

1 | **ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**

Bogotá D.C. 6 de Julio de 2010

Señores

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES- INCO

Subgerencia de Estructuración y Adjudicación

Atn: Dionisio Barrios

Subgerente de Estructuración y Adjudicación (E)

Edificio Ministerio de Transporte, Tercer Piso

La Ciudad

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2010-409-015200-2
Fecha: 06/07/2010 15:58:37->101
OEM: ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMEDS
Anexos:300 FOLIOS



Referencia: Documento de convocatoria número **SEA- LP- 002-2009** – *Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a un Concesionario de una 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 Preliminar de Evaluación de precalificación de Propuestas publicado el 28 de junio de 2010 y a las a las propuestas presentadas para la licitación de la referencia.

Respetados Señores:

Dentro de la debida oportunidad legal prevista en el pliego de condiciones en el numeral 2.1.1 relativo a la Descripción General del Proceso licitatorio, y su última modificación publicada en el SECOP en fecha 18 de Junio de 2010, de manera atenta nos permitimos realizar nuestras observaciones al informe preliminar de fecha 28 de junio de 2010 en los siguientes términos:

1. DE LAS OBSERVACIONES ENCONTRADAS AL PROPONENTE No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S PSF

1.1. OBJECION AL ACTA DE AUTORIZACION DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LATINCO S.A. PARA PARTICIPAR EN LA LICITACION SEA-LP-002-2009.

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

De acuerdo a lo estipulado en el Certificado de Cámara de Comercio de LATINCO S.A., y específicamente las limitaciones contenidas a folio 35 de la propuesta en estudio, se encuentra la siguiente restricción a las facultades del Representante Legal, el cual requerirá de la autorización previa de la Junta Directiva para:

" 1) Adquirir, gravar, limitar, celebrar actos jurídicos o enajenar activos fijos, en todos los casos, cuyo valor exceda de tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el contrato de concesión del cual es objeto la licitación SEA-LP-002-2009, supera el valor límite de tres mil (3.000) S.M.L.M., el representante legal requería autorización expresa del órgano directivo, para participar en el proceso licitatorio de la referencia.

Efectivamente, a folios 036 a 039 de la propuesta en estudio, se encuentra el extracto de acta No. 82, de acuerdo a la cual el Presidente de la Sociedad LATINCO S.A., solicita expresamente a la Junta, autorización para participar dentro de la Licitación SEA-LP-002-2009, cuyo objeto es *"Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a un Concesionario de una 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 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".*

No obstante lo anterior, a folio 038 de la oferta, en donde se encuentran las autorizaciones expresamente concedidas por la Junta Directiva, a numeral (iv), se observa la siguiente incongruencia:

"(iv) Suscribir cualquier contrato, documento y/o declaración que se requiera dentro de las etapas de la presentación de las propuestas, evaluación de las mismas y adjudicación de las Licitaciones, incluidos la carta de presentación de la propuesta, los formularios y anexos señalados en los pliegos de condiciones respectivos, las pólizas de seguros exigidas, las garantías bancarias, los contratos de crédito, el contrato de obra pública a precios unitarios y los demás documentos requeridos para la contratación." (Subrayas y negrillas nuestras).

Lo anterior constituye necesariamente un vicio en la capacidad del representante legal, como quiera que este, de acuerdo al documento antes citado, no tiene capacidad para suscribir el contrato de concesión objeto de la presente licitación pública, toda vez que, EXPRESAMENTE, la Junta Directiva, le otorgó autorización para suscribir un contrato de obra pública a precios unitarios, sin hacer referencia alguna al contrato de concesión que se deriva de esta licitación pública.

Es claro, que mientras los contratos de obra pública a la luz del numeral 1º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son aquellos, *"... que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago"*, los contratos de concesión definidos en el numeral 4º del mismo artículo, son aquellos que: *"...celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del*

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

A partir de lo anterior, es evidente que las obligaciones y el objeto de cada uno de estos contratos implican grandes diferencias que hacen imposible equipararlos, y por lo tanto la expresa autorización de la junta directiva de Latinco S.A. para suscribir un contrato de obra pública en manera alguna es suficiente para acreditar la capacidad jurídica necesaria para suscribir el contrato de concesión que se deriva de esta licitación.

En ese orden de ideas encontramos un vicio en la capacidad de uno de los miembros de la estructura plural que claramente se enmarca en la causal de rechazo contenida en el numeral 7.11.4., la cual señala:

*“7.11.4. Cuando exista cualquier error u omisión en los documentos que acrediten la capacidad de contratación del **Proponente** y todos y cada uno de los miembros de la **Estructura Plural**”.*

En virtud de lo anteriormente expuesto, se solicita al INCO sea rechazada esta propuesta.

1.2. INHABILIDAD PARA CONTRATAR DEL PROPONENTE 2.

De la manera más atenta queremos referirnos a las propuestas 1 y 2 que han tenido a bien participar dentro del proceso de contratación de la referencia, donde la propuesta 2° presentada, debe ser RECHAZADA en atención a lo dispuesto en el literal h) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo establecido en los numerales 7.11.12, 7.11.13, 7.11.23, y 6.7 de los pliegos de condiciones.

Nos referimos particularmente a:

- PROPONENTE No. 1 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF, conformada por las siguientes sociedades:
 - GRUPO ODINSA S.A.,
 - CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A,
 - VALORCÓN S.A,

- PROPONENTE No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF, conformada por las siguientes sociedades:
 - OHL COLOMBIA LTDA,
 - LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A.,
 - HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.

