

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

Bogotá D.C., Julio 06 de 2010.

Señores

Instituto Nacional de Concesiones - INI

Subgerencia de Estructuración y Adjudic.

Atn. Dr. David Villalba

Subgerente de Estructuración y Adjudicación.

Edificio Ministerio de Transporte

Avenida el Dorado CAN, Tercer Piso, Bogotá D.C., Colombia.

Fax (+57 1) 324 0800

E- mail: csoto@inco.gov.co

Ciudad.

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Rad No. 2010-409-015201-2

Fecha: 06/07/2010 16:00:52->101

OEM: PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS S.A.S

Anexos: 3 FOLIOS



REF: Licitación Pública No. SEA- LP-002-2009. Concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y la preparación de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el Corredor Vial "Transversal de las Américas Sector 1", denominado Corredor Vial del Caribe".

Asunto: Observaciones al informe de evaluación.

Respetados Señores:

De conformidad con lo señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y el Pliego de Condiciones de la Licitación, en nuestra calidad de proponentes y dentro del término legalmente establecido, por medio del presente escrito nos permitimos presentar nuestras observaciones al informe de evaluación publicado por el INCO, el día 28 de junio del corriente año, en los siguientes términos:

A. PROPONENTE No.5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PSF

1. REQUISITOS HABILITANTES - CAPACIDAD JURÍDICA- INTEGRANTE HIDALGO E HIDALGO S.A.S.:

Se indica a Folio 0068 de la Propuesta, que mediante Acta No. 001, el socio único de la persona jurídica **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S.** (quien en adelante y para los efectos de mayor claridad del presente escrito de observaciones denominaremos **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA**), la sociedad **HIDALGO E HIDALGO S.A.** (quien en adelante y para los efectos de mayor claridad del presente escrito de observaciones denominaremos **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR**) adelantó Asamblea de Accionistas mediante la cual autorizó al Representante Legal de la firma **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA** para participar en la Licitación. Sin embargo, como obra en el mencionado folio de la propuesta, el Acta indica que dicha Asamblea fue realizada en la ciudad de Quito, Ecuador.

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

En virtud de lo anteriormente expuesto y en aras del cumplimiento de los requisitos habilitantes exigidos en el numeral 3.2., debe procederse por parte del INCO, a la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 18 de la Ley 1258 de 2008 – Reuniones de Órganos sociales-; toda vez que a la luz de la mencionada norma, las reuniones de los órganos sociales podrán realizarse fuera del domicilio social, que para el presente caso es la ciudad de Bogotá D.C., **siempre y cuando**, se cumplan los requisitos de quórum y convocatoria previstos en los artículos 20 y 22 de la mencionada norma, entendidos estos como requisitos de solemnidad y esenciales para que tal actuación social produzca efectos.

Se hace especial llamado al cumplimiento de esta disposición pues como se indicó con anterioridad, la Asamblea de Accionistas, según la acreditación que se presenta, se celebró en la ciudad de Quito, es decir fuera del domicilio social contemplado en los estatutos sociales.

Al respecto, indica la disposición legal que habría contravenido el proponente:

*“Art. 18. Reuniones de los órganos sociales. La asamblea de accionistas podrá reunirse en el domicilio principal, aunque no esté presente un quórum universal, **siempre y cuando** que se cumplan los requisitos de quórum previstos en los artículos 20 y 22 de esta ley”* (Negrillas y Subrayas fuera de Texto).

Cabe señalar, que la disposición enunciada es clara al indicar que tal reunión podrá ser celebrada, si y solo si se ha dado cabal cumplimiento a lo establecido por los artículos 20 y 22 de la Ley 1258 de 2008, so pena de considerarse inexistentes las decisiones adoptadas por esta Asamblea de Accionista, a la luz de lo consagrado en el artículo 898 del Código de Comercio:

*“ARTÍCULO 898. RATIFICACIÓN EXPRESA E INEXISTENCIA. (...) Será **inexistente** el negocio jurídico cuando se haya celebrado **sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación**, en razón del acto o contrato **y cuando falte alguno** de sus elementos esenciales”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto y ante la ausencia de los requisitos establecidos por la Ley para la celebración de la Asamblea de Accionista Único fuera del domicilio social, deberá la entidad concedente proceder a considerar inexistente el Acta de Asamblea de fecha 30 de abril de 2010, con las consecuencias que ello genere para la Promesa de Sociedad Futura, en punto a la capacidad del proponente para participar en este proceso de selección.

Cabe señalar que solicitamos que la entidad proceda a realizar la verificación pertinente, y ponga en conocimiento de los demás proponentes el resultado de su indagación, dada la imposibilidad material y legal del observante de requerir documentación de orden privado a la sociedad **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA**.

2. REQUISITOS HABILITANTES – APOSTILLE:

A título de observación general señalamos que los documentos aportados a folios: 102, 152, 156, 162, 168, 172, 175, 212 y 227 no fueron otorgados con el cumplimiento de lo exigido por la Legislación Colombiana y el Pliego de Condiciones, toda vez que el apostille se ha otorgado sobre la firma del notario y no de la persona que suscribe el documento, con lo cual no se tiene certeza que el funcionario público que suscribe el documento cuenta con la capacidad jurídica de representar a la entidad y en consecuencia, de emitir el documento:

(2) Apostilla... En este caso sólo será exigible la apostilla, trámite que consiste en el certificado mediante el cual se avala la autenticidad de la firma y el título a que ha actuado la persona firmante del documento y que se surte ante la autoridad competente en el país de origen” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En virtud de lo indicado en la Ley 455 de 1998 y el numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones, quien da fe pública de que los documentos han sido suscritos por la persona competente y que adicionalmente dicha firma corresponde a tal persona, no es el notario público sino al funcionario competente en el país de origen, que para el presente caso es el Director General de Legalizaciones, en la República del Ecuador.

La consecuencia jurídica de tal omisión es que tales documentos no puedan ser considerados como válidos a la luz de la legislación colombiana y es la misma ley la que inhibe cualquier valor probatorio respecto de los hechos que con ellos se pretenda acreditar, tal y como se desprende de lo expuesto por el legislador en el artículo 259 del C.P.C.

3. REQUISITOS HABILITANTES – FIANZA:

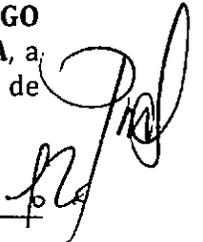
Indica el Pliego de Condiciones en su numeral 3.3.4, ordinal (b), subnumeral vi):

“Así mismo, junto con el contrato de promesa de sociedad, el (los) futuro(s) accionistas o socios o partícipes que sean MAP y acrediten Requisitos Habilitantes, deberán cada uno suscribir una Fianza, cuya única condición suspensiva válida será la Adjudicación del Contrato de Concesión”

Dicho numeral se complementa con lo establecido en el numeral 3.5.2, ordinal a), así:

“(...) En el caso previsto en el presente literal (a), la matriz deberá suscribir la Fianza y adjuntarla en la Propuesta” (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

Obra a folios 754 a 756 de la propuesta, el documento Proforma establecido por el INCO para el caso de acreditación de Requisitos Habilitantes, en caso de que esto hubiere sido realizado a través de la matriz de uno de los integrantes del Proponente. Para el caso en particular, la Fianza aparentemente es otorgada por la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** en calidad de FIADOR de la sociedad **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA**, a través de la Proforma que fue firmada por el Sr. Juan Gonzalo Restrepo, en calidad de Apoderado Especial de **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR**.



