

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PAGOS GDE S.A. - POWWI FRENTE AL INFORME FINAL DE EVALUACION JURÍDICA DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA SELECCIÓN DE OPERADORES FINANCIEROS O PRESTADORES DE SERVICIOS FINANCIEROS

NÚMERO DE CONVOCATORIA: SHD-CONVOCATORIA- 001 -2021.

OBJETO: Convocar a los operadores financieros o prestadores de servicios financieros al proceso de selección con el objetivo de suscribir los Convenios para la prestación global de servicios de dispersión de transferencias monetarias y giros, incluyendo los servicios que ello implica, a favor de la población beneficiaria de la estrategia integral Ingreso Mínimo Garantizado (IMG).

Para efectos metodológicos se procede a transcribir el texto integral de las observaciones efectuadas por el proponente así:

"El principio de economía es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato; significa también que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas.

En ese orden de ideas, el rechazo de la participación de Pagos GDE S.A. en la convocatoria 001-2021 derivada de la supuesta falta de capacidad del representante legal para contratar, originada en la limitación contenida en los estatutos sociales que le exige a este último contar con autorización de la junta directiva cuando la cuantía del contrato supere los 1000 SMLMV, y la subsanación posterior de dicha limitación mediante junta directiva de fecha 10 de marzo de 2021, la consideramos alejada de los principios contenidos en las normas que rigen este tipo de procesos más aún cuando ya existen desarrollos jurisprudenciales en la materia que han cerrado la brecha en cuanto a interpretación jurídica se refiere.

Nos parece importante recordar que la capacidad legal o de ejercicio es la que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente, sin la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico

Es decir, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstos deben tener capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización de otras.

En ese orden de ideas resaltamos que el documento denominado “DOCUMENTO GENERALIDADES PLIEGO DE CONDICIONES” del presente proceso, estableció en concordancia con la ley 80 y 1127, cuáles son los requisitos jurídicos habilitantes de la siguiente manera:

“3.1 REQUISITOS JURÍDICOS HABILITANTES

CAPACIDAD JURÍDICA Las personas jurídicas o naturales (nacionales y extranjeras) deberán acreditar que su duración no será inferior a la vigencia del Convenio (plazo de ejecución y liquidación) y un (1) año más. Igualmente deberán acreditar que su objeto social se encuentra relacionado con el objeto del presente proceso de contratación, es decir, que su objeto social le permite la realización de transferencias monetarias y actividades relacionadas, este requisito se acreditará con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, con fecha de expedición no superior a dos (2) meses, a partir de la fecha de publicación de la presente Convocatoria. La verificación de los documentos jurídicos para la habilitación jurídica no tiene ponderación alguna. Se trata del estudio que debe realizar la SDH para determinar si la propuesta se ajusta a los requerimientos de la Ley y del presente documento, estableciendo si CUMPLE o NO CUMPLE con los requisitos exigidos.

Subrayamos como el mismo documento, mediante el cual se publicitan a los interesados las condiciones de la convocatoria, al definir la capacidad jurídica como criterio habilitante se circunscribe únicamente y de manera acertada a que el objeto social de los participantes se encuentre relacionado con el objeto del proceso de contratación y no hace mención a criterios económicos, más aún cuando la cuantía máxima de los convenios no había sido precisada de antemano debido a las características de la convocatoria.

De la misma manera destacamos que en el “DOCUMENTO GENERALIDADES PLIEGO DE CONDICIONES” del proceso que nos ocupa, se numera de manera detallada las causales de rechazo de la siguiente manera:

“4. CAUSALES DE RECHAZO DE LA PROPUESTA

La Entidad Contratante rechazará aquellas propuestas que incurra en alguna de las siguientes causales:

- 1) Cuando el Representante legal del Proponente no cuente con la capacidad para presentar Propuesta, contratar u obligarse en los términos del presente Pliego de Condiciones.***
- 2) Cuando el objeto social de la persona jurídica no le permita celebrar el Convenio derivado de este proceso de selección.***
- 3) Cuando el Proponente no cumpla con lo exigido en este Pliego de Condiciones en relación con la suficiencia del objeto social y/o la duración exigida al momento del cierre del presente proceso.***

4) *Cuando no se presente propuesta económica (tarifas)*”

Sobre el contenido del numeral primero de las causales de rechazo, ya la jurisprudencia ha realizado las aclaraciones del caso, distinguiendo la capacidad como concordancia del objeto social de la persona jurídica y el objeto del contrato, diferenciándola de las limitaciones que puedan existir en cuanto la cuantía de la siguiente manera:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B) consejera ponente: RUTH STELLA

CORREA PALACIO, Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001233100019970803401 (20.688).-

“En efecto, tratándose de la representación de las sociedades mercantiles de conformidad con el tipo de sociedad, se atribuye a los administradores la facultad para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad; en este sentido, el artículo 196 del Código de Comercio, estableció que:

“Artículo 196. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.”