Las razones que nos motivan a solicitar el RECHAZO de la oferta No. 2 presentada dentro de la licitación de la referencia, son las siguientes, a saber:

❖ De la inhabilidad para licitar y celebrar contratos con las entidades estatales:

La sociedad **HB ESTRUCTURAS METALICAS** como integrante del proponente No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF y la Sociedad **GRUPO ODINSA S.A.** integrante del proponente No. 1 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF, tanto en su junta directiva, como con sus socios /accionistas entre sí, tienen un vínculo familiar que encuadra dentro de la causal de inhabilidad establecida en el literal h) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

4 | **ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**

En efecto, este literal dispone de lo siguiente en lo que hace a las personas que se encuentran inhabilitadas 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 que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso."(Subrayado y negrillas fuera de texto)

Del estudio y revisión de los documentos que acreditan la existencia y representación legal de las sociedades HB ESTRUCTURAS METALICAS Y GRUPO ODINSA S.A., se puede observar que la Junta Directiva de la última se encuentra conformada, de conformidad con el certificado de existencia visible a folio 10 de la Propuesta No.1, así:

PRINCIPALES	SUPLENTE
ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA	DANIEL FEGED MORA
JUAN CLAUDIO MORALES GONZALEZ	FRANCISCO JAVIER LOPEZ CHAVEZ
LUZ MARIA CORREA VARGAS	ANA MARIA JAILLER CORREA
WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA	FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA
RICARDO MEJIA RAMIREZ	JOSE ALBERTO GOMEZ MONTOYA
JOSE FRANKLIN GREIDINGER BETANCUR	LUIS MIGUEL ISAZA UPEGUI
SAMUEL RUEDA GOMEZ	ALFONSO MANRIQUE VAN DAMME

De lo anterior se puede evidenciar que en el cuarto renglón principal y suplente de la Junta Directiva de la citada sociedad, se encuentran los señores **WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** y **FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA**, ambos hermanos (segundo grado de consanguinidad), que aunque se trata de un hecho notorio, con el fin de probar el parentesco entre las referidas personas, solicitamos el INCO oficie directamente a la autoridad pública correspondiente, a fin de que se le expidan copias de los registros civiles de las citadas personas.

El señor **WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** además de ser miembro de la Junta Directiva de Grupo Odinsa S.A., es a su vez accionista mayoritario consolidando su participación en la misma que sobrepasa el 13%, a través de las empresas de su propiedad Eléctricas de Medellín, Termotécnica Coindustrial S.A. y **HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.**, que a su vez hacen parte del Grupo de Accionistas que controlan el 59.16% del Grupo Odinsa S.A., quienes suscribieron un acuerdo de control desde marzo de 2007 por cinco años para ir unidos en las decisiones de voto en la Asamblea General de Accionistas y donde convinieron que no venderán a terceros su participación accionaria, tal y como se evidencia en documento adjunto publicado en la página WEB del Grupo Odinsa S.A. y en páginas de internet.

Del estudio de los accionistas comunes de las sociedades **GRUPO ODINSA S.A.** y **HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.**, que se muestra en el cuadro a continuación frente a los representantes legales, miembros de junta directiva y accionistas de estas empresas, de conformidad con la escritura 641 del 26 de marzo de 2009 de la Notaría 25 y del Informe de Gestión del Grupo Odinsa S.A. de 2009 presentado a la Asamblea de Accionistas en marzo de 2010 (adjuntos), tenemos que:

GRUPO ODINSA S.A.	MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA	551 ACCIONISTAS
(...)	WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA y FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA	53. HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. con 185.887 acciones y porcentaje de participación del

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

0.13%

De otra parte, del estudio del certificado de existencia y representación legal de HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., visible a folio 20 de la Propuesta No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S PSF, y de las escrituras: i) No. 1919 del 20 de septiembre de 2007 de la notaría 10 de Bogotá, ii) No. 1175 del 12 de mayo de 2010 de la Notaría 64 de Bogotá, iii) Certificado de Existencia y Representación legal de Sadelec Ltda, iv) Certificado de Existencia y Representación legal de Promotora Metrosur S.A. NIT 890.940.134-0, Escritura No. 3109 del 23 de diciembre de 2005 de la Notaría 23 de Medellín, Escritura 678 del 8 de agosto de 2001 de la Notaría 25 de Medellín; Escritura 2130 del 25 de septiembre de 1990 de la Notaría Segunda de Medellín, Escritura 2450 del 16 de diciembre de 1985 de la Notaría 2 de Medellín, v) Certificado de existencia y representación legal de Inversiones Casagrande S.A., NIT 800.108.054-5 vi) Certificado de Existencia y representación legal de Inversiones Gigantón S.A. NIT 890.931.057-3; Escritura 3059 del 21 de diciembre de 2005 de la Notaría 23 de Medellín; Escritura 1718 del 28 de Agosto de 2002 de la Notaría 7 de Medellín y Escritura 1279 del 22 de septiembre de 1982 de la Notaría 16 de Medellín, tenemos que:

HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A	RE PRESENTANTES LEGALES	MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA	5 ACCIONISTAS
KEVRAN LIMITED			
SADELEC LTDA			
PROMOTORA METROSUR S.A.	BLANCA LUZ VELEZ SIERRA	GLORIA ELENA DEL SOCORRO VELEZ SIERRA HERNANDO ANTONIO VELEZ SIERRA SERGIO ALONSO VELEZ SIERRA	WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA (MAYORITARIO) SANDRA MARIA VELEZ MESA LINA MARIA VELEZ GAVIRIA JUAN LUIS TOBAR VELEZ MARIA BLANCA LUZ VELEZ SIERRA
INVERSIONES CASAGRANDE S.A.	MARIA BLANCA LUZ VELEZ SIERRA	GLORIA ELENA DEL SOCORRO VELEZ SIERRA	
INVERSIONES GIGANTON S.A.	WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA	HERNANDO ANTONIO VELEZ SIERRA CLAUDIA MARIA VELEZ SIERRA	WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA (MAYORITARIO) SANDRA MARIA VELEZ MESA LINA MARIA VELEZ GAVIRIA PROMOTORA METROSUR S.A. INVERSIONES CASAGRANDE S.A.