De las disposiciones del Pliego de Condiciones y de los documentos que obran en la propuesta se llega a las siguientes conclusiones:

Frente a HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA

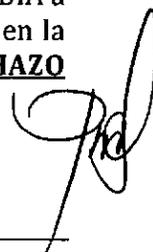
- **Cada uno** de los integrantes de la Promesa de Sociedad Futura que tengan la calidad de MAP, deberán presentar la FIANZA y por tanto, actuar en calidad de Fiador de las obligaciones que la sociedad Concesionaria que se deriven de la adjudicación. Dentro de la propuesta no obra la FIANZA de la sociedad **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA** con la sociedad concesionaria, con lo cual el proponente **NO** estaría cumpliendo con lo establecido en el Pliego de Condiciones.
- Nótese que en ningún momento el Pliego de Condiciones establece excepción alguna para que los MAP presenten la fianza ante el INCO, en el evento en que la acreditación de los requisitos habilitantes se realice a través de una tercera sociedad, sea ésta matriz o subordinada. Por el contrario, el Pliego de Condiciones en el numeral 3.52, indica que ante este caso, **la matriz deberá suscribir la Fianza y adjuntarla en la Propuesta**.

Obsérvese que el Pliego de Condiciones **en ningún momento** señala: "En este caso, será la matriz quien suscribirá la fianza y la adjuntará a la Propuesta", indicando que ante la invocación de Requisitos Habilitantes de la matriz o la subordinada, solo éstas suscriben el documento de fianza y no así, los integrantes del Proponente. Interpretación que es afianzada con lo indicado en el ordinal (x) del numeral 1.4 – Definiciones- que contiene la definición de FIANZA y se indica quienes deben suscribirla, en donde expresamente señala que solo para los casos en que la experiencia sea acreditada por los accionistas de la SPV o de la Promesa de Sociedad Futura son éstos quienes deberán suscribir la Fianza:

*(x) Fianza: Es el Contrato que suscribirán (i) Los futuros accionistas de la Promesa de Sociedad Futura; y/o (ii) Las sociedades del Proponente que acrediten Requisitos Habilitantes de su matriz y/o de sus y/o; (iii) los accionistas del SPV. En los casos señalados en los numerales (i) y (iii) **solamente suscribirán la Fianza los accionistas o futuros accionistas que sean MAP y acrediten Requisitos Habilitantes en la presente licitación**" (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Partir de tal argumento, conlleva a que el INCO y por ende, el Estado se encuentra total y francamente desprotegido, situación que a más de resultar inadmisibles por la ley contractual pública, impediría obtener el resultado perseguido por el Pliego de Condiciones como es que: i) Cada integrante del proponente que tenga la calidad de MAP sea FIADOR de la sociedad concesionaria y ii) Que ante el caso de matrices y subordinadas, la matriz o la sociedad subordinada actúe como FIADORA del MAP. **Las obligaciones amparadas por la FIANZA son TOTAL Y COMPLETAMENTE diferentes en cada uno de los casos, pues cobijarán personas jurídicas independientes y autónomas.**

Por tanto, el no otorgamiento de la FIANZA de HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA a la sociedad concesionaria, implica que el proponente se encuentre incurso en la causal 7.11.2 del Pliego de Condiciones que trae como consecuencia el **RECHAZO** de la Propuesta:



"7.11.2. Cuando se omitan requisitos, contenidos o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Propuestas"

Vale la pena precisar, que dado que tal documento hace parte de los requisitos habilitantes, no fue presentado a la fecha de cierre de la Licitación, el mismo no podrá ser objeto de subsanación por el mencionado proponente.

Frente a HIDALGO E HIDALGO ECUADOR

- De otra parte, debe igualmente el INCO tener presente que debe también procederse al **RECHAZO** de la propuesta, dado que la persona natural que obra como Apoderado Especial de la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** y quien suscribió la propuesta **NO contaba con la capacidad de representación** para suscribir el mencionado documento, por las razones que a continuación se exponen y por ende, no tenía la capacidad para comprometer a la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** con la mencionada FIANZA, con lo cual el mencionado documento es **INOPONIBLE** ante terceros.
- Indica la Escritura Pública No. 4702 de fecha tres (3) de mayo de 2006, que se confiere poder a favor del Sr. **JUAN GONZALO RESTREPO PELÁEZ**, el cual se encuentra limitado, pues para ciertas actuaciones deberá contar con la autorización expresa y por escrito, del representante legal de la compañía, autorización que siempre deberá acompañar el poder conferido:

"(...) El Apoderado en este instrumento designado queda investido de las facultades necesarias para presentar a nombre de la compañía HIDALGO E HIDALGO SOCIEDAD ANÓNIMA propuestas y ofertas dentro de las licitaciones, concursos y otros procesos tanto públicos como privados en la República de Colombia relacionados con su objeto social, pudiendo para el efecto recibir o retirar pliegos y bases de licitaciones, concursos y otros procesos, ya sean estos públicos o privados, así como presentar toda clase de documentación que sea pertinente para dicho propósito; de igual forma, el Apoderado queda facultado para suscribir a nombre de la compañía los contratos correspondientes a los procesos tantas veces mencionados, y para representar a la compañía tanto judicial, como extrajudicialmente en la República de Colombia, en todos los actos, contratos, gestiones, trámites y demás diligencias que sean necesarios. El apoderado para obligar a la compañía en operaciones económicas y para presentar propuestas a licitaciones, concursos y otros procedimientos deberá contar previamente con la autorización y por escrito del representante legal de la compañía la cual se acompañará al presente poder para cada caso" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

- Sea lo primero precisar que es claro que el poder conferido por el Representante Legal de **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** es un poder que tiene como objetivo que el Sr. RESTREPO pueda inscribir la sociedad en el Registro Único de Proponentes y adicionalmente, pueda igualmente presentar propuestas y ofertas dentro de las licitaciones, concursos y otros procesos tanto públicos como privados en la República de Colombia. Mas el mencionado documento, no le confiere la autoridad y capacidad para suscribir y presentar documentos diferentes a las propuestas, como lo es la carta FIANZA, documento que si bien hace parte de una propuesta que ha presentado una sociedad subordinada de la

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

sociedad HIDALGO E HIDALGO ECUADOR, no es un documento que haga las veces de propuesta o oferta en un proceso de contratación en Colombia como tal.

- Por el contrario, la FIANZA es un contrato autónomo e independiente que se incluye dentro de una oferta condicionado únicamente a la adjudicación del proyecto al Proponente y como tal, es un contrato¹ que debe contar con todos los requisitos exigidos por el Código Civil para el nacimiento de la obligación, como lo es la capacidad de la persona que contrae la obligación y al concurrir a través de apoderado - como acontece en el presente caso- de su representante o apoderado:

"Art. 1505- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado el mismo." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Con lo anterior, desde el momento en que se otorgó el poder al Sr. RESTREPO en mayo de 2003, no se incluyó su capacidad de representar a la sociedad en actos y procedimientos diferentes a la inscripción en el RUP o para la presentación de propuestas; eventos que no concurren en la presente licitación.

- Considerando lo anterior, la ampliación del Poder otorgada mediante Escritura Pública de fecha veinte (20) de abril del corriente año, nace con una deficiencia jurídica que tampoco es subsanada o corregida en la escritura pública y que confirma aún más la intención del poderdante, pues esta escritura del mes de abril del 2010 únicamente lo que hace es conferirle la autorización respectiva para que en representación de la sociedad HIDALGO E HIDALGO SOCIEDAD ANÓNIMA, éste pueda "comparecer y actuar a nombre de la misma en la Licitación Pública Número SEA guion LP guión Cero Cero Dos guión Dos Mil Nueve (SEA-LP-002-2009)... ya sea de manera individual o asociada, pudiendo para el efecto, y de ser el caso, celebrar cualquier tipo de asociación prevista en la legislación colombiana y en los Pliegos de Condiciones, Documentos Precontractuales y demás documentos pertinentes, con personas naturales o jurídicas colombianas o extranjeras, sin ningún tipo de restricción" y continua indicando el mencionado poder que el representante o apoderado "queda facultado para participar en forma individual o como miembro de una estructura plural, como miembro de un Consorcio, Unión Temporal y/o Promesa de Sociedad Futura y/o cualquier otra forma de asociación y formule propuesta, oferta, suscriba, celebre y ejecute el contrato de concesión"
- Así las cosas, es claro que la intención del poderdante es que el apoderado pueda vincular a la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** con la propuesta presentada en su calidad de proponente o en su calidad de integrante del proponente, calidad que la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR en ningún momento adquirió pues no hace parte de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ZONA VIAL BICENTENARIO S.A** y solamente actúa como FIADOR de un integrante de la PSF, condición jurídica que es completamente distinta y que por ende, genera obligaciones, deberes y derechos diferentes.

