



Bogotá D.C., junio 7 de 2013

K-L-ANI001-002-2013

Señores
Agencia Nacional de Infraestructura –ANI
Atn. Luis Fernando Andrade
Presidente
Calle 26 No. 59-51 Torre 4 - Segundo Piso,y/o
Calle 24A No 59-42 Torre 4 - Segundo Piso.
Bogotá, D.C, Colombia

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad No. 2013-409-022093-2
Fecha: 07/06/2013 15:19:38->703
OEM: AUTOPISTAS DEL MAGDALENA
Anexos: SIN ANEXOS



Referencia: Precalificación No. VJ-VE-IP- 001 de 2013

MENZEL AMIN AVENDAÑO, en mi condición de Apoderado Común de la Estructura Plural Autopistas del Magdalena SPV, integrada por KMA CONSTRUCCIONES S.A., ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS SA SUCURSAL COLOMBIA y EQUIPO UNIVERSAL S.A., por medio de este documento presento respuesta a las observaciones efectuadas por los otros manifestantes a nuestra propuesta, en los siguientes términos:

1. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LAS ESTRUCTURAS PLURALES INTEGRADAS POR CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A – PAVIMENTOS COLOMBIA SAS – SAINC Y MARIO HUERTAS COTE – MECO.

Las dos estructuras plurales señalan que la experiencia en inversión de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. supuestamente no es válida por cuanto aparentemente no se aportó la certificación prevista el literal d) del numeral 3.5.11 de la Invitación a Precalificar, relacionada con el proyecto que desarrolla Africana Energía SL. Estas observaciones se abstienen de analizar la legislación española aplicable y se basan en una inadecuada lectura de los instrumentos probatorios que demuestran el cumplimiento de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. de la experiencia en inversión adquirida a través de Africana Energía SL. Veamos por qué:

- (i) La actividad de suministro de energía eléctrica en España está regulada por la Ley 54 del 27 de noviembre de 1997, la cual establece en su artículo 28.1 (folio 468 de la propuesta) que *“la construcción, explotación, modificación sustancial, la transmisión y el cierre de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial estará sometida al régimen de autorización administrativa previa que tiene carácter reglado”*.

En este sentido, la Administración Pública en España autoriza a particulares para que construyan, operen y exploten instalaciones destinadas a dicha producción.

De esta manera, tal y como está probado en la propuesta a folio 508, la autorización para que el proyecto "Central Termosolar LA AFRICANA" diera inicio a su actividad productora de energía se surtió mediante resolución expedida por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía en Córdoba el día 8 de agosto de 2007. Por lo anterior, la exigencia establecida en el numeral (i) del literal (d) del ordinal 3.5.11 de la invitación a precalificar, está debidamente certificada en la documentación aportada con la manifestación de interés.

- (ii) Por su parte, el Real Decreto No. 661 de 2007 (folios 478 a 498 de la propuesta) establece en su artículo 24 que los mecanismos para la retribución de la energía producida se podrá obtener mediante el sistema de tarifa regulada o por la venta de la electricidad al mercado de producción de energía eléctrica. Por lo anterior, el valor del proyecto La Africana que desarrolla Africana Energía SL es indeterminado. En este sentido, con base en el artículo 24 del Decreto 661 de 2007, la información requerida en el numeral (ii) del literal (d) del ordinal 3.5.11 de la Invitación a Precalificar, está debidamente certificada.
- (iii) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 de la Ley Estatal Española 54 de 1997 del Sector Eléctrico (folio 467 de la propuesta), establece lo que se transcribe a continuación:

"Actividades de producción de energía eléctrica.

1. La construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica estará sometida al régimen de autorización administrativa previa en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones en desarrollo.

(...)

2. Los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de producción de energía eléctrica deberán acreditar los siguientes extremos:

a) Las condiciones de eficiencia energética, técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas.