De manera que los administradores de las sociedades se sujetarán en su gestión de representación a lo que les otorgue el contrato social y lo que resuelvan sus órganos sociales y, a falta de estipulaciones se entenderá que se hallan facultados para representar a la sociedad judicial y extrajudicialmente y para realizar toda clase de gestiones, actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con su existencia y funcionamiento.

Así pues, la representación de las sociedades que ejercen los administradores, está limitada a realizar los actos indispensables, necesarios y conducentes a la realización de la finalidad u objeto de la sociedad, en el marco de lo establecido en los respectivos estatutos.

En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían

hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella.

La anterior precisión permite afirmar que son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla.

En el primer caso, ya se anotó, la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que en el segundo, esto es, en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta.”

Insistimos pues que, al momento de la presentación de la propuesta Pagos GDE S.A. en su calidad de persona jurídica contaba con la capacidad jurídica para presentar la oferta y contratar, y que la limitación de 1000 SMLMV contenida en los documentos de representación era algo subsanable, y se subsanó, y esto no debía ser causal para el rechazo de la propuesta. En este punto es importante traer a colación el contenido del artículo 844 del Código de Comercio que menciona lo siguiente en el marco de las normas sobre representación en los contratos:

“Art 844 La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo cuando lesione derechos de terceros.”

En este orden de ideas tenemos que, la limitación señalada de 1000 SMLMV no afectaba la capacidad para contratar, no era un criterio jurídico habilitante y no constituía una causal de rechazo según lo hemos podido ver.

El rechazo en la evaluación jurídica final de fecha 17-3-21 se justifica de la siguiente manera:

“...No obstante, lo anterior, el proponente mediante correo electrónico con Referencia: DocumentosSHD, aportó el Extracto del Acta No. 61 - Reunión EVALUACIÓN JURÍDICA FINAL SHD-CONVOCATORIA- 001 -2021 Página 13 de 18 Extraordinaria de la JD de la Sociedad Pagos GDE S.A., celebrada el día 10 de marzo de 2021, con lo cual se evidencia que dicha autorización se dio con posterioridad al cierre de la convocatoria, lo que arroja como consecuencia que el proponente no sea habilitado, dado que al momento de presentar su propuesta no contaba con la capacidad jurídica.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 que dispone, entre otros aspectos, lo siguiente: “(...) los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”.

Al respecto vale la pena aclarar que, no se acreditaron circunstancias posteriores al cierre, dado que como ya se mencionó a lo largo de este escrito el representante legal de PAGOS GDE S.A. **SÍ** contaba con la capacidad para contratar en los términos de los criterios habilitantes de la oferta.

Al respecto vale la pena recordar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este tema en el Consejo de Estado sentencia CE SIII E 40660 DE 2015:

“Problema Jurídico

¿Puede una entidad pública conceder la oportunidad para que haya lugar a subsanar la autorización dada por la Junta Directiva al representante legal cuando al momento de la presentación de la oferta no contiene de manera específica la facultad para contratar en la cuantía de la licitación al momento de la presentación de la oferta?

Regla ampliada:

Supuestos en que hay lugar a subsanar los vicios o las falencias de una propuesta presentada ante una entidad en el escenario de un proceso de selección contractual: «(i) Regla general. En materia de contratación estatal, la estructuración de las propuestas contractuales es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad y puestos a consideración de los proponentes en el escenario del proceso de selección. Es decir, que la administración deberá elaborar el pliego de condiciones de manera concienzuda con su necesidad, de forma clara y completa, estableciendo reglas justas que permitan escoger objetivamente al mejor proponente y por supuesto, todo esto con sujeción a la Constitución, a la ley y a los principios de la contratación estatal.(...) (ii) Regla de excepción. Teniendo en cuenta lo dicho en el acápite anterior, es preciso señalar que existen eventos en que las propuestas presentan errores, falencias o vicios, los cuales pueden ser consecuencia de pliegos ambiguos, poco claros o que atienden a criterios

objetivos o a falta de cuidado del proponente en la confección de su ofrecimiento, es así como, bajo este criterio de manera excepcional surgirá la etapa de la subsanación. Siendo preciso destacar, que la subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no excepcional, de allí que la confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos claros, precisos y objetivos, que permitan la realización de ofrecimientos del mismo orden que posibiliten a la entidad pública contratante la comparación objetiva de las propuestas. De esta manera, se entiende que la subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente.»