¹ "(x) Fianza: Es el Contrato que suscribirán (i) Los futuros accionistas de la Promesa de Sociedad Futura; y/o (ii) Las sociedades del Proponente que acrediten Requisitos Habilitantes de su matriz y/o de sus y/o; (iii) los accionistas del SPV."

- Ello conlleva a que dado el objeto y las restricciones que contiene el poder inicialmente otorgado, la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** debió, modificar el poder inicialmente otorgado u otorgar un poder específico para que el Sr. RESTREPO pudiese comprometer a la sociedad en calidad de **FIADOR**, calidad que reiteramos jurídicamente es distinta a la de ser integrante del Proponente, pues el FIADOR avala o garantiza las obligaciones del Integrante, en tanto el Integrante (en este caso **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA**) garantiza o avala las obligaciones de la sociedad concesionaria, es decir la sociedad **ZONA VIAL BICENTENARIO S.A.**
- No podrá el observado en algún momento argumentar que a folio 083 de la propuesta, la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** autorizó al apoderado para otorgar garantías, contragarantías, fianzas, avales y demás documentos, ya que se entiende que éste tendrá la capacidad de suscribir todos estos documentos, siempre y cuando la sociedad actúe como proponente o integrante de un proponente plural, en aras de que éste representado pueda "... suscribir todos los documentos necesarios para que la empresa participe en la Licitación, así como también para que la sociedad prometida suscriba el contrato de concesión respectivo y ejecute el proyecto, en el evento en que el proponente en la cual haga parte la compañía resulte favorecido con la adjudicación de la mencionada Licitación" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado en torno a la capacidad en sentencia C-178 Expediente D974 de abril 29 de 1996, M.P Dr. Antonio Barrera Carbonell:

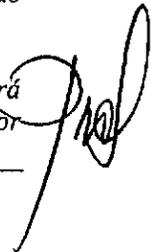
"La capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos una especie concreta de aquella la constituye la capacidad para contratar."

- La falta de capacidad del apoderado para representar a la sociedad en la suscripción del Contrato Fianza que se incluye en la Propuesta, trae como consecuencia jurídica que el negocio jurídico por éste celebrado es la inoponibilidad con lo cual el negocio jurídico y solamente genera efectos jurídicos frente al apoderado más no frente a la sociedad representada como así lo indica el artículo 883 y 841 del Código de Comercio en lectura concordante con el Artículo 1505 del Código Civil antes mencionado:

"Art. 833. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirá directamente efectos en relación con éste.

La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por el intermediario que carezca de facultad para representar"(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Art. 841. El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor



cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representando se deriven por tal causa"

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto la propuesta presentada por el proponente **ZONA VIAL BICENTENARIO S.A.** debe ser **RECHAZADA.**

B. PROPONENTE N° 2: VÍAS DE LAS AMÉRICAS SAS -(OHL)

4. CAPACIDAD JURÍDICA DEL INTEGRANTE OHL COLOMBIA S.A.

El certificado de existencia y representación legal de la sociedad **OHL COLOMBIA LTDA.** a folio 11 reverso, constata que **OHL INTERNACIONAL S.L.U** posee el 99.9% de las cuotas suscrita y **OHL S.A.** posee el 0.1%, del capital social de la compañía en mención, situación que permite configurar la situación de control, tal y como lo establece el Código de Comercio colombiano. (Art. 261)

En adición a esta situación el Certificado de Constitución de la sociedad **OHL Colombia Ltda**, esclarece la situación de control de la empresa en mención así "(...) *se aclara que la situación de control inscrita el 22 de abril de 2010 en el sentido de indicar que esta se ejerce a través de la sociedad OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U y que esta se configuro desde el 19 de Diciembre de 2008*"

Ahora bien, pese a que la situación de control es ejercida claramente la propuesta avala los documentos de **OHL S.A.**, así las cosas vale la pena cuestionar si es válido acreditar la experiencia de la matriz **OHL S.A.**, cuando la controladora de la sociedad **OHL COLOMBIA LTDA.** es **OHL INTERNACIONAL S.L.U.**, lo cual de no acontecer genera que la Experiencia Técnica y la Capacidad Financiera del Proponente deba ser desestimada con la correspondiente calificación de **PROPUESTA RECHAZADA.**

5. CAPACIDAD JURÍDICA. REQUISITO HABILITANTE. INTEGRANTE DEL PROPONENTE: LATINCO

El acta de Junta Directiva incluida en la propuesta a folio 36 A - 39 se refiere la solicitud de autorización al representante legal de la sociedad para participar en la Licitación SEA -LP-002-2009, la cual según información suministrada por el Presidente de la Junta Directiva, cuenta con un presupuesto oficial de \$1.678.754.000.000 y con base en dicha información, la Junta Directiva otorgó facultades al Representante legal para comprometer a la sociedad en dicho proyecto, otorgándole amplias facultades, pero sin perder de vista el supuesto de hecho inicial, como es el límite de cuantía de las obligaciones que en algún momento la sociedad **LATINCO**, en proporción a su porcentaje de participación, ostentaría en el evento de ser adjudicataria del Contrato de Concesión.

No obstante lo anterior, el presupuesto real de la licitación, conforme al numeral 5.4.1 del Pliego de Condiciones, asciende a la suma de (\$1.760.450.000.000) valor que claramente supera el autorizado, lo que evidencia que el Representante Legal facultado se extralimitó en las atribuciones a éste conferidas y no compromete a la organización.

Al respecto el conocido tratadista Dr. JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ, expresa²:

*"Por consiguiente, la imputación de cualquier conducta incriminada de una sociedad recae sobre los ejecutores (administradores y representantes legales), o sobre quienes presten su concurso por asentimiento o por negligencia, como los revisores fiscales, contadores, etc. **Pero no son actos de la sociedad sino de los individuos que los han prohiado o ejecutado.** Y consecuentemente la responsabilidad recae sobre las personas a quienes es imputable el comportamiento delictuoso, los administradores y el representante legal de la sociedad, asumen la responsabilidad penal, también pueden ser sujetos pasivos de sanciones administrativas".*

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio, en torno a la responsabilidad de los administradores en caso de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, en la cual se presumirá de antemano la culpa del administrador.

La ausencia de capacidad del administrador y/o la insuficiencia en la capacidad del Representante Legal conlleva a que éste no pueda concurrir en la Licitación Pública y por tanto no pueda hacer parte de la Promesa de Sociedad Futura, con las consecuencias que ello genera como es la desintegración e inexistencia del Proponente.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto y dado que los actos llevados por los administradores cuando los mismos son adelantados sin sujeción a los límites conferidos, no comprometen a la sociedad y por ende son inoponibles frente a terceros como es el INCO, se solicita se proceda al **RECHAZO** de la propuesta, dado que la ausencia de capacidad del Proponente es un Requisito Habilitante que no podrá ser objeto de subsanación a la luz de lo consagrado en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008:

"7.11 RECHAZO DE LA PROPUESTA

Sin perjuicio de lo establecido por las leyes aplicables, serán rechazadas las Propuestas que por su contenido, impidan la selección objetiva y además en los siguientes casos:

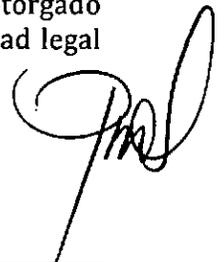
(...)