- b) *El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales*
- c) *Las circunstancias del emplazamiento de la instalación.*
- d) *Su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto”*

De acuerdo con lo anterior, las obligaciones a cargo de Africana Energía SL están previstas legalmente; obligaciones que han sido verificadas por la autoridad concedente. En efecto, como está probado en el documento denominado “RESOLUCIÓN DE LA DELEGACIÓN TERRITORIAL DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN CÓRDOBA, DE PUESTA EN SERVICIO DE PLANTA SOLAR TÉRMICA GENERADORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DENOMINADA “CENTRAL TERMOSOLAR LA AFRICANA” (folios 508 y 509 de la propuesta), la entidad concedente verificó la capacidad de Africana Energía SL para cumplir las obligaciones a su cargo. Por lo tanto la información requerida en el numeral (iii) de literal (d) del ordinal 3.5.11 de la Invitación a Precalificar está certificada.

- (iv) El numeral 6 del artículo 21 de la Ley 54 de 1997 (folio 467 de la propuesta), señala:

“El incumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en las autorizaciones o la variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento [de la autorización] podrán dar lugar a su revocación en los términos previstos en el régimen sancionador aplicable”.

Al respecto, Africana Energía SL es la titular de la autorización concedida, la cual no le ha sido revocada, por lo que es ella quien está facultada legalmente para certificar esta situación; circunstancia que está probada en la certificación suscrita por Don Alberto Recio Rodríguez, Representante Legal de Africana Energía SL, como consta a folios 460 a 462 de la propuesta. En este sentido, la información requerida en el numeral (iv) del literal (d) del ordinal 3.5.11 está debidamente certificada.

Adicionalmente, los anteriores condicionamientos legales previstos en las normas españolas, han sido certificados por la entidad a la que le ha sido concedida la autorización para desarrollar el proyecto de infraestructura energética. Ciertamente, Africana Energía SL, a través de su Representante Legal, hace constar la fecha, el valor, las obligaciones y la vigencia del proyecto La Africana. Nótese que Africana Energía SL está habilitada legalmente para dar constancia de estos hechos por ser la titular de la autorización para llevar a cabo el proyecto.

Por otra parte, una prueba adicional del cumplimiento y de la vigencia del proyecto Central Termosolar La Africana, son los siguientes hechos debidamente acreditados en los documentos entregados con la propuesta:

- La Central Termosolar La Africana está inscrita de forma definitiva en el Registro de Régimen Especial (folio 509 de la propuesta). Al respecto, para estar inscrito en el mencionado registro, es necesario:
 - Haber ejecutado la Central Térmica y tener la autorización de PUESTA EN SERVICIO (folio 508 de la propuesta), y
 - Cumplir los siguientes plazos:
 - Plazo máximo de 36 meses, para estar inscritos definitivamente en el citado registro, contados desde la fecha de notificación de la "inscripción en el registro de pre-asignación" (artículo 4.8 del Real Decreto-Ley 6/2009; folio 504 de nuestra propuesta).
 - En fecha 11 de diciembre de 2009 (notificación de salida de fecha 18 de diciembre de 2009) el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España resuelve inscribir la Central Térmica LA AFRICANA en el Registro de Pre-asignación (folio 507 de nuestra propuesta).
 - En fecha 28 de septiembre de 2012 se realiza la inscripción definitiva en el Registro de Instalaciones de Régimen Especial, cumpliendo con el plazo máximo de 36 meses.

Por lo expuesto, las observaciones de los manifestantes son improcedentes, en tanto que desconocen la regulación española aplicable, que determina la forma de probar los aspectos relativos a la fecha, valor, obligaciones y vigencia del proyecto La Africana.



2. RESPUESTA A LA OBSERVACIÓN DE LA ESTRUCTURA PLURAL CONFORMADA POR OHL CONCESIONES COLOMBIA SAS y OHL CONCESIONES CHILE S.A.