De la conformación accionaria de las sociedades **GRUPO ODINSA S.A.** y **HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.**, puede establecerse que el Señor **WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** ejerce una posición de dominio sobre las políticas económicas y administrativas de estas sociedades, a pesar de que se encuentra protegido por el velo corporativo de las sociedades que controla, como se evidencia en los siguiente hechos:

i) **Por GRUPO ODINSA S.A.**

- El señor **WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** es uno de los accionistas mayoritarios con el 13% de la sociedad Grupo Odinsa S.A.
- El señor **WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** como propietario de las empresas Eléctricas de Medellín, Termotécnica Coindustrial S.A. y **HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.**, hace parte del Grupo de Accionistas que controlan el 59.16% del Grupo Odinsa S.A.
- El señor **WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** es hermano del suplente del cuarto renglón de la Junta Directiva de Grupo Odinsa S.A. quien autorizó en acta de junta directiva a participar a esta empresa en la

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

presente licitación pública SEA-LP-002- 2009, el señor FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA, a través de la PROPUESTA No. 1 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S PSF.

- El Señor WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA y su hermano FRANCISO LUIS VELEZ SIERRA, al conformar ambos el cuarto renglón de la Junta Directiva, están informados del Comité de Estrategia de la empresa, como se puede observar en el Acta de Junta Directiva No. 245 del 28 de abril de 2010, visible a folios 029 a 033 de la Propuesta No. 1 de la VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Por tanto es evidente que el Señor WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA no sólo tiene intereses económicos en la sociedad Grupo Odinsa S.A. sino que puede inferirse además que participa del control de sus decisiones.

ii) **Por HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.**

No es distinta la situación del Señor WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA y su familia en la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.

En efecto,

- WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA es socio mayoritario de dos de las empresas accionistas de HB ESTRUCTURAS METALICAS y representante legal de una de ellas.
- WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA es hermano (segundo grado de consanguinidad) de la representante legal y accionista de dos de las empresas accionistas de HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., la señora MARIA BLANCA LUZ VELEZ SIERRA, que a su vez es hermana (segundo grado de consanguinidad) del señor FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA cuarto renglón suplente de la Junta Directiva de Grupo Odinsa S.A., que aunque se trata de un hecho notorio, con el fin de probar el parentesco entre las referidas personas, solicitamos que el INCO oficie directamente a la autoridad pública correspondiente, a fin de que se le expidan copias de los registros civiles de las citadas personas.
- WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA es hermano (segundo grado de consanguinidad) de los miembros de Junta Directiva de las empresas accionistas de HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., las señoras GLORIA ELENA DEL SOCORRO VELEZ SIERRA, CLAUDIA MARIA VELEZ SIERRA y del señor HERNANDO ANTONIO VELEZ SIERRA, que a su vez son hermanos (segundo grado de consanguinidad) del señor FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA cuarto renglón suplente de la Junta Directiva de Grupo Odinsa S.A., que aunque se trata de un hecho notorio, con el fin de probar el parentesco entre las referidas personas, solicitamos el INCO oficie directamente a la autoridad pública correspondiente, a fin de que se le expidan copias de los registros civiles de las citadas personas.

En este orden de ideas, es evidente que la familia VELEZ SIERRA, en cabeza del señor WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA, representa y/o tiene intereses económicos tanto en HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. como en GRUPO ODINSA S.A., ejerciendo control tanto económico como administrativo sobre los destinos de estas dos sociedades y que por lo mismo, nos permite concluir que se trata de una misma persona que **participa con intereses económicos** en dos promesas de sociedad futura diferentes, que ha presentado más de una oferta o que participa en más de una de ellas, en los términos de la presente licitación.

Refuerza nuestro argumento de la sentencia de la Corte Constitucional C-865 de 2004, con ponencia del Magistrado Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, en lo que hace el levantamiento del velo corporativo cuando a través de entes societarios se pretende esquivar el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley, cuyo fin

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

principal es el de garantizar el derecho a la igualdad y a la libre competencia de los demás proponentes que participan en una misma licitación pública.

En efecto, ha señalado la Corte que:

“La jurisprudencia nacional igualmente ha tenido la ocasión de aplicar los principios de la teoría del levantamiento del velo corporativo. Así, el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha hecho referencia a la modalidad anglosajona del “deputization”, es decir, descender la separación cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural.

El análisis acerca de su ocurrencia, tuvo lugar al interior de la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, cuando se ha usado a las sociedades de personas para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las personas naturales en materia de contratación estatal Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de agosto de 1999, radicación No. 10641, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. En la citada providencia se expresa: “(...) Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o lifting the veil, conocida también en el derecho anglosajón como disregard of legal entity, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden. (...)” (Subrayado y negrillas fuera de texto)

En este punto queremos acudir al sentido y fin último de esta prohibición de pliegos que atiende a los principios elementales de la contratación estatal, además del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993, cuál es la de garantizar la libre competencia en condiciones legítimas de igualdad para todos los proponentes que participan en un proceso de esta índole.

