Bogotá D.C., 21 de julio de 2010

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO –
Subgerencia de Estructuración y Adjudicación
Attn: Dr. **JORGE AUGUSTO MERINO DUQUE**
Subgerente de Estructuración y Adjudicación
Edificio Ministerio de Transporte
Avenida El Dorado CAN, Tercer Piso Bogotá DC, Colombia
Fax (+57 1) 3240800
Bogotá D.C.

Referencia: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010
Radicado INCO No. 20101010092761
Fecha: 13-07-2010

En los términos fijados en la audiencia de adjudicación llevada a cabo el día de hoy en el auditorio Modesto Garcés del Ministerio de Transporte, a continuación presentamos un resumen escrito de nuestros argumentos de defensa sobre las observaciones hechas por parte del INCO al proponente **ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA,** dentro del Informe Final de fecha 21 de julio de 2010 de la Licitación Pública No SEA – LP-001-2010.

En el Informe de Evaluación Definitivo en cuanto a la Capacidad Técnica (Experiencia en Concesiones y Financiación) del Proponente No. 1: ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, se hacen las siguientes consideraciones para concluir que el Proponente No. 1 se encuentra NO ADMISIBLE.

Punto 1.

No se cita ningún numeral o aparte del Pliego de Condiciones o de sus Adendas que no se esté cumpliendo, y menos que se esté infringiendo. Ahora como antes, se omite por completo la motivación de la decisión de la Administración.

A tal punto que a este Proponente se le está descalificando en contra de lo establecido en el Pliego de Condiciones.

La sola respuesta dada por el INCO a otro proponente (y respecto de otro esquema de acreditación de la experiencia en financiación), que no hace parte del Pliego de Condiciones y tampoco de las Adendas, no puede ser el argumento para declarar INADMISIBLE nuestra propuesta.

Cita el INCO en su comunicación, en relación con la forma para acreditar la experiencia, una respuesta dada a otro en la que se dijo que *"A juicio del INCO no es viable combinar las dos alternativas, como tampoco se podrían sumar participaciones menores entre empresas de un mismo grupo hasta llegar al porcentaje mínimo requerido para los efectos del numeral (ii) de esta respuesta."*

Ni en el Pliego de Condiciones ni en ninguna de las Adendas al mismo se encuentra la prohibición de combinar la regla general prevista en el numeral 3.5.1 con alguna de las alternativas previstas en el numeral 3.6.7.; tan no existe tal prohibición, que el INCO cita la respuesta dada a uno de los proponentes y no un numeral del Pliego de Condiciones.

De manera general el numeral 3.5.1. permite, siempre que se trate de Requisitos Habilitantes, que estos sean acreditados utilizando experiencias de sociedades controladas, matrices y sociedades controladas por la matriz.

En efecto, este numeral establece lo siguiente:

> *3.5.1. El Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) podrá(n) presentar los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz. Para estos efectos habrá control o se considerará matriz cuando se verifique que el Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) o su matriz, según sea el caso, respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acreditan o que la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes se acreditan respecto del Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) (i) tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital; o (ii) tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o junta directiva o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva si la hubiere, o (iii) ejerce, en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad. Todo lo anterior, en los términos previstos en el Código de Comercio colombiano.*

En forma especifica, el numeral 3.6.7. indica que se puede acreditar la experiencia en financiación a través de proyectos estructurados mediante un vehículo de propósito especial que hubiere sido constituido por el MAP, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

El mencionado numeral indica lo siguiente:

> *Numeral 3.6.7 (...) También se podrá acreditar la experiencia de vehículos de propósito especial constituidos por el proponente o MAP para la financiación de un proyecto de infraestructura siempre que:*
>
> *a. el vehículo de propósito especial haya sido constituido con el único propósito de obtener financiación;*
> *b. que los recursos de la financiación obtenida el vehículo de propósito especial hayan sido destinados de manera única y exclusiva al Proyecto de Infraestructura que se acredita; y*
> *c. que el vehículo de propósito especial controle directamente mediante la participación en el capital social de al menos el 51% a la sociedad concesionaria que desarrolló el proyecto de infraestructura que se acredita.*

Contrario a lo que señala el INCO en la comunicación en cuestión, de que "*no es viable combinar las dos alternativas*", se observa en forma clara que el contenido de los numerales 3.5.1. y 3.6.7. resulta perfectamente compatible y complementario entre sí y ello es indicativo de que éstas no son alternativas excluyentes, sino formas combinables entre sí

La regla del numeral 3.5.1. del Pliego contiene una regla de carácter general aplicable para la acreditación de los Requisitos Habilitantes, en la que se hace una asimilación entre matrices y filiales.