La observación de este proponente es francamente insulsa y contradictoria. Veamos por qué:
Argumenta el manifestante lo siguiente:

"El numeral 3.2.1 del Documento de Invitación establece claramente que la capacidad financiera o de inversión puede acreditarse a través de las controladas del Manifestante o sus integrantes, de la matriz del Manifestante o sus integrantes o de las controladas de la matriz del manifestante o sus integrantes. En virtud de lo anterior, uno de los integrantes del Manifestante, Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. (sucursal Colombia) acreditó experiencia en inversión a través de su matriz, sin embargo, no acreditó la situación de control de conformidad con el literal a del numeral 3.2.2 del Documento de Invitación antes citado que establece:

"Si la sociedad que se considera controlada es colombiana, la situación de control se verificará en (1) su correspondiente certificado de existencia y representación legal en el cual se evidencie los presupuestos de control descritos en el numeral 3.2.1 del presente Documento o (2) mediante certificado suscrito por el revisor fiscal (o por el representante legal y contador en caso de no tener revisor fiscal (o por el representante legal y contador en caso de no tener revisor fiscal) de la sociedad que se considera controlada respecto de la composición accionaria de dicha sociedad".

*De lo anterior **resulta claro que la sucursal no puede acreditar la situación de control frente a su matriz dado que dicha circunstancia no figura en el certificado de existencia y representación legal de la misma, toda vez que se entiende que la sucursal no debe inscribir dicha situación.** No obstante, lo anterior no significa que no se deba dar cumplimiento al aparte del Documento de Invitación antes citado. Es decir, la acreditación de la situación de control entre la sucursal colombiana y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., debió ser acreditada en detalle por el revisor fiscal de la sucursal y no por el representante legal de la misma, como en efecto equivocadamente se presentó (sic).*

Por tanto, respetuosamente solicito que, una vez verificada la observación anterior, proceda el comité evaluador, si hay lugar a ello, a rechazar la Manifestación presentada por Autopistas del Magdalena, toda vez que no cumple con los requisitos mínimos habilitantes previstos en el Documento de Invitación (numeral 5 11 literal a) pues la única condición impuesta por la ANI para acreditar experiencia en inversión o capacidad financiera de tal forma, era acreditando en los estrictos términos del documento la situación de control". (Énfasis añadido).

Note el Comité Evaluador como el propio observante reconoce que la sucursal en Colombia de una matriz extranjera no debe inscribir situación de control alguna en su registro mercantil, razón por la

cual, esta condición no figura en el Certificado de Existencia y Representación Legal correspondiente. Esto obedece a que la sucursal en Colombia de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. es una extensión de la misma persona jurídica que tiene su domicilio en el extranjero y que establece negocios en Colombia. Por tal motivo, no se entienden las razones por las cuales el referido manifestante efectúa esta observación, más aún cuando en el Derecho Colombiano es absolutamente claro que una Sucursal es la extensión en Colombia de una persona jurídica extranjera y por tanto no tiene que probarse ninguna situación de control dado que la sociedad extranjera es la única que tiene injerencia en la sucursal.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado reiteradamente sobre este particular; tal es el caso del Oficio 220-032430 del 24 de junio de 2005, en el que la Entidad precisó:

"Mientras las sociedades comerciales encuentran su regulación en el artículo 110 y siguientes del Código de Comercio y adquieren personalidad jurídica, distinta a la de los socios individualmente considerados, una vez constituidas legalmente (Art. 98 del C. de Co.), las sucursales de sociedades extranjeras derivan su existencia de la constitución de una sociedad conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior (Art. 469 Cód Cit.), sin que adquieran una personalidad nueva y distinta a la de la matriz, aunque para efectos de su funcionamiento en el territorio Colombiano, se encuentran reguladas por las disposiciones especiales contenidas en el Código de Comercio en el título denominado "De las sociedades extranjeras" y en lo no previsto a las reglas de las sociedades colombianas (artículo 497 ibidem)." (Énfasis añadido).

