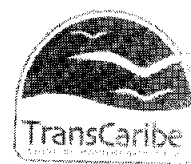
“ARTÍCULO 260. DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 119 del Decreto 2282 de 1989. >Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente”.

Es importante aclarar que la Resolución No. 4300 parece exigir también que la firma del traductor oficial sea abonada en el Ministerio. No obstante, la norma legal no establece dicha restricción. En este caso, se podría estar en una extralimitación de la facultad regulatoria del Gobierno Nacional.

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª N° 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 - 6583334

www.transcaribe.gov.co



El proponente deberá acreditar en sus propuestas todos los factores de Capacidad Financiera relacionados en el presente numeral, mediante el diligenciamiento y suscripción de las PROFORMAS 4, 4A y 5 que deberá estar acompañada(s) de los documentos que se exigen según las instrucciones para el diligenciamiento de las proformas señaladas.

Las PROFORMAS 4, 4A y 5 deberán estar suscritas por el representante legal del proponente o por apoderado debidamente acreditado.

Para efectos de la evaluación de la capacidad financiera, uno de los miembros del proponente plural o socio o cooperado del proponente deberá acreditar mínimo el 40% de lo exigido para el cálculo del capital mínimo para el proyecto, así como del patrimonio neto. En todo caso la sumatoria de las participaciones individuales que acrediten lo aquí exigido, deberá alcanzar el 100% de los requisitos mínimos exigidos al proponente.

El miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente que acredite el mínimo del 40% exigido en los requisitos financieros, deberá tener una participación mínima del 40% en el proponente plural o sociedad o cooperado que presenta la oferta.

El proponente debe aportar los estados financieros, Balance general, estado de resultados y sus respectivas notas explicativas a diciembre 31 de 2012 o a la fecha de cierre del último año fiscal del país de origen del proponente y deben estar expresados en pesos colombianos y debidamente suscritos (firmados), certificados y dictaminados de acuerdo con el artículo 37 y 38 de la Ley 222 de 1995 y Decreto 2649 de 1993.

Los estados financieros deberán estar acompañados de la copia de la tarjeta profesional del contador y revisor fiscal y sus certificados de vigencia y antecedentes disciplinarios. Adjuntar copia de la declaración de renta del año 2012; en caso de presentarse diferencias entre las cifras consignadas en los estados financieros y la declaración de renta, se debe presentar la respectiva conciliación.

En caso de oferentes extranjeros deberán aportar los anteriores documentos de acuerdo al cierre fiscal en cada país de origen y debidamente traducidos y apostillados o consularizados, según sea el caso. Los estados financieros deben presentarse en pesos colombianos y suscritos por el representante legal y los demás que estén obligados.

El proponente deberá utilizar la tasa representativa del mercado (TRM) en dólares certificada por el Banco de la República de Colombia, a la

R

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª N° 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 - 6583334

www.transcaribe.gov.co

fecha de cierre fiscal de cada año de los estados financieros que se solicitan.

En el caso de que el proponente presente dos ofertas principales, y/o una oferta subsidiaria, deberá cumplir con la sumatoria de los requisitos habilitantes de patrimonio neto y capital mínimo presentadas a continuación para todas las concesiones en las que se presente. Esta condición no aplicará para el requisito de Experiencia en Consecución de Recursos”

Como se ve, el pliego contempla quién debe suscribir los estados financieros, determinando que se deberá suscribir por el representante legal y los demás que estén obligados. Si no existe obligación de suscripción adicional, con esa firma será suficiente, en adición a los requisitos adicionales que determina el pliego de condiciones.

Conforme a lo anterior, no se puede tener por acreditada la inexistencia del revisor fiscal, justamente por lo que menciona en la observación el peticionario. Así, bastará la suscripción del representante legal, siempre que con ello se acredite el cumplimiento de acuerdo con las normas del país de origen.