En este sentido, la Administración tiene una gran responsabilidad para lograr que se respeten y mantengan estas garantías para los participantes durante todo este proceso licitatorio hasta su adjudicación, asegurando con ello la transparencia, la validez y la legitimidad del proceso, que, a nuestro juicio, se vería afectada si no es **RECHAZADA la PROPUESTA No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**, toda vez que la situación descrita ampliamente podría afectar los límites inferiores y superiores de la primera y segunda serie, así como sus respectivas desviaciones estándar en la licitación en comento, lo cual podría afectar los principios generales establecidos en la Ley 80 de 1993.

Acentuando la hipótesis aquí planteada bástenos con remitirnos a la conformación de Junta Directiva del **GRUPO ODINSA S.A** en donde se evidencia que el Señor **FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA** como miembro del cuarto renglón suplente de la misma conoció y aprobó¹ las determinaciones respecto de la participación de esta sociedad en la licitación en cita –al ser uno de sus miembros que asistió a la sesión respectiva,- que diera lugar a la conformación de la **PROPUESTA No.1 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S PSF**; siendo **simultáneamente hermano (segundo grado de consanguinidad) de WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** quien a su vez es accionista mayoritario de la sociedad **HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.** y de los administradores (representantes legales y miembros de junta directiva) de los accionistas de **HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.**, las Señoras **MARIA BLANCA LUZ VELEZ SIERRA, GLORIA ELENA DEL SOCORRO VELEZ SIERRA, CLAUDIA MARIA VELEZ SIERRA, HERNANDO ANTONIO VELEZ SIERRA, SERGIO ALONSO VELEZ SIERRA, es decir de su competidor,** dentro de la misma Licitación Pública SEA- LP-002-2009, mediante la propuesta No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S PSF.

Frente a este particular ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, que:

"7. Sentada la anterior premisa, el eje del problema se desplaza al campo de la regulación legal de la contratación pública. Se pregunta la Corte, si está de acuerdo con la Constitución que el estatuto general de contratación (CP art. 150), consagre inhabilidades en cuya virtud se impida participar en una licitación o concurso abierto por una entidad pública, a las personas o sociedades cerradas, sólo porque con antelación se hubieren formalizado propuestas dentro del mismo procedimiento contractual por parte de otra persona que estuviere ligada con las primeras por una relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o por parte de otra sociedad igualmente cerrada cuyos socios o administradores tengan similares lazos de consanguinidad o afinidad con los de aquélla.

"8. Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150).

"La ley contractual, así sea ajena a la regulación de la libertad económica, se sujeta, como toda norma, al cumplimiento de la Constitución. Agotado, por tanto, el examen de la competencia, se continuará respecto de los demás aspectos.

"9. Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

"El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general insito en la contratación

¹ Ver folio 029 a 033 de la Propuesta No. 1 de la Promesa de Sociedad Futura VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S, Acta de Junta Directiva No. 245 del 28 de abril de 2010.

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado.

"10. El demandante ha ofrecido las razones que, en su concepto, lesionan los derechos constitucionales a igual reconocimiento de la personalidad jurídica que merecen los destinatarios de las inhabilidades consagradas por la ley acusada, desestimando, de paso, el interés general que las inspira. La Corte se propone ofrecer las razones de interés general que, considera, sirven de fundamento a dichas inhabilidades.

"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 la 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 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 público: 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. (.....)"

Y más adelante precisa:

"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."
(Subrayado fuera de texto)

Para efectos de entender la dimensión y efectos de lo anterior, téngase en cuenta que estas dos (2) sociedades **GRUPO ODINSA S.A. Y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.** están concursando a la vez en la presente licitación Pública SEA - LP- 002- 2009, con el señor **WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA** accionista mayoritario con control de decisiones en ambas, a través de dos (2) promesas de sociedad futura distintas por lo que se configura, en los términos del literal h) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, la inhabilidad para la oferta presentada por el **Proponente No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S PSF**, en atención a lo establecido en el artículo 4° del Decreto 679 de 1994 (acta de cierre de la presente licitación pública de fecha 3 de junio de 2010 y que fue publicado en fecha 9 de Junio de 2010 en la página web del SECOP), y por lo tanto, solicitamos al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO, de la manera más atenta y respetuosa, el **RECHAZO** de la **PROPUESTA No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S PSF**, en la que participa la sociedad **HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.**, de conformidad con las causales de rechazo previstas en los numerales 7.11.12 y 7.11.13 del pliego de condiciones.

De igual manera debe recordarse que tanto en la carta de presentación de la propuesta como en la promesa de sociedad futura, los miembros de cada estructura plural declararon bajo la gravedad del juramento no estar incurso en causales de inhabilidad ni incompatibilidad para participar en la presente licitación, pero al contrariar la realidad estas declaraciones, se convierten automáticamente en información inexacta de conformidad con lo previsto en el numeral 6.7 y por ende se configura la tercera causal de rechazo del numeral 7.11.23 de los pliegos de condiciones.

