

## **ANEXO 1 OBSERVACIONES A LA VERIFICACION JURIDICA DE LA INVITACION ABIERTA 007-2021**

### **1. OBSERVACIONES SOFTWARE QUALITY ASSURANCE S.A.**

De acuerdo con el cronograma planteado el motivo de este correo es solicitar por favor aclaración frente a la verificación jurídica punto 5 que hace referencia a lo siguiente:

¿El término de duración de la sociedad proponente es mayor a la vigencia del contrato y un año más?

El día viernes 2 de julio a las 10.18 am nos permitimos enviar la subsanación del mismo donde se le notificó a previsorora a través del área jurídica de SQA que dicho trámite se encuentra en curso y que en próximos días contaremos con dicho documento, por tanto, solicitamos nos aclaren porque no fue aceptada dicha subsanación.

#### **RESPUESTA:**

Es menester indicar que los pliegos de condiciones y sus adendas establecidas por **LA PREVISORA S.A** definieron los criterios que a consideración de esta resultaban necesarios para verificar las capacidades y aptitudes de los proponentes para cumplir con el objeto mismo a contratar. Dichos pliegos se constituyen en la carta de navegación de la entidad para fijar quien continúa en el proceso, por lo mismo solo se evalúan las ofertas de aquellos proponentes que cumplan con tales condiciones. Los pliegos de condiciones son el principal instrumento que permiten la efectividad del proceso contractual, pues en este se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no solo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar.

Teniendo en cuenta la precisión anterior, es necesario indicar que la respuesta dada por el proponente fue el día 06 de Julio de 2021, en la cual se anexaba un acta de Asamblea General de Accionistas del mismo día, donde constituyen una circunstancia que no puede ser aceptada toda vez que la acreditación se da con posterioridad al cierre del proceso. De acuerdo con lo establecido en la Ley 1882 de 2018 en su artículo 5 durante el termino otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. En este punto se debe distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo, en el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba, lo que se prohíbe por mandato legal es subsanar requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentación de la oferta o que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso. Lo anterior quiere decir que no es la prueba lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita.

El Consejo de Estado con ponencia del H. Jaime Orlando Santofimio, ha señalado:

*“Se debe concluir entonces que, aún en estos casos excepcionales en que las entidades estatales son las llamadas a verificar documentalmente las condiciones de los proponentes, la capacidad jurídica del proponente debe existir y se debe demostrar al momento de presentar la oferta porque es un requisito habilitante para poder participar en el proceso de selección y por ende tampoco puede postergarse en este caso, hasta el momento de la adjudicación, la existencia y la prueba de esa calidad.”<sup>1</sup>*

En igual sentido el Honorable Tribunal ha expresado

*“Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita \_ Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado – establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe recaer o referirse a circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas. De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que “se cierra el proceso” con los requisitos que se requieran para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. (...) Tampoco se trata entonces de que por vía de la posibilidad de saneamiento, el oferente vaya estructurando y ajustando su propuesta a lo largo del proceso contractual – según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6 del artículo 30 de ley 80 de 1993 , “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones” -; (...)”<sup>2</sup>*

*El concepto anterior fue reiterado por la misma Sala en pronunciamiento del 20 de mayo de 2010, en el que además precisa “ (...) No existe el derecho a subsanar. Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual. Lo que **se puede remediar es la prueba y no el requisito**: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas (...)”<sup>3</sup>*  
*negrilla fuera de texto*

<sup>1</sup> Consejo de Estado (26) de enero de dos mil once (2011). Referencia: 36408 ACTOR: HERNANDO MORALES PLAZA Demandado: LA NACIÓN - RAMA EJECUTIVA – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto ref: expediente 1.927, 6 de noviembre de 2008 (CP: WILLIAM ZAMBRANO CETINA)

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto ref: expediente 1.992, 20 de mayo de 2010 (CP: ENRIQUE JOSE ALBOLEDA PERDOMO)

En este orden de ideas, no puede la entidad permitir que el oferente allegue un acta de asamblea general de accionistas día 06 de Julio de 2021, la cual, en todo caso, corresponde a la constancia de un acto ocurrido de manera posterior a la entrega de propuestas de la invitación abierta, la cual ocurrió el 29 de junio de 2021.