7.11.15 Cuando el representante legal del Proponente tenga limitaciones para presentar la Propuesta o no se adjunte autorización del órgano social para la presentación de la misma o presente una autorización que resulte insuficiente de conformidad con lo exigido en el presente pliego".

6. REQUISITO HABILITANTE. OHL COLOMBIA S.A. PODER DEL APODERADO ESPECIAL.

Adicional a las falencias que se detallan en el presente escrito en torno al poder otorgado al Sr. RICAURTE, debe resaltarse que el poder otorgado carece de la rigurosidad legal

² Ver concepto de la Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-059445 del 17 de diciembre de 2007.



requerida en tanto que el mismo fue conferido de manera conjunta por el Consejo de Administración de la sociedad OHL S.A a través de un acta de Consejo de Administración, cuando el otorgamiento de dicho poder debió realizarse a través del Presidente del Consejo de Administración de la sociedad, quien a su vez, es quien cuenta con la capacidad para el otorgamiento de poderes en la sociedad, tal y como se evidencia a folios 076 a 081 de la propuesta.

Considerando lo anteriormente expuesto y dado que el poder otorgado al Apoderado especial no se confirió de conformidad con lo establecido en los estatutos de la Sociedad, se entiende que todos los actos en que obre el Apoderado RICAURTE carecen de validez legal, pues quien lo confirió no contaba con la capacidad legal para otorgarlo. Al ser éste un requisito que afecta la Capacidad de la sociedad que acredita la Experiencia Técnica y Capacidad Financiera, así como la FIANZA de la Propuesta, el Proponente deberá ser declarado como **RECHAZADO**.

7. REQUISITO HABILITANTE. CAPACIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

El documento de constitución de promesa de sociedad futura adjunto en las páginas 585 a 598 establece en el numeral 6 que el Sr Miguel Ricaurte Lombana actuará en calidad de apoderado, no obstante y conforme lo exige el Código de Procedimiento Civil (Art. 65 y 84), este poder debe ser suscrito con presentación personal ante notario, requisito que no fue cumplido y en consecuencia anula el documento en mención -que en cualquier caso será inoponible a terceros- y vicia la propuesta.

La omisión en el cumplimiento de este requisito se considera como NO SUBSANABLE y por ende debe procederse al **RECHAZO** de la propuesta.

8. REQUISITOS HABILITANTES. REQUISITOS FINANCIEROS

Indica el pliego de condiciones en su numeral 4.5.3

*"Condiciones para la valoración del cupo de crédito: A) **En el caso de Estructuras Plurales, no se aceptarán certificaciones emitidas a favor de miembros distintos de tales Estructuras Plurales** b) Si se presentan más de dos (2) certificaciones de cupo de crédito el INCO solamente considerará las primeras dos (2) presentadas. c) No se aceptará la presentación de: cupos de sobregiro, de tarjeta de crédito, CDTs, créditos rotativos, cuentas de ahorro o corriente, bonos, títulos valores, documentos representativos de valores, underwriting y en general cualquier modalidad diferente al cupo de crédito otorgado por un banco del Sector Financiero. d) La vigencia del cupo de crédito debe ser, cuando menos, hasta la fecha en que al Concesionario le haya sido aprobado el Cierre Financiero, en los términos del Contrato de Concesión (fecha que no es igual a la fecha prevista en el contrato para acreditar el Cierre Financiero). (Subrayado negrilla fuera de texto)*

Ahora bien, al verificar la certificación emitida por el Banco Bilbao Argentaria S.A – BBVA S.A se comprueba que el crédito fue emitido a favor de "OHL Colombia Ltda, OHL S.A **y otras sociedades pertenecientes al grupo de esta ultima**" (Subrayado negrilla fuera de texto), situación que va en contravía de lo requerido en el pliego de condiciones como se indica en el numeral 4.5.3 anteriormente enunciado.

Así las cosas debe desestimarse la carta de crédito en mención pues la misma no cumple con lo requerido por el pliego de condiciones, puesto que como efectivamente lo indica el documento financiero, el cupo debía aportarse de manera restringida y por ende, no era válido la existencia de personas indeterminadas o a sociedades diferentes a los integrantes del Proponente Plural, situación que se configura en el presente caso con la expresión genérica "y otras sociedades pertenecientes al grupo", con lo cual el cupo de crédito se emite a nombre de personas indeterminadas controviniendo la regla impuesta por el INCO a través del pliego.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, solicitamos que el cupo de crédito observado sea desestimado y en consecuencia, la propuesta presentada por la **PSF VIAS DE LAS AMERICAS** sea **RECHAZADA**.

9. REQUISITOS HABILITANTES. INHABILIDADES

Solicitamos se rechace la propuesta presentada por el proponente **VIAS DE LAS AMÉRICAS PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA S.A.S** compuesta por OHL S.A., HB Estructuras Metálicas y Latinco S.A., debido a que dicho proponente está incurso en las inhabilidades consagradas en el artículo 8 de la ley 80 de 1993.

El artículo 8.1, literales g) y h) de la ley 80 de 1993 indica:

- De acuerdo con lo señalado en el artículo 8° de la ley 80 de de 1993:

"Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso". (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Tales inhabilidades no sólo se predicán del proponente que individualmente se ha presentado a una licitación o concurso como sociedad propiamente dicha, sino también **a las sociedades que integran proponentes plurales**, pues el propósito que informa dichas inhabilidades no es otro que propiciar la competencia material entre los proponentes y evitar la colusión entre los mismos, competencia material que desaparece, por presunción de la ley, cuando median sentimientos de lealtad e intimidad familiar.

Así lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-415/94, al pronunciarse sobre la exequibilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993. Dijo la Corte:

"11. A través de la licitación y el concurso, se instituye por la ley un procedimiento contractual, que se orienta, de una parte, a obtener para la entidad pública la selección

objetiva del respectivo contratista que gracias a la competencia que se suscita entre los licitantes ofrezca las condiciones más favorables y provechosas para el interés público y, de otra, a asegurar la igualdad de oportunidades entre los particulares para contratar con el Estado.

"No puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga las oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia. Para el efecto es de rigor que se mantenga el secreto de las propuestas hasta el momento en que se abra la urna. Igualmente, para este propósito, se precisa, que entre los participantes, estimulados por la sana confrontación, se imponga la vigilancia recíproca de modo que se denuncie todo tipo de vicios e incorrecciones que se observe en el proceso.

"La ley asume que por regla general el sentimiento de lealtad y de intimidad familiar se sobrepone al de competencia material entre sus miembros.

"La adjudicación del contrato a uno de los miembros de la familia, en todo caso, representa un provecho familiar que, puede, inclusive, estimular la colusión contra el Estado y los demás participantes, así como también, antes de la apertura de la urna, llevar a la ruptura del secreto respecto de las ofertas y sus condiciones.

"La posición del Legislador a este respecto no es en modo alguno peregrina. El Constituyente, por su parte, ha tomado en cuenta el anotado sentimiento de lealtad dentro de la familia y le ha otorgado el debido respeto como factor de cohesión de ese grupo humano, núcleo esencial de la sociedad. En efecto, el artículo 33 de la CP prohíbe que se obligue a una persona a declarar contra sí misma o contra sus familiares próximos. No puede, por ello, reprocharse al Legislador que en atención al consabido sentimiento de lealtad familiar, consagre una inhabilidad con el objeto de prevenir que, sin motivo alguno digno de protección, pueda la familia a través de sus miembros perjudicar eventualmente al Estado o a terceros.