2. DE LAS OBSERVACIONES ENCONTRADAS AL PROPONENTE No. 3 METROVIAS DE LAS AMERICAS

2.1. OBJECION RESPECTO DE LA EXPERIENCIA EN CONSTRUCCIÓN EN GENERAL

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

De conformidad con lo establecido en el numeral 4.1.1 del Pliego de Condiciones, "El **Proponente**, o al menos un **MAP** en caso de **Estructuras Plurales**, debe demostrar experiencia en **Proyectos de Infraestructura**, como contratista o subcontratista durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 2009, por valor mínimo de SETESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US\$750.000.000) o UN BILLON QUINIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008. La experiencia se podrá acreditar con un máximo de seis (6) contratos en **Proyectos de Infraestructura**, uno de los cuales deberá tener como mínimo un valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US\$150.000.000) o TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008."

Según lo establecido en el numeral 1.4 de los mismos Pliegos de Condiciones, "Para la interpretación de este **Pliego**, a menos que expresamente se estipule de otra manera, los términos resaltados y con mayúscula inicial que aquí se usan tendrán el significado asignado a dichos términos en este numeral o en la Sección 1.01 de la minuta de **Contrato de Concesión** (Anexo 1)"

En este sentido, resulta necesario verificar la definición establecida en el Pliego de Condiciones para **Proyectos de Infraestructura**, la cual es del siguiente tenor:

"Es la construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puertos, aeropuertos, infraestructura vial, infraestructura férrea, sistemas de transporte masivo de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de gas." (Subraya fuera de texto).

De la lectura de lo anteriormente referido, resulta claro que la experiencia en construcción en general se acreditaba mediante la presentación de contratos que encuadraran en la definición de Proyectos de Infraestructura, entendiendo por estos, aquellos cuyo objeto fuera la construcción y operación de contratos de infraestructura, entre otros.

Se llama la atención sobre el hecho de que los pliegos de condiciones exigieron de manera vinculante y no optativa así como en las diferentes rondas de preguntas y respuestas de la licitación, que la acreditación sea de proyectos de construcción y operación, y en este sentido, resultaba necesario para los oferentes de la Licitación SEA-LP-002-2009, que acreditaran su experiencia en construcción y operación de un proyecto de infraestructura, haciendo entonces inválida la presentación de tan solo contratos de construcción.

Una vez revisada la experiencia en construcción general acreditada por la PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS S.A.S, se encuentra que los contratos de orden No.5, y No.6, corresponden a contratos de construcción y pavimentación vial, que comprenden las actividades de operación. De acuerdo con esto, es claro que dichos contratos no cumplen con lo establecido en los pliegos de condiciones para la acreditación de la experiencia en construcción en general y por ende se solicita a la entidad no tenerlos en cuenta para la evaluación de este proponente, y de esta misma manera, cualquier aclaración que se aporte sobre los mismos debe ser desestimada, pues se entenderá como una complementación a la oferta.

3. DE LAS OBSERVACIONES ENCONTRADAS AL PROPONENTE No. 4 CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010

El INCO, con absoluto acierto ha encontrado que esta estructura plural no cumplió a cabalidad con los requerimientos del pliego de condiciones respecto a informar de manera veraz que no existe una autoridad u organismo que certifique lo establecido en el numeral 3.3.2. literal (b) numeral (ii) 1, ya que tanto "CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA" CONOISA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE; como "INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS" ICA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

VARIABLE, hicieron referencia a la ausencia de un "documento" y no a la ausencia de una "autoridad" que era lo requerido por el pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, es necesario que sean tenidas en cuenta una serie de consideraciones adicionales que inhabilitan de forma total esta oferta en el remoto evento en que el INCO decidiera reconsiderar su decisión de rechazar la oferta que se ha presentado por parte de este consorcio.

3.1. OBSERVACIÓN RESPECTO DE LA FALTA DE CAPACIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD "CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA" CONOISA SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE.

Para efectos de formular la observación que se realiza a continuación, ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PSF, solicitó la autorizada opinión profesional de la firma de abogados BAKER & MC KENZIE ABOGADOS, S.C. (México), con el fin de ilustrar debidamente al INCO respecto de la observación que se formula. En la citada opinión profesional claramente se ilustra que, la legislación mexicana prevé que la existencia de una sociedad mercantil se acredita mediante la exhibición de su escritura constitutiva, debidamente formalizada ante notario público mexicano.

La legislación mexicana prevé además que la escritura de constitución y sus reformas debe estar inscrita igualmente ante el Registro Público de Comercio, el cual le asigna a cada sociedad un número de folio de registro mercantil. Para el caso de la ciudad de México, a cada escritura se le imprime un sello en la escritura constitutiva que señala el folio mercantil asignado, el cual, para el caso de la sociedad "CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V." CONOISA es el número 272.102, tal y como se observa en los folios 063 y 087 de la oferta presentada por el CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010.

De la misma forma el artículo 21 del Código de Comercio Mexicano establece que las reformas que deben ser inscritas en el registro son las siguientes:

“ ...

V. Los instrumentos públicos en los que se haga constar... la transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación [de sociedades mercantiles];

...
 ...

XII. El cambio de denominación o razón social, domicilio, objeto social, duración y el aumento o disminución del capital mínimo fijo.”.

En consecuencia, las reformas estatutarias que se realicen a una sociedad mercantil mexicana, en cuanto al cambio en el objeto social, deberán ser registradas en ese mismo folio y contar con el sello de inscripción en el registro público

Pues bien, de la revisión minuciosa de los documentos presentados para acreditar capacidad jurídica por parte de la sociedad "CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V" CONOISA tenemos que la reforma estatutaria realizada el día 12 de mayo de 2010, por la cual se amplía el objeto social, no se encuentra inscrita ante el Registro Público de Comercio, toda vez que el sello que acredita la inscripción de la citada escritura no se encuentra en el documento que el CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010 aportó. Se encuentra un apostille que permite determinar que el documento se otorgó ante un Notario Público

LICITACIÓN PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

debidamente facultado para tales efectos, pero el sello del registro público de comercio se omitió y por tal razón no puede tenerse en cuenta esa escritura pública; toda vez que, no se encuentra totalmente acreditado la existencia legal conforme a la ley mexicana, ni conforme a lo solicitado por los pliegos de condiciones.