Por lo expuesto, la oferta del proponente SOFTWARE QUALITY ASSURANCE S.A. no acreditó uno de los requisitos jurídicos exigido en el pliego de condiciones del proceso y por ende la oferta no se encuentra habilitada.

Lo anterior hace referencia a evitar que se presenten oferentes que no cumplan con los requisitos para participar al momento de presentación de las ofertas y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección, es decir, para el caso particular el proponente anexó el acta de asamblea general de accionistas la cual no subsana el requisito establecido en el CAPITULO III numeral 3.1.2 CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL literal a, del pliego de condiciones dentro del cual se establecía los requisitos que serían tenidos en cuenta para la validez del mismo, entre esos que el término de duración no pudiera ser inferior a la vigencia del contrato, un (01) año más y su liquidación, puesto que para subsanar dicho requisito únicamente es posible con un certificado de existencia y representación legal que cumpliera a cabalidad con lo establecido en el pliego de condiciones, lo cual dentro de la función pública registral a cargo de las cámaras de comercio, se encuentra la prevista en el numeral 3 del artículo 86 del código de comercio, “Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos”, en este orden es función de la cámaras de comercio certificar sobre los actos y documentos inscritos en el registro mercantil, puesto que es este documento el que cumple funciones probatorias, es decir permite acreditar con certeza las inscripciones efectuadas en el registro mercantil respecto a una sociedad comercial, como su existencia, representación, vigencia etc, y es este mismo el oponible ante terceros.

Por lo anterior la observación no puede ser tenida en cuenta, debido a que los pliegos de condiciones establecieron de manera clara los requisitos que debía cumplir el certificado de existencia y representación legal y el aportado por **SOFTWARE QUALITY ASSURANCE S.A** no cumple con dicho requisito.

Así mismo, y en relación con el requisito exigido en el pliego de condiciones es importante mencionar lo siguiente:

El término de duración de una sociedad comercial tiene su soporte jurídico en el Código de Comercio en donde se como primera medida se establece la obligatoriedad de suscribir un plazo como requisito para la constitución de una sociedad, como se puede observar en el artículo 110:

**“Artículo 110. Requisitos para la constitución de una sociedad**

*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:*

*1) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas*

- naturales deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia;
- 2) La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código;
  - 3) El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;
  - 4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;
  - 5) El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año;
  - 6) La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad;
  - 7) La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia;
  - 8) Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse;
  - 9) **La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma;**
  - 10) La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie;
  - 11) Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores;
  - 12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados;
  - 13) Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos, y
  - 14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato". Negrilla fuera de texto

Ahora bien, partiendo de la base del requisito esencial de las sociedades de establecer el término, en el artículo 218 del código de comercio se señala expresamente como causal de disolución de la sociedad el vencimiento del término previsto para su duración:

**“Artículo 218. Causales de disolución de la sociedad**

La sociedad comercial se disolverá:

- 1) **Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;**
- 2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;
- 3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;
- 4) Por la declaración de quiebra de la sociedad;
- 5) Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;
- 6) Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;
- 7) Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y

8) *Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este Código*". Negrilla fuera de texto

Por lo anterior es necesario afirmar que el termino de duración de una sociedad está atado a la capacidad jurídica para actuar, por lo que en materia contractual las partes deben estar en capacidad de cumplir con la vigencia total del contrato, so pena de generar un riesgo para su contra parte y perse a la ejecución y los efectos jurídicos del contrato.

Es por tal razón que la ley 80 establece la obligatoriedad de cumplir con la exigencia del término de la sociedad, así como lo vemos señalado en el artículo 6 de la ley mencionada:

*“Artículo 6º.- 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*”. Negrilla fuera de texto

Teniendo en cuenta que concurre la causal de rechazo numeral 11 capítulo V “*cuando no se cumpla con alguno de los aspectos jurídicos, financieros, técnicos habilitantes y/o obligatorias en los términos señalados en cada uno de los numerales a que se haga mención*”, del pliego de condiciones, al realizar la verificación jurídica y no encontrarse la vigencia de la sociedad conforme al plazo establecido en el pliego de condiciones para el contrato, se generó la inhabilidad del proponente.

Por lo cual procede Rechazar la oferta única presentada por el proponente SOFTWARE QUALITY ASSURANCE S.A. y en consecuencia declarar fallido el proceso de invitación abierta No. 007 de 2021.