"A las anteriores razones que justifican la restricción legal, se suma el designio patrocinado por el mismo Constituyente (CP arts. 126, 179 - 5 y 6 y 292), de poner término al fenómeno del nepotismo que lastima el primado de la igualdad de oportunidades y de acceso al servicio público en todas sus múltiples manifestaciones. Cuando en una misma licitación o concurso, intervienen varios licitantes ligados por estrechos lazos de consanguinidad o afinidad, la probabilidad de que el contrato se adjudique a un miembro de una misma familia es mayor. La ley puede y debe remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva. En Colombia el nepotismo ha obrado como rémora de la igualdad y en la causa de su eliminación está comprometida la misma Carta Política.

"Se ha demostrado que la participación en una misma licitación de licitantes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a un riesgo alto de que se frustren los dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos: igualdad de oportunidades para particulares y obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado.

"Las razones expuestas le dan precedencia, en esta ocasión, a la defensa del interés general que se antepone a la igualdad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, que podrían alegarse desde el punto de vista de las personas a quienes se extienden las inhabilidades. En efecto:

"(1) La presencia de familiares en una misma licitación o concurso, puede seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos. La pérdida que se produce en la esfera pública es inconmensurable frente al sacrificio individual que eventualmente se verifique. La contratación estatal, según lo ordena la Constitución (CP art. 209) y la ley (Ley 80 de 1993, arts. 24, 25 y 26), debe adelantarse de acuerdo con los principios de transparencia,

igualdad, moralidad y economía. La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan. La participación de parientes en una misma licitación o concurso, quebranta este supremo presupuesto negocial, en detrimento de la lealtad y sana emulación entre los oferentes, lo que a su turno genera desigualdad y propicia la inmoralidad, la cual bien puede desembocar en colusión y pérdida económica para el Estado que no sabrá si objetivamente está en un momento dado seleccionando la mejor propuesta. El alto riesgo asociado a la intervención de familiares en una misma licitación o concurso, que puede desacreditar tan importantes mecanismos contractuales, en los cuales el Estado cifra la posibilidad de escoger objetivamente al mejor proponente y permitir el acceso igualitario de los particulares, representa un precio demasiado alto que se obligaría a pagar a la sociedad, si se decide hacer caso omiso de esa situación a fin de permitir su participación.

"(2) En estas condiciones, el igual reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros de la familia o de los relacionados con éstos, para los propósitos de autorizar su participación en una misma licitación o concurso, a más de poder desvirtuar el mecanismo contractual, resultaría en una concesión puramente formal, donde se requiere, en cambio, que las personas formal y materialmente obren de manera separada y autónoma. La probabilidad no desestimable de que los miembros de una misma familia concierten entre sí, en perjuicio de los restantes licitantes y del mismo Estado, pone de presente que la alta posibilidad de unificación material de designios, no justifica la extensión del anotado reconocimiento que, además de ser puramente formal, perjudicaría a los licitantes y al Estado. Las incapacidades especiales son de recibo, entre otros casos, cuando el ejercicio de la capacidad pueda ser excesiva y desproporcionadamente lesiva para los terceros y la sociedad en general, probado lo cual es posible restringir excepcionalmente el campo negocial del sujeto, en el que indudablemente se proyecta parcialmente su personalidad.

"(3) Las limitaciones a la capacidad de las personas, como potenciales contratistas del Estado, si bien deben observar la regla de la excepcionalidad, también han de dirigirse a concretar el interés superior del Estado, uno de los cuales es el de poder seleccionar objetivamente la mejor propuesta. De éste último, pueden surgir restricciones y variadas reducciones, cuya validez dependerá de su adecuada y razonable justificación y conexidad con dicho fin. El desplazamiento de las limitaciones examinadas a la esfera del Estado y de la función pública, descubre precisamente que ellas reflejan exigencias propias de este sector que no alcanzaba a vislumbrar el demandante, para quien las mismas se ubicaban en el campo de la actividad económica libre y, por tanto, obedecían a una lógica diferente. Lo dicho por la Corte en este acápite es suficiente para demostrar que en el terreno de lo público, las limitaciones legales estudiadas, actualizan adecuada y razonablemente el interés superior del Estado.

"Concluye la Corte que dado que los intereses de los miembros de una familia, tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación" (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

En consonancia con lo expuesto y teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 4 del decreto 679 de 1994, el proponente inhabilitado es el que se presentó con posterioridad a aquel que se había presentado en primer lugar. En este caso la propuesta de **VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA** compuesta por por Odinsa

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

S.A., Construcciones El Cóndor S.A y Valorcon S.A., con lo cual la propuesta presentada por las sociedades OHL COLOMBIA LTDA., LATINCO S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A, debe ser **RECHAZADA**.

Se argumenta esta solicitud dado que:

- El SR. WILLIAM DE JESÚS VÉLEZ SIERRA es integrante de la Junta Directiva del Grupo Odinsa S.A.
- La sociedad Grupo Odinsa S.A., es integrante del proponente **VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.**
- El Sr. Vélez Sierra a su vez, es accionista de la sociedad **HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.**, como puede verificarse en documentos adjuntos.

Tal situación es de notorio conocimiento público y puede constatarse no solamente a través de los documentos societarios, que el INCO está en la capacidad de requerir, sino a través de información directamente publicada en la Página Web de la organización ODINSA, en donde se evidencia que la sociedad **HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. de la cual el Sr. Vélez es accionista, es a su vez, accionista de la sociedad ODINSA** y por tanto, le asiste un doble interés en la Licitación, interés que debe ser dilucidado para efectos de determinar cuál de sus propuestas deberá realmente continuar en el proceso licitatorio (Ver Anexo A - Documentos Internet ODINSA, entre otros).

Es claro, que al ser el propósito del artículo 8, numeral 1, literal h), propiciar la competencia material entre los proponentes y evitar conflictos de interés entre los mismos, tal como lo señaló la Corte en la precitada sentencia C-415/94, tal propósito se vulnera no sólo cuando los socios de dos proponentes distintos en una misma licitación tienen las relaciones de parentesco precisadas, sino también cuando una misma sociedad concurre como socia u accionista de dos (2) proponentes distintos que se han presentado en una sola licitación. No se puede traer a cuento la literalidad de la norma en cuestión, pues hay que hacer prevalecer el propósito que la anima y que le da sentido, pues mal haría el Estado el afectar con la condición de rechazo la presentación de las propuestas inmersas en tal condición y no cobijar el evento en el cual, el mismo accionista tiene interés ya sea de manera directa o indirecta en las resultas de una licitación.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

“El derecho es algo más que la ley, y, por lo mismo, el examen de las realidades fácticas que originan los conflictos de intereses, admite una valoración a la luz de los principios generales, de la moral y de los valores que informan la ciencia. (...) Aunque la ley nada consagre sobre el particular, planteado el litigio, el juez tiene la vía expedita para llenar los espacios intersticiales con una interpretación encuadrada dentro de la lógica de lo razonable”. (Sección Tercera. Expediente: 4156, sentencia 500 de 6 de abril de 1989)

Pero no es solamente un tema de inhabilidad.

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

La situación expuesta va en contravía de los principios de transparencia y libre competencia, al tener el Sr. William de Jesús Vélez participación accionaria en dos sociedades (**ODINSA** y **HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.**) que se presentaron como integrantes de dos (2) proponentes plurales en un misma licitación, circunstancia que hace que la propuesta en la cual la sociedad **HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.**, incurra las causales de **RECHAZO** en el numeral 7.11.12 y 7.11.13 del Pliego de Condiciones:

- i) Por encontrarse incurra en una inhabilidad o incompatibilidad y
- ii) Por la presentación de dos (2) propuestas para la misma licitación, ya sea de manera directa o indirecta.