La escritura pública que no se encuentra registrada, y que obra a folios 090 a 104 de la oferta que presentó CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010 es la reforma al objeto social de la sociedad CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA, a través de la cual pretendían ampliar la capacidad establecida estatutariamente de forma inicial a la sociedad, con el fin de permitirle a esta: "participar, invertir, financiar, promover, organizar, y desarrollar todo tipo de asociaciones empresariales, estructuras plurales de sociedades, consorcios empresariales y toda clase de empresas con el fin de intervenir en licitaciones o concursos nacionales o internacionales....."(Negrilla y subrayado extratextual).

Como corolario de lo anterior, necesario es concluir que aunado a los vicios que presenta la manifestación jurada que fuera realizada por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V. CONOISA, los cuales por su gravedad llevaron consigo el rechazo realizado por parte del INCO, es necesario que se tenga en cuenta además, que si no hubiere sido de esta manera, la mencionada sociedad carecería de la capacidad jurídica necesaria para poder celebrar el contrato a través del cual se instrumenta el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010, ya que su objeto social, esto es, el que se encuentra debidamente registrado y que tiene efectos frente a terceros como el INCO, no le permite participar en un consorcio, ni presentarse en la licitación que nos ocupa, ni ejecutar proyectos de ingeniería, ni ejecutar contratos de concesión.

Es tan evidente lo anterior, que si hubiere sido de otra forma, esto es, si CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V. CONOISA, tuviese suficiente capacidad para celebrar contratos de consorcio o cualquier otro tipo de organizaciones empresariales, no hubiere realizado una reforma a sus estatutos para otorgarse una capacidad jurídica que ya tenía. Es obvio que adolece de capacidad jurídica en los términos del numeral 3.3., toda vez que no acreditaron de forma completa el registro de la ampliación de su objeto social requerido para participar en esta licitación; y por ende para celebrar el contrato de consorcio que suscribió el día 20 de mayo de 2010 y para ejecutar el contrato de concesión derivado de la presente licitación en caso de ser adjudicatarios.

3.2. OBSERVACIÓN RESPECTO DE LA FALTA DE CAPACIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD "INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS" SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE.

3.2.1. Observaciones respecto de la ausencia total de acreditación de la existencia de la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C.V..

Teniendo en cuenta los criterios para acreditar la debida inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad comercial mexicana, los cuales ya se expusieron en el numeral anterior y que más ampliamente se exponen en la opinión profesional adjunta a este escrito, resulta claro que la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS ICA S.A. de C.V no acredita su inscripción en el Registro mercantil, ya que en ninguna de las escrituras públicas que adjunta el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 para tratar de acreditar la existencia de aquella compañía consta que el Registro público mercantil las haya inscrito dándole algún número de folio.

En efecto, ni la escritura pública obrante a folios 146 a 170, ni la que obra a folios 189 a 258 de la propuesta presentada por parte del CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010, contienen ni el sello a través del cual en

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

el Distrito Federal se acredita la inscripción en el Registro Mercantil, ni mucho menos aparece el folio de matrícula en el Registro de Comercio.

En consecuencia, al no encontrarse acreditada debidamente la existencia de la sociedad, existe absoluta incapacidad para que esta sociedad pretenda participar en el proceso licitatorio a través del CONSORCIO TRANSVERAL AMÉRICAS 2010, todo lo anterior en los términos del numeral 3.3., del pliego de condiciones, por lo tanto se solicita el rechazo de la propuesta, todo lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 10 último inciso del Decreto 2474 de 2008.

3.2.3. Observaciones respecto de la caducidad de un contrato celebrado por INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS ICA S.A. de C.V. con la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá.

Es bien sabido que la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS ICA S.A. de C.V. tuvo en el pasado numerosos incumplimientos en los contratos que celebró con entidades públicas colombianas. En efecto, con ocasión de la ejecución del Contrato SOP 462 de 1997, suscrito por la firma mexicana Ingenieros Civiles Asociados ICA S.A. de C.V. inicialmente con la Secretaría de Obras Públicas SOP del Distrito Capital, y que posteriormente fuera cedido en administración al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyo objeto a grandes rasgos era la rehabilitación de la malla vial de Bogotá, el señalado Instituto declaró la caducidad del citado contrato mediante la resolución 3199 del 23 de mayo de 2002 (adjunta), confirmada mediante resolución 554 del 2 de septiembre de 2002 expedida por la Alcaldía Mayor de Bogotá, quedando ejecutoriada con fecha 26 de septiembre de 2002, tal y como consta en los documentos que se anexan a este escrito.

Como consecuencia de lo anterior, dicha firma quedó inhabilitada conforme a la ley colombiana, de acuerdo a lo previsto sobre el particular en la Ley 80 de 1993.

Por lo tanto, resulta evidente que la experiencia acreditada con los contratos de orden 1, 2 y 4, para construcción en general; el contrato con numero de orden 2 para construcción de carreteras y contrato con numero de orden 1 para experiencia en construcción en puentes o viaductos, fue obtenida durante el lapso de tiempo en el que dicha firma se encontraba inhabilitada frente a la ley colombiana.