La previsión del numeral 3.6.7. es de carácter específica y faculta a los proponentes para acreditar como experiencia en financiación de proyectos aquella obtenida mediante figuras asociativas o mediante vehículos de propósito especial.

El carácter general de la regla contenida en el numeral 3.5.1. del Pliego de Condiciones y su compatibilidad y complementariedad con la previsión del numeral 3.6.7. fue puesto en evidencia por el mismo INCO en la Respuesta a la Pregunta No. 8 de la Sexta Ronda de Preguntas y Respuestas, como más adelante se destaca.

1. La Combinación de la Regla Prevista en el Numeral 3.5.1. con las Alternativas del Numeral 3.6.7. no se Encuentra Prohibida en el Pliego de Condiciones

El texto del numeral 3.5.1. del Pliego no sólo no prohíbe en ninguna parte su utilización combinada con la figura el numeral 3.6.7., sino que tampoco la restringe a una determinada forma de acreditación de la experiencia; por su parte, el texto del numeral 3.6.7 de los pliegos, tampoco contiene ninguna prohibición ni restricción de su utilización combinada con la regla general prevista por el numeral 3.5.1.

1.1. El numeral 3.6.7 fue modificado por el INCO mediante la Adenda No. 3 para permitir acreditar la experiencia de vehículos de inversión, sin contemplar restricción ni prohibición alguna

En cuanto al numeral 3.6.7., resulta de suma importancia para desvirtuar la interpretación del INCO, tener presente que el mismo fue objeto de una modificación precisamente en la que se introdujo la posibilidad de acreditar la experiencia obtenida mediante vehículos de inversión.

En efecto, el texto original del numeral 3.6.7. contenido en los Pliegos de Condiciones a febrero de 2010, establecía lo siguiente:

> *3.6.7. Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado3), siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiere sido de al menos el veinte por ciento (20%). En este último caso, la experiencia adquirida en la figura asociativa se podrá acreditar en un ciento por ciento (100%) en la presente Licitación.*

Posteriormente, en la Ronda de Preguntas y Respuestas No. 3 del 26 de abril de 2010, la sociedad GRUPO ODINSA S.A. preguntó al INCO sobre la viabilidad de acreditar experiencia en obtención de financiación a través de una sociedad de propósito especial, lo que hizo en los siguientes términos.

> *PREGUNTA:*
>
> *De acuerdo con lo previsto en el Numeral 3.6 de los pliegos de condiciones, el Proponente o MAP deberá acreditar que ha participado al menos en una concesión de proyectos de infraestructura durante un determinado periodo. Así mismo, se permite acreditar experiencia en la obtención de financiación bien del sector financiero o del mercado de capitales nacionales o internacionales. No obstante lo anterior, el pliego de condiciones, no es claro sobre la posibilidad de acreditar la experiencia en la obtención de financiación en mercados internacionales, mediante una figura de uso general en el financiamiento de proyectos que consiste en obtener los recursos del mercado de capitales a través de una sociedad de propósito especial constituida con el único objetivo de obtener financiación del mercado de capitales internacional, recursos que a su vez serán destinados en su totalidad a la ejecución de un proyecto de infraestructura desarrollado por la sociedad concesionaria.*
>
> *En este tipo de estructuras es usual que la sociedad que obtiene la financiación sea matriz de la sociedad concesionaria que ejecuta el proyecto de infraestructura que se pretende acreditar. De esta forma quienes hayan participado en proyectos con estas características tendrán una participación accionaria en la sociedad de propósito especial que obtuvo la financiación en el mercado de capitales internacional, y no en la sociedad concesionaria.*
>
> *Para efectos de una mejor compresión se ilustra lo anterior de la siguiente forma;*

DIAGRAMA

Siendo así, solicitamos nos aclaren si es procedente acreditar la experiencia de obtención de financiación, tal como se señalo anteriormente.

(1) En el Offering Memorandum de la emisión se precisa la destinación de los recursos al proyecto de infraestructura.

A la anterior pregunta dio respuesta el INCO en forma positiva, esto es, indicando que sí era posible acreditar el financiamiento obtenido a través de una sociedad de propósito específico, sin hacer mención acerca de prohibir o restringir la utilización de esta figura en forma combinada con la regla establecida en el numeral 3.5.1. En efecto, así se aprecia en el texto de la respuesta.