Razones de la decisión:

«(...) La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 que dispone, entre otros aspectos, lo siguiente: “(...) los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”

Al respecto vale la pena aclarar que, no se acreditaron circunstancias posteriores al cierre, dado que como ya se mencionó a lo largo de este escrito el representante legal de PAGOS GDE S.A. **SÍ** contaba con la capacidad para contratar en los términos de los criterios habilitantes de la oferta.

Al respecto vale la pena recordar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este tema en el Consejo de Estado sentencia CE SIII E 40660 DE 2015:

“Problema Jurídico

¿Puede una entidad pública conceder la oportunidad para que haya lugar a subsanar la autorización dada por la Junta Directiva al representante legal cuando al momento de la presentación de la oferta no contiene de manera específica la facultad para contratar en la cuantía de la licitación al momento de la presentación de la oferta?

Regla ampliada:

Supuestos en que hay lugar a subsanar los vicios o las falencias de una propuesta presentada

ante una entidad en el escenario de un proceso de selección contractual: «(i) Regla general. En materia de contratación estatal, la estructuración de las propuestas contractuales es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad y puestos a consideración de los proponentes en el escenario del proceso de selección. Es decir, que la administración deberá elaborar el pliego de condiciones de manera concienzuda con su necesidad, de forma clara y completa, estableciendo reglas justas que permitan escoger objetivamente al mejor proponente y por supuesto, todo esto con sujeción a la Constitución, a la ley y a los principios de la contratación estatal.(...) (ii) Regla de excepción. Teniendo en cuenta lo dicho en el acápite anterior, es preciso señalar que existen eventos en que las propuestas presentan errores, falencias o vicios, los cuales pueden ser consecuencia de pliegos ambiguos, poco claros o que atienden a criterios objetivos o a falta de cuidado del proponente en la confección de su ofrecimiento, es así como, bajo este criterio de manera excepcional surgirá la etapa de la subsanación. Siendo preciso destacar, que la subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no excepcional, de allí que la confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos claros, precisos y objetivos, que permitan la realización de ofrecimientos del mismo orden que posibiliten a la entidad pública contratante la comparación objetiva de las propuestas. De esta manera, se entiende que la subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente.»

Razones de la decisión:

«(...) La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.)[2], dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta». “Subrayas por fuera del texto original

En ese orden de ideas solicitamos a esa secretaría reconsiderar y/o modificar su evaluación jurídica final declarando la habilitación jurídica de Powwi Pagos GDE

S.A. para continuar con el proceso de suscripción del convenio de la referenciados los argumentos acá expuestos”

Respuesta de la Secretaría de Hacienda:

La observación presentada por el proponente PAGOS GDE S.A. – POWWI, se circunscribe a dos aspectos fundamentales, la subsanabilidad de los requisitos habilitantes y la figura de la ratificación a la luz del artículo 844 del Código de Comercio, frente a la presentación extemporánea (posterior al cierre del proceso de selección) de la autorización emitida por la junta directiva (10 de marzo de 2021), en la que se le otorga facultades al representante legal para suscribir actos o contratos en cuantía superior a 1000SMLMV, y que a juicio del proponente, esta última revestía la validez para que su propuesta resultara habilitada jurídicamente en la convocatoria, sustentando su posición con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, las condiciones del pliego y normativa aplicable frente a la materia.

Frente a lo anterior, la Secretaría de Hacienda del Distrito, procede a responder de fondo la censura que expone el proponente frente a la evaluación de su propuesta, advirtiendo de antemano, que su postura desdibuja el trámite de evaluación surtido, el cual se efectuó con apego a las reglas establecidas en el pliego, en la normativa que gobierna la materia, en consonancia con los lineamientos del Consejo de Estado que el mismo esgrime en su escrito de observación, así:

SUBSANABILIDAD DE LOS REQUISITOS HABILITANTES JURÍDICOS DISPUESTOS EN EL NUMERAL 3.1 DEL PLIEGO DE LA CONVOCATORIA:

En este numeral de la convocatoria, se dispuso entre otros aspectos lo siguiente:

La verificación de los documentos jurídicos para la habilitación jurídica no tiene ponderación alguna. Se trata del estudio que debe realizar la SDH para determinar si la propuesta se ajusta a los requerimientos de la Ley y del presente documento, estableciendo si CUMPLE o NO CUMPLE con los requisitos exigidos.