Si bien, la inhabilidad se predica en principio para contratar con el Estado colombiano únicamente, tampoco es menos cierto que puedan burlarse los efectos sancionatorios en Colombia de la declaratoria de caducidad que fue emitida y confirmada por el Distrito Capital, a través de las resoluciones antes referidas, cuyas copias con sus constancias de ejecutoria se adjuntan, permitiendo que se acredite ahora la experiencia obtenida durante el lapso de tiempo en el cual dicha firma estuvo inhabilitada frente a la ley colombiana.

Así las cosas solicitamos al INCO, no sea tenida en cuenta la experiencia acreditada en esta licitación, siempre que la misma fue obtenida durante el lapso de la inhabilidad en Colombia. Lo anterior, con el ánimo de salvaguardar los efectos sancionatorios en Colombia de la declaratoria de caducidad que fue emitida por el IDU y confirmada por la Alcaldía del Distrito Capital, a través de las resoluciones antes referidas, cuyas copias con constancias de ejecutoria se adjuntan.

3.2.4. Reporte y publicación de la inhabilidad.

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

Señala el artículo 14 del Decreto 2881 del 2008, que:

Artículo 14. Información proveniente de entidades estatales. Las entidades estatales deberán remitir por medios electrónicos a las Cámaras de Comercio que tengan jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, a más tardar el quince de cada mes, la siguiente información correspondiente al inscrito sobre contratos que hayan sido adjudicados, en ejecución y ejecutados, multas y sanciones en firme:

- a) Código de la Cámara de Comercio;
- b) Fecha de reporte;
- c) NIT;
- d) Nombre de la entidad oficial;
- e) Código de la ciudad o municipio;
- f) Dirección de la entidad oficial que reporta la información;
- g) Nombre del funcionario;
- h) Cargo del funcionario que reporta la información;
- i) Número de inscripción del proponente;
- j) Número de identificación del proponente;
- k) Nombre del proponente;
- l) Número de contrato;
- m) Fecha de adjudicación del contrato;
- n) Fecha de iniciación del contrato;
- o) Fecha de terminación del contrato;
- p) Clasificación del contrato;
- q) Indicador de cumplimiento;
- r) Cuantía del contrato;
- s) Valor de la multa;
- t) Descripción de la sanción;

LICITACIÓN PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

"Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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"

- u) Identificación del acto administrativo que impone la sanción o la multa; y
- v) Fecha del acto administrativo que impone la sanción, multa o cláusula penal pecuniaria.

Dentro de la información que las entidades estatales deben suministrar a las Cámaras de Comercio que tengan jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, está la concerniente con las multas pagadas y las sanciones cumplidas o revocadas. La certificación de esta información sólo podrá ser modificada por orden de la entidad estatal que haya suministrado la información. En todo caso, la información sobre multas y sanciones se mantendrá en el registro hasta por cinco (5) años contados a partir de su reporte.

El servidor público encargado de remitir la información que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007.

Parágrafo 1°. La Superintendencia de Industria y Comercio determinará a través de circular, las especificaciones técnicas para el reporte electrónico de información que las entidades estatales están obligadas a suministrar a las Cámaras de Comercio sobre contratos en ejecución, multas y sanciones de los inscritos.

Parágrafo 2°. La información remitida por las entidades estatales en virtud del presente artículo, no será verificada por las Cámaras de Comercio. Por lo tanto las controversias respecto de la información remitida por las entidades estatales, deberán surtirse ante la entidad estatal correspondiente y no podrán debatirse ante las Cámaras de Comercio.

Las cámaras no certificarán la información remitida por las entidades estatales relativa a los contratos adjudicados y ejecutados; la cual tampoco será tenida en cuenta como documentos sujetos a verificación documental.

Parágrafo 3°. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2247 de 2009. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto las entidades públicas informarán a las Cámaras de Comercio, de acuerdo con la instrucción que reciban de la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre multas y sanciones impuestas a contratistas que no estaban obligados a inscribirse en el Registro Único de Proponentes antes del 16 de enero de 2009. La Entidad Estatal realizará el reporte a las Cámaras de Comercio que tengan jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito. Se deberá reportar la información de los últimos cinco (5) años contados a partir del 16 de enero de 2009.

Parágrafo transitorio. Modificado por el art. 6, Decreto Nacional 836 de 2009, Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2247 de 2009. Las Entidades Estatales deberán reportar la información de que trata el inciso 1° del presente artículo, correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de enero del 2009 al 31 de marzo de 2009 a más tardar el 16 de abril de 2009. A partir de esta fecha se reportará mensualmente la información correspondiente al mes inmediatamente anterior en los términos previstos en el presente decreto”.

Por su parte, establece el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 que:

“ARTÍCULO 31. DE LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS Y SENTENCIAS SANCIONATORIAS. La parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

“Para el otorgamiento a un Concesionario de una 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”

en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.

Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes.

La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado.”

De acuerdo con lo anterior, siendo el sentido de una publicación que la misma produzca efectos frente a terceros o *erga omnes*, y que el INCO es un tercero respecto de la sanción impuesta a INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C.V., solicitamos se oficie tanto al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, como a la Cámara de Comercio, la Imprenta Distrital y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que certifiquen, las fechas exactas, y documentos a través de los cuales se reportó y publicó la inhabilidad en los términos señalados de las referidas normas, a efectos de poder determinar con precisión la fecha a partir de la cual empezaron a correr los efectos de la inhabilidad antes referida frente a terceros (efectos *erga omnes*).