RESPUESTA:

El INCO considera que el financiamiento obtenido a través de una sociedad de propósito especifico puede acreditarse siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones, las cuales permiten garantizar que se cumple con el objetivo de este requisito de haber participado en al menos una (1) Concesión de Proyectos de Infraestructura: (i) la sociedad de propósito especifico haya sido constituida con el único objetivo de obtener la financiación, (ii) los recursos hayan sido destinados en su totalidad a la ejecución del proyecto de infraestructura que se acredita, (iii) la sociedad de propósito especifico demuestre el control (51% o más de las acciones) de la sociedad concesionaria que ejecutó el proyecto de infraestructura que se acredita y (iv) cumple con los demás requisitos exigidos en la sección 3.6. del Pliego de Condiciones.

Se hará el respectivo ajuste mediante Adenda.

Como se aprecia en las transcripciones anteriores, en parte alguna de la respuesta dada a la pregunta formulada por GRUPO ODINSA S.A. se prohíbe la utilización combinada de la regla general prevista en el numeral 3.5.1., con alguna de las formas establecidas por este numeral 3.6.7.

Consecuentemente con lo señalado en la respuesta que viene de transcribirse, el INCO expidió la Adenda correspondiente modificando el Pliego en el sentido de incluir como experiencia en financiación, la obtenida a través de vehículos de propósito especial constituidos para la financiación de un proyecto de Infraestructura.

ADENDA No. 3 DEL 5 DE MAYO DE 2010

"7. SE MODIFICA EL NUMERAL 3.6.7. DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

3.6.7. Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado4), siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiere sido de al menos el veinte por ciento (20%). En este último caso, la experiencia adquirida en la figura asociativa se podrá acreditar en un ciento por ciento (100%) en la presente Licitación. ***También se podrá acreditar la experiencia de vehículos de propósito especial constituidos por el Proponente o MAP para la financiación de un Proyecto de Infraestructura siempre que: (a) el vehículo de propósito especial haya sido constituido con el único propósito de obtener financiación; y (b) que los recursos de la financiación obtenida por el vehículo de propósito especial hayan sido destinados de manera única y exclusiva al Proyecto de Infraestructura que se acredita; y (c) que el vehículo de propósito especial controle directamente mediante la participación en el capital social de al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) a la sociedad concesionaria que desarrolló el Proyecto de Infraestructura que se acredita. (LOS SUBRAYADO FUE LO QUE SE AGREGO EN ESTA ADENDA).***

De la mayor importancia para dilucidar jurídicamente el asunto en cuestión, resulta ser que en el texto de la Adenda No. 3, con la cual se introdujo la modificación al numeral 3.6.7. en el sentido ya señalado, no existe ninguna prohibición al empleo acumulativo o que combine cualquiera de las alternativas que este numeral contempla, con la regla del numeral 3.5.1.

1.2. La Respuesta del INCO que señala que *"A juicio del INCO no es viable combinar las dos alternativas"* nunca se elevó a Adenda

La cita utilizada por el INCO para prohibir la combinación de la regla del numeral 3.5.1 con las alternativas contempladas en el numeral 3.6.7., que proviene de una respuesta dada dentro de la Sexta Ronda a otro proponente distinto de Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura, nunca se elevó a Adenda.

Toda aclaración, complementación o modificación en el Pliegos de Condiciones para que haga parte de los mismos y sea vinculante para los Proponentes y para la Administración, debe efectuarse mediante Adenda según lo previsto por el literal (c) del numeral *2.5.3. Adiciones y modificaciones al Pliego.*

Jurídicamente no puede equipararse una respuesta dada dentro de las rondas de preguntas y respuestas que nunca fue elevada a adenda, con una adenda modificatoria. El valor jurídico y su fuerza vinculante son diferentes.

El Pliego de Condiciones contempla en los numerales 2.5.2 y 2.5.3 las formalidades que deben surtirse para su modificación.

El numeral 2.5.2. que regula lo relacionado con las preguntas y respuestas dentro de la Licitación, establece que cuando con ocasión de una pregunta se aclaren o

complementen o surja una modificación del Pliego, estas modificaciones necesariamente se deberán introducir mediante Adenda.