Nótese que de manera particular, la segunda causal de rechazo se adapta a lo acontecido con esta propuesta, pues en el objetivo perseguido por la entidad, se encuentra que le asiste a ella el interés de proteger los intereses del Estado y procurar la libre y sana competencia, al sancionar con **RECHAZO** toda aquella propuesta en la cual se realice participación en dos propuestas ya sea de manera directa o indirecta para la misma licitación:

"...una misma persona (natural o jurídica, nacional o extranjera) o Fondo de Capital Privado participe en más de una Propuesta para el Proyecto. Tampoco podrá hacerlo a través de una sociedad controlada o su matriz, tal como estas condiciones se describen en el numeral 3.5 de este Pliego, ni a través de personas con las cuales tenga una relación de consanguinidad hasta el segundo grado o segundo grado de afinidad o primero civil, si los Proponentes o miembros de la Estructura Plural fueren personas naturales"

En consecuencia y dado que existe la inhabilidad de que trata el literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 y adicionalmente se configura una de las causales de rechazo del Pliego de Condiciones se debe **RECHAZAR** la propuesta presentada por **VÍAS DE LAS AMÉRICAS PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SAS.** compuesta por OHL S.A. HB Estructuras Metálicas y Latinco S.A. quien presentó propuesta con posterioridad a la presentada por **VÍAS DE LAS AMÉRICAS PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SAS.** Compuesta por Odinsa S.A., Construcciones El Cóndor S.A y Valorcon S.A , como consta en el acta de cierre del proceso de la referencia.

Debe tenerse presente, que para tales efectos ya existe un antecedente previo en donde el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO ya realizó un análisis sobre el tema y sobre el espíritu del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

El Anexo No.1 del Acta No. 40 de "Audiencia Pública de Adjudicaciones" de la Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2007 para la Fase III del Sistema Transmilenio, el IDU consignó lo siguiente en relación a la existencia de accionistas comunes en dos (2) proponentes diferentes:

"Contestadas las observaciones presentadas en el presente proceso de selección, a continuación procede la entidad a pronunciarse sobre hechos conocidos con ocasión de la declaración publicada en la edición del Periódico El Tiempo del día domingo 16 de diciembre de 2007, en la cual el integrante del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES; manifiesta que él y el integrante ORLANDO HERNANDEZ HERNANDEZ tienen un tres por ciento (3%) de participación en la Concesión"

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

Santa Marta Paraguachon S.A, sociedad que al igual que el mencionado consorcio, también participa en el grupo No. 5 como integrante de ta PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III.

Por lo anterior, mediante oficio IDU-129566 del 18 de diciembre de 2007, la entidad solicitó al señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES en su calidad de representante legal del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, que informara y soportara documentalmente en que consista dicha participación y qué calidad ostentaban dentro de la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachon S.A.

"Mediante comunicación No. 119522 del 19 de diciembre de 2007, MARIO ALBERTO HUERTAS COTES informó lo siguiente:

'El suscrito Mario Alberto Huertas Cofes, tiene en la actualidad 384,108 acciones en la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachon S.A que equivalen al 3,466% del total de las acciones emitidas por dicha sociedad, de conformidad con la certificación que me ha expedido sobre el particular su Representante Legal, documento que me permito acompañar a este escrito.

'El ingeniero Orlando Hernández Hernández no tiene participación accionaria alguna en la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón. Por su parte, ICEIN 5.4., representada legalmente por el Ingeniero Orlando Hernández Hernández, tiene en la actualidad 400.650 acciones en la Sociedad Concesión Santa Marta Paraguachon S.A, que equivalen al 3.616% del total de las acciones emitidas por dicha Sociedad, de conformidad con la certificación expedida sobre el tema por el Representante Legal de esa sociedad que me permito acompañar a este escrito'.

"Ante las hechos enunciados, procede la Entidad a verificar la normatividad consignada en el Pliego de Condiciones relativa a la presentación múltiple de propuestas por los proponentes.

"Es así que el Pliego de Condiciones estableció:

1.15.4 LIMITACIÓN A PRESENTACIÓN DE OFERTAS POR PARTE DEL PROPONENTE

Cada proponente podrá presentar solamente una oferta por grupo, ya sea por si solo o como integrante de un consorcio o unión temporal. El proponente o integrante de un consorcio o unión temporal que presente más de una oferta o participe en más de una de ellas por grupo, causará el rechazo de todas las ofertas que incluyan su participación.'

'En el mismo sentido, el numeral V del adendo No. 4 del pliego de condiciones, modificatorio del literal d) del numeral 3.7 ADMISIBILIDAD Y RECHAZO DE LAS PROPUESTAS determinó: 'd) Cuando un proponente presente en un mismo grupo por sí o por interpuesta persona, en Consorcio, Unión Temporal más de una oferta o participe en más de una de ellas por grupo, causará el rechazo de todas las ofertas que incluyan su participación.'

'Ante lo cual es ineludible efectuar las siguientes conclusiones: el proponente MARIO ALBERTO HUERTAS COTES participa simultáneamente de las ofertas de CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007 y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III, dándose claramente la hipótesis normativa del numeral 1.15.4. En efecto, es evidente la participación de Mario Huertas Cotes como miembro directo en el CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASF III y en el CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007, y como socio propietario de acciones de la

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

Concesión Santa Marta Paraguachon S.A en la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III.

"Lo anterior por cuanto la afirmación normativa contenida en el numeral 1.15.4 establece como determinante para el rechazo la mera participación en dos o mas ofertas sin establecer ninguna condición limitante a esa participación en grado o en magnitud, y esto es así porque la Entidad pretende con este texto evitar que un proponente tenga la posibilidad de obtener un beneficio no justificable derivado de la ventaja matemática que le daría el participar en múltiples ofertas, lo que claramente violentaría el principio de igualdad consignado en la Ley 80 de 1993. Al respecto ha expuesto la Corte Constitucional en Sentencia C 415 de 1994 que:

Se ha demostrado que la participación en una misma licitación de licitantes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a un riesgo alto de que se frustren los dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos: igualdad de oportunidades para particulares y obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado. Las razones expuestas, le dan precedencia, en esta ocasión, a la defensa del interés general que se antepone a la igualdad...

(...)

'Las limitaciones a la capacidad de las personas, como potenciales contratistas del Estado, si bien deben observar la regla de la excepcionalidad, también han de dirigirse a concretar el interés superior del Estado, una de los cuales es el de poder seleccionar objetivamente la mejor propuesta. De éste último, pueden surgir restricciones y variadas reducciones, cuya validez dependerá de su adecuada y razonable justificación y conexidad con dicho fin.'

"Ahora bien, el análisis efectuado cubre también los supuestos normativos prescritos en el literal d) del numeral 3.1 ADMISIBILIDAD Y RECHAZO DE LAS PROPUESTAS, pues se da la participación del Señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, por sí mismo en el caso del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III y del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007, y por interpuesta persona (Concesión Santa Marta Paraguachon S.A) en el caso de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III, en un mismo grupo.

"De lo expuesto es ineludible concluir que la aplicación de las precitadas normas conduce al rechazo de las propuestas presentadas por CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007 y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III para los grupos 1, 2 y 5.

"Adicionalmente, es necesario tener presente que los mismos supuestos normativos y de hecho aplicados a MARIO ALBERTO HUERTAS COTES son aplicables a ICEIN S.A. por su participación en la Concesión Santa Marta Paraguachon S.A, que conduce a la aplicación de la causal de rechazo antes invocada a las mismas propuestas a saber CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007 y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III para los grupos 1, 2 y 5." (Negritas y subrayas fuera de texto).

(...)