3. REFERENCIA EXHIBICIÓN DEL CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL

El numeral 4.1.1.2.4.2. del pliego de condiciones, en relación con la acreditación de la existencia y representación legal de los proponentes extranjeros, determina con claridad lo siguiente:

“4.1.1.2.4.2. PERSONAS JURÍDICAS DE ORIGEN EXTRANJERO

Para los efectos previstos en este numeral se consideran personas jurídicas de origen extranjero las sociedades que hayan sido constituidas de acuerdo con la legislación extranjera, sea que tengan o no domicilio en Colombia a través de sucursales, constituidas con anterioridad a la fecha del cierre de la presente Licitación.

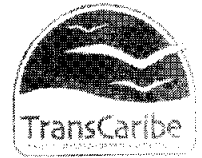
Las propuestas de personas jurídicas de origen extranjero se someterán en todo caso a la legislación colombiana, sin perjuicio de lo cual, para su participación deberán cumplir con las siguientes condiciones:

“1. Acreditar su existencia y representación legal: Para este efecto deberán presentar un certificado expedido por la autoridad competente en el país de origen, con no más de sesenta (60) días calendario de anticipación a la fecha de la presentación de la propuesta, en el que conste su existencia y vigencia, y el nombre del representante legal de la sociedad o de la persona o personas que tengan la capacidad para

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª N° 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 - 6583334
www.transcaribe.gov.co

R



comprometerla jurídicamente y sus facultades, y en el cual se señale expresamente que el representante no tiene limitaciones para presentar la propuesta y comprometer a la entidad en la presente Licitación.

En todo caso ésta información podrá ser certificada directamente por el representante legal o por los órganos competentes de la sociedad, en el caso en que no se encuentre incorporada en el certificado mencionado, de acuerdo con las leyes que rijan este tipo de actos en el país de origen, según sea el caso.

En el caso de las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia, la existencia y representación legal deberá ser acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio del domicilio de la sucursal, con no más de treinta (30) días calendario de expedición a la fecha de la presentación de la propuesta.

“2. Acreditar un término mínimo remanente de duración igual al plazo del contrato y tres (3) años más, contados a partir de la fecha de cierre de la presente Licitación.

“3. Acreditar la suficiencia de la capacidad del representante legal para la suscripción del Contrato de Concesión”

De acuerdo con lo anterior, no sólo se prueba la existencia y representación legal con un certificado, sino que depende de la legislación del país de origen. En todo caso, la información aportada deberá cumplir con los requisitos de oponibilidad de los documentos, así como con la información relevante que exige el pliego de condiciones.

4. APORTES PARAFISCALES

En relación con la certificación, resulta claro que si existe obligación, se deberá aportar un documento emitido por el representante legal del miembros del proponentes o socio de proponente singular, en el cual conste la ausencia de responsabilidad por esa obligación, en los términos de la observación que formula. No existen en el pliego obligaciones de imposible cumplimiento.

5. ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS DEL REVISOR FISCAL

En los mismos términos anteriores, se deberán aportar los documentos que son exigibles de acuerdo con la legislación del país de origen del proponente, haciendo mención a las razones que justifican no aportar los demás requisitos dada la imposibilidad de acuerdo con las normas que rigen en el país de origen, así como la constancia o certificación del dicho de quien pretende oponer la imposibilidad de aportar el requisito.

R

En los anteriores términos damos respuesta a la solicitud, quedando atentos a aclarar cualquier duda adicional que surja sobre este particular.

Atentamente,

P/P *TD*

TANIA DIAZ SABBAGH

SECRETARIA GENERAL TRANSCARIBE S.A

La presente comunicación es suscrita por la Secretaria General de Transcaribe S.A. con fundamento en las facultades otorgadas por la Gerencia de esta entidad mediante Resolución No. 022 de 2006.

Reviso: EBF. Jefe Oficina Asesora Jurídica.

AHORA SI CARTAGENA

Crespo Carrera 5ª N° 66-91. Edificio Eliana. Tels: 6583332 - 6583334

www.transcaribe.gov.co