> "***2.5.2 Preguntas y Respuestas***
>
> *"Los Interesados tendrán la oportunidad de solicitar por escrito las aclaraciones y modificaciones a los Pliegos que consideren convenientes. El INCO, aunque está en la obligación de atender la totalidad de los requerimientos formulados, no tendrá la obligación de acceder favorablemente a todas las solicitudes. En todo caso las eventuales modificaciones a los Pliegos se harán mediante Adenda."* (la subraya no es del texto)

La anterior regla es reiterada en forma inequívoca por el numeral 2.5.3. que, de manera expresa, contempla las formalidades que se deben seguir para modificar el Pliego de Condiciones:

> "***2.5.3. Adiciones y modificaciones al Pliego***
>
> *(a) Los Pliegos se modificarán mediante Adenda que será publicada en los términos del numeral 1.13 de estos Pliegos.*
>
> *(b) Todas las Adendas serán enviadas por correo certificado, fax, correo electrónico o por cualquier otro medio que pueda arrojar certeza sobre el recibo de las comunicaciones remitidas antes de la Fecha de Cierre de la Licitación a quienes, de acuerdo con el registro del INCO, hayan efectuado comentarios al Proyecto de Pliegos.*
>
> *(c) Las Adendas mediante las cuales se aclaren, modifiquen o complementen los Pliegos de Condiciones, formarán parte de los mismos desde la fecha en que sean suscritos por el funcionario del INCO y sean publicados en el SECOP. Tales Adendas deberán ser tenidas en cuenta por los Interesados y Proponentes para la formulación de su Propuesta.*
>
> *(d) La publicación de las Adendas en el SECOP se considerará como notificación oficial al Interesado.*
>
> *(e) El INCO podrá modificar estos Pliegos mediante Adendas hasta la fecha máxima prevista en el numeral 2.1.1, para que el INCO conteste las preguntas formuladas por los Interesados.*

Pretender aplicar la respuesta dada en la Sexta Ronda de Preguntas y Respuestas para la evaluación de la propuesta del proponente Zona 3 Ruta del Sol, implicaría además una violación a lo establecido en los artículos 7o. y 8o. del Decreto 2474 de 2008, mediante el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Establece en forma perentoria el artículo 7o. citado que toda modificación del Pliego de Condiciones debe realizarse a través de adendas. De otro lado, el

artículo 8o. de ese mismo Decreto señala en su numeral 12o. que toda adenda al pliego de condiciones debe ser objeto de publicación para su debida difusión entre los proponentes.

Aquello que no está contenido en el Pliego de Condiciones o en una de sus Adendas no es jurídicamente vinculante y menos como argumento que conduzca a la inadmisibilidad de una Propuesta, pues sencillamente se debe considerar que no existe como regla de la licitación.

Por consiguiente, no encontrándose tal prohibición de combinar lo previsto en el numeral 3.5.1. con algunas de las alternativas contempladas en el numeral 3.6.7., ni en el Pliego Original ni en ninguna de sus Adendas expedidas para modificarlo, debe concluirse que jurídicamente tal prohibición no existe y que si se pretende aplicar porque aparece en una respuesta del INCO ello no es suficiente y constituiría una violación de los principios de la contratación administrativa de Transparencia, de Selección Objetiva, de Publicidad, entre otros.

2. La Prohibición de "*combinar las dos alternativas*" Proviene de una Respuesta Dada a Otro Proponente y Para un Esquema de Acreditación de la Experiencia Diferente al del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura

El hecho de que en una respuesta aislada dada por el INCO a un proponente, se diga que *"A juicio del INCO no es viable combinar las dos alternativas, como tampoco se podrían sumar participaciones menores entre empresas de un mismo grupo hasta llegar al porcentaje mínimo requerido para los efectos del numeral (ii) de esta respuesta"*, no constituye argumento jurídicamente suficiente para impedirle hacerlo al Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura.

Mucho menos cuando la cita utilizada por el INCO para prohibir la combinación en cuestión que, como se ha dicho, proviene de una respuesta dada dentro de la Sexta Ronda a otro proponente, no corresponde al esquema utilizado por Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura para acreditar la experiencia en financiación en su propuesta, lo que constituye otra razón adicional por la cual no nos puede ser aplicada dicha prohibición.