Respuestas a las Observaciones presentadas por los proponentes en la Audiencia Pública:

"siendo las 7.43 p.m se renueva nuevamente la audiencia y se procede a dar respuesta a las intervenciones de los proponentes, así: "Analizadas las observaciones planteadas por los proponentes se puede destacar que en ellas hay unos temas comunes y coincidentes, por lo cual las respuestas no se harán de manera individual sino por temas:

"2. Para efectos de la causal de inhabilidad e incluso de la causal de rechazo, hay que distinguir entre proponente y miembro del proponente. Siendo que los consorcios, las uniones temporales y las asociaciones futuras NO tienen personería jurídica, particularmente al momento de presentar la oferta, es claro que esas figuras NO tienen para los efectos indicados la calidad de proponentes. Dicha connotación debe predicarse de las personas naturales a jurídicas que los integran. Esta postura se encuentra respaldada por la definición misma que hizo el pliego de condiciones del concepto de PROPONENTE donde, dicha idea se ve inequívocamente reflejada.

"3. Bajo esa premisa, para los efectos indicados debe examinarse quiénes son los socios o el representante legal de esos integrantes, porque de su examen se determina la configuración de la causal de la inhabilidad o del rechazo.

"8. En lo que se refiere a las causales de rechazo previstas en el pliego de condiciones, aplicadas en este proceso al CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, a la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA DE SOLUCIONES URBANAS S.A, al CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007 y a la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III S.A. en los RESPECTIVOS grupo que debe indicar la entidad que se configuran dos causales diferentes:

"Una que está contenida en el numeral 1.15.4. en donde lo que se quiso evitar fue que quien ofreciera directamente pudiera hacerlo de manera indirecta beneficiándose como PARTICIPANTE de otro proponente a cualquier título.

"Otra es la consignada en el literal d) del numeral 3.7. modificado mediante Adendo No. 4 en la que se hace énfasis en la presentación de propuestas por interpuesta persona. Al respecto, el Instituto desea reiterar que no se trata en este caso de un levantamiento de velo corporativo ni de que se quien confundir la personalidad jurídica de una sociedad con la persona de sus socios. Pero lo que resulta innegable es que la sociedad actúa en interés de sus socios y es precisamente allí en donde se configura la causal de rechazo pues cuando se presenta una propuesta por parte de una persona natural y simultáneamente esa persona tiene la calidad de socio de otro proponente, tiene una convergencia de intereses que va en desmedro de claros principios de la contratación pública como el de igualdad, el de transparencia, el de secreto de la oferta hasta su presentación y las demás connotaciones que se desprenden de las jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado leídas en la audiencia.

"Con fundamento en lo anterior habrá igualmente que rechazar las ofertas presentadas por los proponentes PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA DE SOLUCIONES URBANAS S.A, y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III."

10. REQUISITOS HABILITANTES – FIANZA:

Indica el Pliego de Condiciones en su numeral 3.3.4, ordinal (b), subnumeral vi):

"Así mismo, junto con el contrato de promesa de sociedad, el (los) futuro(s) accionistas o socios o partícipes que sean MAP y acrediten Requisitos Habilitantes, deberán cada uno suscribir una Fianza, cuya única condición suspensiva válida será la Adjudicación del Contrato de Concesión"

Dicho numeral se complementa con lo establecido en el numeral 3.5.2, ordinal a), así:



PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

"(...) En el caso previsto en el presente literal (a), la matriz deberá suscribir la Fianza y adjuntarla en la Propuesta" (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

Obra a folios 619 a 621 de la propuesta, el documento Proforma establecido por el INCO para el caso de acreditación de Requisitos Habilitantes, en caso de que esto hubiere sido realizado a través de la matriz de uno de los integrantes del Proponente. Para el caso en particular, la Fianza aparentemente es otorgada por la sociedad **OHL S.A** en calidad de FIADOR de la sociedad **OHL COLOMBIA LTDA**, a través de la Proforma que fue firmada por el Sr. **Miguel Ricaurte Lombana**, en calidad de Apoderado Especial de **OHL S.A**.

De las disposiciones del Pliego de Condiciones y de los documentos que obran en la propuesta se llega a las siguientes conclusiones:

Frente a OHL COLOMBIA LTDA.

- **Cada uno** de los integrantes de la Promesa de Sociedad Futura que tengan la calidad de MAP, deberán presentar la FIANZA y por tanto, actuar en calidad de Fiador de las obligaciones que la sociedad Concesionaria que se deriven de la adjudicación. Dentro de la propuesta no obra la FIANZA de la sociedad **OHL COLOMBIA LTDA** con la sociedad concesionaria, con lo cual el proponente **NO** estaría cumpliendo con lo establecido en el Pliego de Condiciones.
- Nótese que en ningún momento el Pliego de Condiciones establece excepción alguna para que los MAP presenten la fianza ante el INCO, en el evento en que la acreditación de los requisitos habilitantes se realice a través de una tercera sociedad, sea ésta matriz o subordinada. Por el contrario, el Pliego de Condiciones en el numeral 3.52, indica que ante este caso, **la matriz deberá suscribir la Fianza y adjuntarla en la Propuesta**.

Obsérvese que el Pliego de Condiciones **en ningún momento** señala: "En este caso, será la matriz quien suscribirá la fianza y la adjuntará a la Propuesta", indicando que ante la invocación de Requisitos Habilitantes de la matriz o la subordinada, solo éstas suscriben el documento de fianza y no así, los integrantes del Proponente. Interpretación que es afianzada con lo indicado en el ordinal (x) del numeral 1.4 - Definiciones- que contiene la definición de FIANZA y se indica quienes deben suscribirla, en donde expresamente señala que solo para los casos en que la experiencia sea acreditada por los accionistas de la SPV o de la Promesa de Sociedad Futura son éstos quienes deberán suscribir la Fianza:

*(x) Fianza: Es el Contrato que suscribirán (i) Los futuros accionistas de la Promesa de Sociedad Futura; y/o (ii) Las sociedades del Proponente que acrediten Requisitos Habilitantes de su matriz y/o de sus y/o; (iii) los accionistas del SPV. En los casos señalados en los numerales (i) y (iii) **solamente suscribirán la Fianza los accionistas o futuros accionistas que sean MAP y acrediten Requisitos Habilitantes en la presente licitación**" (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Partir de tal argumento, conlleva a que el INCO y por ende, el Estado se encuentra total y francamente desprotegido y no se obtenga el resultado perseguido por el Pliego de Condiciones como es que: i) Cada integrante del proponente que tenga la calidad de MAP sea FIADOR de la sociedad concesionaria y ii) Que ante el caso de matrices y subordinadas, la matriz o la sociedad subordinada actúe como FIADORA del MAP. **Las obligaciones amparadas por la FIANZA son TOTAL Y COMPLETAMENTE diferentes**

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

en cada uno de los casos, pues cobijarán personas jurídicas independientes y autónomas.

Por tanto, el no otorgamiento de la FIANZA de OHL COLOMBIA LTDA a la sociedad concesionaria, implica que el proponente se encuentre incurso en la causal 7.11.2 del Pliego de Condiciones que trae como consecuencia el **RECHAZO** de la Propuesta:

"7.11.2. Cuando se omitan requisitos, contenidos o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Propuestas"

Vale la pena precisar, que dado que tal documento hace parte de los requisitos habilitantes, no fue presentado a la fecha de cierre de la Licitación, el mismo no podrá ser objeto de subsanación por el mencionado proponente.

Frente a OHL S.A.