Por otra parte, en el referido numeral se consignaron las siguientes notas:

- En el proceso de verificación y evaluación, la SDH podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes y el proponente deberá presentarlas en el término establecido para el efecto en el cronograma del proceso.
- En caso de no cumplir con los requerimientos exigidos de Capacidad Jurídica, la propuesta se considerará NO HÁBIL.

Ahora bien, en cuanto al requisito habilitante de capacidad jurídica de la propuesta presentada por el proponente POWWI, la SHD en la etapa de evaluación evidenció que conforme a lo dispuesto certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia

Financiera de Colombia, el representante legal requería de autorización de la junta directiva, pues de acuerdo al referido certificado la facultad de éste es limitada para celebración de contratos en cuantía que no supere los 1000 SMLMV, en el evento de superar dicho límite se condiciona su facultad al otorgamiento de la citada autorización.

Así las cosas, dado que el valor estimado del convenio a celebrar producto de la convocatoria superaba el valor de la cuantía de 1000SMLMV, la SDH no efectuó el rechazo ilimitado de la propuesta, como erradamente lo afirma el proponente, sino que, por el contrario, al ser un aspecto subsanable procedió con la evaluación integral jurídica de la propuesta y en el informe preliminar de evaluación publicado, requirió al proponente para que subsanará dicho aspecto, a fin de que su propuesta cumpliera con los requisitos de habilitación, en los siguientes términos:

“(…)

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el documento complementario certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia), se requiere de autorización de la junta directiva, dado que el valor estimado del convenio supera los 1000SMLMV”

Lo anterior, de acuerdo con las reglas establecidas en la convocatoria, en el cronograma de la misma y en consonancia de lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 que dispone:

“ARTÍCULO 5. De la selección objetiva.

(…)

PARÁGRAFO 1. *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. (Negrilla y subraya fuera de texto)

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que, conforme a la norma transcrita, la Secretaría de hacienda honró el derecho del proponente a subsanar un requisito habilitante jurídico, como da clara cuenta el requerimiento que frente al mismo se efectuó en el informe de evaluación de su propuesta.

No obstante, lo anterior, el proponente no subsanó en debida forma, pues la autorización dada por la junta directiva al representante legal para suscribir contratos por cuantía superior a 1000 SMLMV le fue otorgada por el órgano social de la empresa el día el día 10 de marzo de 2021, esto es, seis (6) días después de la presentación de la propuesta, es decir, la autorización de la junta directiva para comprometer a la sociedad debía existir al momento de presentar la propuesta, incurriendo de esta manera en la prohibición dispuesta en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 que reza:

“ (...)

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en el numeral 3.1 del pliego de la Convocatoria que señala que en caso que el proponente no cumpla con los requerimientos exigidos de Capacidad Jurídica, la propuesta se considerará NO HÁBIL.

DE LA RATIFICACIÓN:

“Art 844 La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo cuando lesione derechos de terceros.”

Frente a la aplicación de esta figura consagrada en el código de comercio, nos permitimos señalar, que frente a la acreditación de condiciones ocurridas con posterioridad al cierre de la convocatoria, existe norma especial que regula esta situación, esto es, el citado parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 que dispone que *“Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”*, entendiéndose que en materia de subsanación esta es la norma vigente sobre la materia y su aplicación se constituya como fuente directa, con primacía sobre los

pronunciamientos jurisprudenciales realizados con anterioridad a la promulgación de la referida Ley.

Así las cosas, la limitación temporal establecida por el legislador, en cuanto a las circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre de un procesos de selección, es de carácter restrictivo y no puede el interprete de la norma acudir por analogía a la aplicación de otras disposiciones del ordenamiento jurídico, frente a la existencia de norma especial que regula la materia.

Conforme a todo lo expuesto, la Secretaría de Hacienda, no acoge la observación al informe final de evaluación jurídica, presentada por el proponente **PAGOS GDE S.A. – POWWI** y se mantiene en su decisión de no habilitación de su propuesta.

Cordialmente,

ANA MARIA MARTINEZ OSORIO

Subdirectora de Asuntos Contractuales

Proyectó: Francisco Acosta Suárez / Contratista SAC