3. Otra respuesta del INCO en esta Licitación indicó que los numerales 3.5.1 y 3.6.7. sí pueden combinarse

Debe tenerse presente que si bien existe la respuesta que dada por el INCO que ha dado lugar a la presente discusión, también el INCO dio otra respuesta sobre la aplicación de los mismos numerales 3.5.1 y 3.6.7. en la que no solo no expresó

que no debían combinarse, sino que dio a entender que sí pueden emplearse acumulativa y complementariamente lo dispuesto por uno y otro numeral, tal como se aprecia en la Respuesta a la Pregunta No. 8 de la Sexta Ronda de Preguntas y Respuestas dada por el INCO, en la que se expresó:

> *... Los MAP y en general los Proponentes pueden acreditar la experiencia de sus matrices conforme a las reglas señaladas en el numeral 3.5. de los pliegos de condiciones, también pueden acreditar experiencia en financiación de proyectos de infraestructura de figuras asociativas en las cuales haya tenido una participación mínima del 20% como se señala en el numerales 3.6.7. de los pliegos.*

Por lo tanto, se aprecia que la comentada "restricción", no ha sido constante ni consistentemente expresada.

En este orden de cosas, resulta claramente inaplicable para efectos de la evaluación de la propuesta del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura.

4. Conclusiones

El INCO debe abstenerse de aplicar para la evaluación de la propuesta del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura, el criterio según el cual no es viable combinar la regla del numeral 3.5.1. con una de las alternativas previstas por el numeral 3.6.7., porque:

4.1. Tal restricción no existe jurídicamente para efectos de la evaluación de las propuestas toda vez que no se encuentra contemplada ni en el Pliego de Condiciones originalmente publicado ni en ninguna de las Adendas posteriormente expedidas.

4.2. En todo caso, como quiera que la respuesta utilizada por el INCO para prohibir la combinación en cuestión fue dada a otro Proponente y para un esquema de acreditación de la experiencia en financiación diferente, no resulta aplicable para la evaluación de la propuesta del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura.

Por consiguiente, las anteriores consideraciones conducen a solicitarle al INCO que se abstenga de aplicar para la evaluación de nuestra propuesta *un juicio de valor* en el sentido de que *no es viable combinar las dos alternativas*, esto es, combinar la regla general del numeral 3.5.1. con una de las alternativas previstas por el numeral 3.6.7.

Punto 2.

Cita el INCO el documento de constitución de empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited para concluir que su objeto no es único y que por ende no cumple con el requisito establecido en la letra numeral a) del numeral 3.6.7. del Pliego de Condiciones.

Ante todo valga poner de presente que esta es una objeción hasta ahora desconocida por este Proponente.

En efecto, a folio 190 de 211 del Informe de Evaluación Definitivo, respecto de la sociedad vehículo de propósito especial Autopistas del Nordeste Cayman Limited, se indica que:

> *"• Para el contrato de Autopista del Noroeste C. por A. debe allegar documento de constitución de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited a quien le transfirieron el 99,94% de propiedad de las acciones de la sociedad Autopistas del Nordeste C por A.*
>
> ***Mediante radicado 2010498015769 de fecha 13 de julio de 2010**, el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1, en el sentido que el vehículo constituido Autopistas del Nordeste Cyman (SIC) Limited tiene un objeto abierto y no exclusivo como lo exige el Pliego de Condiciones.*
>
> *RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010409153172 de fecha **7 de julio de 2010** el proponente allega documento de constitución de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited a quien le transfirieron el 99,94% de propiedad de las acciones de la sociedad Autopistas del Nordeste C. por A." (Resaltado fuera de texto).*

De lo anterior y, dado que para fundar la no admisibilidad técnica de la propuesta en lo que respecta al vehículo de propósito especial, el INCO alude a un documento de fecha 13 de Julio de 2.009, según se manifiesta radicado por el Proponente No. 7 - PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 S.A.S., sobre el mismo es pertinente destacar:

- ✓ Se trata de un documento del que **no** se le dio traslado a ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF, ni se publicó en el SECOP por parte de la Entidad, por lo que respecto del mismo no se ha ejercido ningún derecho de defensa ni contradicción, en tanto hasta hoy, lo desconocíamos por completo;

- ✓ Resulta físicamente imposible que se nos haya hecho algún tipo de señalamiento el **13 de julio** y, que nuestra respuesta se haya producido el

<u>07</u> de julio, como se plantea en el documento de Evaluación Definitiva del INCO, es decir, 6 días antes de producido el supuesto reproche;

- ✓ Si en gracia de discusión se escribió ello el 13 de julio por parte del Proponente No. 7 - PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 S.A.S., lo fue con ocasión de la réplica a las observaciones, desconociendo el Num. 1º del Art. 25 de la Ley 80 de 1.993 cuando indica: *"En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.* ***Para este propósito, se señalarán términos <u>preclusivos y perentorios</u> para las diferentes etapas*** *de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones"*, lo que indica que una vez cerrado un término, como lo es del observaciones, no puede ser reabierto para el único proponente que se mantiene como Admisible;