Destacamos que en la hipótesis, en que las anteriores publicaciones no hubieren sido realizadas de forma completa o no hubieren sido realizadas aún, en caso de resultar adjudicatario el proponente en mención, estaría incurso en una posible inhabilidad sobreviviente en el momento que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU así lo efectuase. Lo anterior, como quiera que sin perjuicio de la fecha de ejecutoria de los actos administrativos, lo que hace que la misma, produzca efectos ante terceros (*erga omnes*), es su publicación, siendo esta la razón por la cual el legislador, instituyó los requisitos de publicidad y publicación en las normas referidas, en adición de la mera ejecutoria del acto administrativo.

3.2.5. Inhabilidad por posible responsabilidad civil y penal.

Señala el artículo 58 numeral 6º de la Ley 80 de 1993, establece que:

“ARTÍCULO 58. DE LAS SANCIONES. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

(...)

*6o. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por **diez (10) años** contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. **A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.**” (Subrayado y negrillas fuera de texto)*

Teniendo en cuenta que entre el Distrito Capital y la firma Mexicana Ingenieros Civiles Asociados – ICA S.A. de C.V. existieron innumerables litigios arbitrales, judiciales e incluso penales (siendo éste último el que motivó al contratista a abandonar las obras que al final dieron lugar a la declaratoria de caducidad) que coparon las páginas de los diarios y medios de comunicación en general, solicitamos se oficie al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, a efectos de que certifique si como consecuencia de tales procesos la firma Mexicana Ingenieros Civiles Asociados – ICA S.A. de C.V. fue o no declarada civil y/o penalmente responsable, y en caso afirmativo, proceda a rechazarse por estar cobijada por la inhabilidad de diez (10) años establecida por el Numeral 6º del Artículo 58 de la Ley 80 de 1993.

3.3. OBSERVACIONES RESPECTO A LA FALTA DE EXPERIENCIA EN CONSTRUCCIÓN EN GENERAL DEL OFERENTE.

De conformidad con lo establecido en el numeral 4.1.1 del Pliego de Condiciones, "**El Proponente, o al menos un MAP en caso de Estructuras Plurales, debe demostrar experiencia en Proyectos de Infraestructura, como contratista o subcontratista durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 2009, por valor mínimo de SETESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US\$750.000.000) o UN BILLON QUINIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008. La experiencia se podrá acreditar con un máximo de seis (6) contratos en Proyectos de Infraestructura, uno de los cuales deberá tener como mínimo un valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US\$150.000.000) o TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008.**"

Según lo establecido en el numeral 1.4 de los mismos Pliegos de Condiciones, "**Para la interpretación de este Pliego, a menos que expresamente se estipule de otra manera, los términos resaltados y con mayúscula inicial que aquí se usan tendrán el significado asignado a dichos términos en este numeral o en la Sección 1.01 de la minuta de Contrato de Concesión (Anexo 1)**"

En este sentido, resulta necesario verificar la definición establecida en el Pliego de Condiciones para **Proyectos de Infraestructura**, la cual es del siguiente tenor:

"Es la construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puentes, aeropuertos, infraestructura vial, infraestructura férrea, sistemas de transporte masivo de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de gas." (Subraya fuera de texto).

De la lectura de lo anteriormente referido, resulta claro que la experiencia en construcción en general se acreditaba mediante la presentación de contratos que encuadran en la definición de Proyectos de Infraestructura, entendiéndose por estos, aquellos cuyo objeto fuera la construcción y operación de contratos de infraestructura, entre otros.

Se llama la atención sobre el hecho de que los pliegos de condiciones y en las diferentes rondas de preguntas y respuestas de la licitación, exigieron de manera vinculante y no optativa, que la acreditación sea de proyectos de construcción y operación, y en este sentido, resultaba necesario para los oferentes de la Licitación SEA-LP-002-2009, que acreditaran su experiencia en construcción y operación de un proyecto de infraestructura, haciendo entonces que fuera inválida la presentación de tan solo contratos de construcción.

Una vez revisada la experiencia en construcción general acreditada por el CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010, se encuentra que los contratos de orden No.1 y No.2, corresponden a contratos de construcción de hidroeléctricas, que no comprenden actividades de operación. Una cosa es que el contrato contenga pruebas de

LICITACION PÚBLICA INCO No. SEA-LP-002-2009

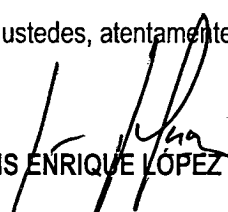
"Para el otorgamiento a un Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y la preparación de los estudios y diseños 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"

operación y puesta en servicio y otra muy diferente es la operación misma de la hidroeléctrica o del proyecto en los términos definidos en el pliego de condiciones y en rondas de preguntas y respuestas de la presente licitación.

De acuerdo con esto, es claro que dichos contratos no cumplen con lo establecido en los pliegos de condiciones para la acreditación de la experiencia en construcción en general y por ende se solicita a la entidad no tener estos contratos en cuenta para la evaluación de este proponente y de esta misma manera, cualquier aclaración que se aporte sobre los mismos debe ser desestimada, pues se considerará como una complementación a la oferta.

Por lo anterior, solicitamos al INCO, RECHAZAR la oferta presentada, por no cumplir con los requisitos del pliego.

De ustedes, atentamente;



LUIS ENRIQUE LÓPEZ JARAMILLO

REPRESENTANTE LEGAL

ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PSF

Se anexan (300) folios