Posteriormente, mediante Oficio No. 220-177560 del 5 de diciembre de 2012, la Superintendencia de Sociedades, respecto de la personalidad jurídica de la Sucursal de una Sociedad Extranjera, manifestó:

"1. La sucursal de sociedad extranjera no tiene una personalidad jurídica diferente a la de la matriz, se trata de un establecimiento de comercio que se establece en el territorio nacional, para que la sociedad del exterior pueda actuar por su conducto, sin que sea titular de derechos ni de obligaciones en forma autónoma de la sociedad extranjera".
(Subrayas y negrillas fuera del texto)

Así las cosas, es evidente que la sucursal en Colombia de una sociedad extranjera de ninguna forma es una persona jurídica diferente de la sociedad principal con domicilio foráneo; en consecuencia, no existe la obligación ni posibilidad de acreditarse situación de control alguna, por cuanto como lo indica la Superintendencia de Sociedades **"no tiene una personalidad jurídica diferente a la de su matriz"**, de esta manera no debe acreditarse ningún tipo de situación de control entre Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. sucursal Colombia, por



cuanto como ya se dijo, son la misma persona jurídica, aclarándose en todo caso que la sucursal es el establecimiento por conducto del cual ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A., actúa en Colombia.

Por lo anterior, se resalta que en nuestra propuesta obra a folios 25 a 27 el Certificado de Existencia y Representación Legal de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. sucursal Colombia, en el que se prueba su condición de sucursal colombiana de una sociedad extranjera.

Por lo anterior, no es procedente la insubstantial observación de este manifestante.

3. RESPUESTA A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL INFRACON-NEXUS-ACCIONA

Manifiesta el observante lo siguiente:

"Las certificaciones bancaria de KMA CONSTRUCCIONES y ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, que acreditan la experiencia en inversión, no cumplen con las exigencias del numeral 3.5.6., como quiera que no se enuncia de manera explícita la tasa, plazo, forma de pago y condiciones para el desembolso de los créditos. Por lo tanto, dicha experiencia no debe ser tomada en cuenta por parte de la ANI y en consecuencia debe declararse está (sic) propuesta como no hábil."

Esta observación carece de fundamento en los términos de la Invitación a Precalificar. En efecto lo que señala el numeral 3.5.6 de dicho documento es lo siguiente:

*"Para los efectos previstos en el presente acápite de Experiencia en Inversión, **se entenderá que se ha obtenido la financiación para el respectivo Proyecto de Infraestructura cuando (a) el o los prestamistas y el deudor hayan suscrito el documento donde consten las obligaciones del crédito, principalmente monto, tasa, plazo, forma de pago y condiciones para los desembolsos y además se haya producido al menos el primer desembolso del respectivo crédito;** o (b) en el caso de las emisiones de títulos se entenderá que se ha obtenido la financiación cuando se haya colocado la emisión en los términos previstos en el aviso de oferta si es en Colombia o en el offering memorandum o prospecto correspondiente." (Énfasis añadido).*

Al respecto, debe resaltarse que el numeral 3.5.11 de los términos de la Invitación a Precalificar **es el que determina la forma de acreditar la experiencia en inversión de los manifestantes,** mediante: a) Diligenciamiento del Anexo 5, b) Certificación de la Entidad Acreedora en la que conste el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, los valores y fechas de los desembolsos y que le préstamo otorgado corresponde de manera exclusiva al contrato de concesión del proyecto



de infraestructura que se acredite, c) Certificación de la Entidad Deudora en la que conste el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, los valores y fechas de los desembolsos y que el préstamo otorgado corresponde de manera exclusiva al contrato de concesión del proyecto de infraestructura que se acredite, d) Certificación de la Entidad Contratante, y e) Certificación del Representante Legal. Esta regla de la invitación ha sido cumplida por Autopistas del Magdalena SPV, como consta a folios 110 a 526 de la propuesta. Por ende, no puede el observante pretender crear una nueva regla de acreditación de requisitos diferentes a los establecidos en la Invitación a Precalificar. En consecuencia, teniendo en cuenta que nuestra estructura plural cumple con los requisitos de la Invitación, la observación del manifestante no es procedente.

Atentamente,

MENZEL AMIN AVENDAÑO

Apoderado Común