- De otra parte, debe igualmente el INCO tener presente que debe procederse al **RECHAZO** de la propuesta, dado que la persona natural que obra como Apoderado Especial de la sociedad OHL S.A. y quien suscribió la propuesta **NO contaba con la capacidad de representación** para suscribir el mencionado documento, por las razones que a continuación se exponen y por ende, no tenía la capacidad para comprometer a la sociedad OHL S.A. con la mencionada FIANZA, con lo cual el mencionado documento es **INOPONIBLE** ante terceros.
- Indica la Escritura Pública No. 1389 de fecha treinta y uno (31) de mayo de 2010, que se confiere poder a favor del Sr. **Manuel Ricaurte Lombana**, el cual se encuentra limitado pues para ciertas actuaciones, deberá contar con la autorización expresa y por escrito, del representante legal de la compañía, autorización que siempre deberá acompañar el poder conferido:

"(...) En tal sentido, el apoderado queda ampliamente facultado para actuar por, obligar y responsabilizar al poderdante individualmente en las diferentes etapas e instancias de la Licitación Pública No. SEA-LP-002-2009, en todos los aspectos que se requieran para la presentación de la propuesta hasta la constitución de la Sociedad Futura (la sociedad prometida), el otorgamiento de certificaciones, documentos, y la celebración del respectivo contrato, su ejecución y liquidación y, en especial, pero sin limitarse a las siguientes actividades" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

- Sea lo primero precisar que es claro que el poder conferido por el Consejo de Administración de OHL S.A. es un poder que tiene como objetivo que el Sr. RICAURTE pueda presentar propuesta dentro de la licitación, mas el mencionado documento, **no le confiere la autoridad y capacidad** para suscribir y presentar documentos diferentes a las propuestas, como lo es la carta FIANZA, documento que si bien hace parte de una propuesta que ha presentado una sociedad subordinada de la sociedad OHL S.A., no es un documento que haga las veces de propuesta o oferta en un proceso de contratación en Colombia como tal.
- Por el contrario, la FIANZA es un contrato autónomo e independiente que se incluye dentro de una oferta condicionado únicamente a la adjudicación del

proyecto al Proponente y como tal, es un contrato³ que debe contar con todos los requisitos exigidos por el Código Civil para el nacimiento de la obligación, como lo es la capacidad de la persona que contrae la obligación y al concurrir a través de apoderado – como acontece en el presente caso- de su representante o apoderado:

“Art. 1505- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado el mismo.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Con lo anterior, desde el momento en que se otorgó el poder al Sr. RICAURTE en mayo de 2010, no se incluyó su capacidad de representar a la sociedad en actos y procedimientos diferentes a la presentación de la propuesta en la licitación, lo que no acontece en la presente licitación.

- Así las cosas, es claro que la intención del poderdante es que el apoderado pueda vincular a la sociedad **OHL S.A.** con la propuesta presentada en su calidad de proponente o en su calidad de integrante del proponente, calidad que la sociedad **OHL S.A.** en ningún momento adquirió pues no hace parte de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S y solamente actúa como FIADOR de un integrante de la PSF, condición jurídica que es completamente distinta y que por ende, genera obligaciones, deberes y derechos diferentes.
- Ello conlleva a que dado el objeto y las restricciones que contiene el poder inicialmente otorgado, la sociedad **OHL S.A.** debió, modificar el poder inicialmente otorgado u otorgar un poder específico para que el Sr. RICAURTE pudiese comprometer a la sociedad en calidad de **FIADOR**, calidad que reiteramos jurídicamente es distinta a la de ser integrante del Proponente, pues el FIADOR avala o garantiza las obligaciones del Integrante, en tanto el Integrante (en este caso **OHL COLOMBIA LTDA.**) garantiza o avala las obligaciones de la sociedad concesionaria, es decir la sociedad **VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.**
- No podrá el observado en algún momento argumentar que a folio 088 de la propuesta, la sociedad **OHL S.A.** autorizó al apoderado para otorgar garantías, contragarantías, fianzas, avales y demás documentos, ya que se entiende que éste tendrá la capacidad de suscribir todos estos documentos, siempre y cuando la sociedad actúe como proponente o integrante de un proponente plural.
- La falta de capacidad del apoderado para representar a la sociedad en la suscripción del Contrato Fianza que se incluye en la Propuesta, trae como consecuencia jurídica que el negocio jurídico por éste celebrado es la inoponibilidad con lo cual el negocio jurídico y solamente genera efectos jurídicos frente al apoderado más no frente a la sociedad representada como así lo indica el artículo 883 y 841 del Código de Comercio en lectura concordante con el Artículo 1505 del Código Civil antes mencionado:

³ “(x) Fianza: Es el Contrato que suscribirán (i) Los futuros accionistas de la Promesa de Sociedad Futura; y/o (ii) Las sociedades del Proponente que acrediten Requisitos Habilitantes de su matriz y/o de sus y/o; (iii) los accionistas del SPV.”

PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

"Art. 833. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirá directamente efectos en relación con éste.

La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por el intermediario que carezca de facultad para representar"(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Art. 841. El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representando se deriven por tal causa"

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto la propuesta presentada por el proponente **VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA** debe ser **RECHAZADA**.

C. PROPONENTE No. 3: CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010

Atendiendo lo expresado en el informe de evaluación publicado por la entidad el día lunes veintiocho (28) de junio del corriente año, nos permitimos manifestar que compartimos enteramente la conclusión a la que llega el INCO en donde se **ASIGNA** al proponente **CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010**, la calificación de **PROPONENTE NO HÁBIL** y en consecuencia se procede al **RECHAZO** de la Propuesta por ausencia de capacidad jurídica, requisito habilitante que a la luz de lo consagrado en el Decreto 2474 de 2008 no es subsanable.

Aunado a lo anterior, es importante exponer otros elementos adicionales que en nuestro criterio, hacen que se mantenga la calificación otorgada por la entidad a la propuesta observada:

1. REQUISITOS HABILITANTES - CAPACIDAD PATRIMONIAL DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA

En cuanto a la garantía de seriedad de la oferta inscrita a folio 1200 de la propuesta, la cual fue expedida por Aseguradora El Cóndor S.A., solicitamos verificar la capacidad patrimonial de la compañía aseguradora para respaldar esta garantía así como los reaseguros que debieron constituirse para la misma.

Con respecto a los otros componentes de la evaluación jurídica compartimos la evaluación realizada por la entidad.

2. OFERTA TÉCNICA

Con respecto a la propuesta técnica presentada, solicitamos que la entidad se abstenga de otorgar el puntaje correspondiente a este requisito ponderante, debido a que el diagrama de *gant* presentado a folio 1218 de la propuesta no cumple con lo establecido en el numeral 5.2 del Pliego de condiciones y en el Anexo 1 de la Minuta del Contrato de Concesión. Establece el mencionado numeral que el diagrama requerido deberá ser *"consistente con lo estipulado en la Sección 2.04 del Anexo 1 Minuta del Contrato de Concesión"*.

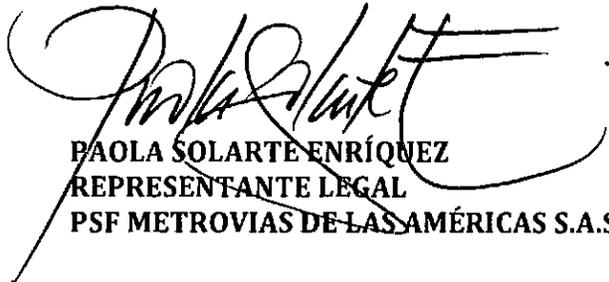
PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

La anterior solicitud se sustenta en el hecho en que considerando el Plan de Trabajo presentado por el Proponente éste no permite que en el momento de ser adjudicatario el Concesionario, se pueda realizar una verdadera verificación, seguimiento y control de las actividades por cuanto, dicho diagrama no contiene los porcentajes de avance e intervención por actividad y simplemente, se limita a la visualización de las barras de ejecución, sin mayor información alguna.

En razón a lo anterior, solicitamos a la entidad contratante **RATIFICAR** y por ende, **REITERAR** en el informe final de evaluación la calificación de **PROPUESTA RECHAZADA**.

Quedan así expuestas nuestras observaciones al Informe de Evaluación proferido por el INCO.

Atentamente,



PAOLA SOLARTE ENRÍQUEZ
REPRESENTANTE LEGAL
PSF METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.