- ✓ Si en gracia de discusión se escribió ello el 13 de julio por parte del Proponente No. 7 - PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 S.A.S., lo fue con ocasión de la réplica a las observaciones, desconociendo los Numerales 2.1.1. y 6.2.4. del Pliego de Condiciones, que establecen esta oportunidad como un espacio para ejercer el derecho de defensa estrictamente respecto de las observaciones que se le formulen, más no como una prolongación del lapso para efectuar observaciones, cuando indican: *"Traslado de observaciones a los Proponentes para réplica escrita."* y ***"Vencido el plazo señalado en el numeral anterior, el INCO dará traslado de las observaciones a los Proponentes mediante la publicación de las mismas en el SECOP para que dentro del plazo previsto en el numeral 2.1.1 los Proponentes ejerzan por escrito su derecho de réplica"***;

- ✓ Como tal y, por todo lo anterior, se trata de una observación nueva, de postrera invención y tan sólo conocida con ocasión del Informe de Evaluación Definitivo hoy publicado.

No obstante lo que venimos de advertir, debo señalar en cuanto a lo sustantivo de la observación formulada, el objeto de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited, se encuentra por **completo restringido a la obtención de la financiación** para la concesión que incluso le ha dado su nombre.

En el documento de constitución citado por el INCO en el Informe Definitivo se indica, en el numeral 3., *"Que los objetos para los cuales la sociedad se constituye no están restringidos la empresa tendrá plena facultad y autoridad para llevar a*

cabo cualquier objeto que no esté prohibido por ninguna ley de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 (4) (sic) *de la Ley de Sociedades Anónimas."*

Esta previsión que es general a toda sociedad anónima en Islas Cayman, corresponde a una fórmula pre-establecida que no significa que el objeto de la sociedad y menos su propósito, no está restringido a obtener la financiación.

En varios de los documentos de la financiación de ese proyecto, cuya observancia es absolutamente obligatoria, se establecen las restricciones que vienen a limitar y restringir el objeto de la sociedad.

En efecto, en el documento INDENTURE (documento que Gobierna y Regula los bonos) y que fue suscrito por la Autopistas del Nordeste Cayman Limited se establece en su numeral 9.20 lo siguiente:

> ***9.20 Naturaleza de los Negocios.*** *Dicho Deudor no se comprometerá en negocios diferentes a la Construcción y Operación de la Carretera con peajes, el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión y las actividades incidentales a él.*

Esta redacción se encuentra visible a folio 0743 (página 1479 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) del Anexo 10: "Collateral Trust Indenture" para el proyecto de infraestructura Autopistas del Nordeste C. por A., versión en inglés y a folio 01082 (página 2144 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) se encuentra el mismo documento traducido oficialmente al castellano, donde se da Respuesta al INCO el día 7 de Julio de 2010.

Deudor se encuentra definido en las Definiciones del mismo documento INDENTURE como *"o la Compañía o el Emisor, o ambos, según lo requiera el contexto."* Visible a folio 0699 (página 1392 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) del Anexo 10: "Collateral Trust Indenture" para el proyecto de infraestructura Autopistas del Nordeste C por A, versión en inglés y a folio 0902 (página 1785 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) se encuentra el mismo documento traducido oficialmente al castellano, donde se da respuesta al INCO el día 7 de julio de 2010.

La **Compañía** a su vez es definida en el encabezamiento del INDENTURE como Autopistas del Nordeste C. por A. y el **Emisor** como Autopistas del Nordeste Cayman Limited, visible a folio 0688 (página 1371 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) del Anexo 10: "Collateral Trust Indenture" para el proyecto de infraestructura Autopistas del Nordeste C por A, versión en inglés y a folio 0858 (página 1698 del documento en PDF publicado por el INCO

en el SECOP) se encuentra el mismo documento traducido oficialmente al castellano, donde se da respuesta al INCO el día 7 de julio de 2010.

La **Carretera** con peajes es también definida como "la carretera con peajes Santo Domingo – Samaná que conecta la autopista Las Américas por Santo Domingo con el cruce Rincón de Molinillos en Samaná, en la península nororiental de la República Dominicana.", visible a folio 0705 (página 1404 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) del Anexo 10: "Collateral Trust Indenture" para el proyecto de infraestructura Autopistas del Nordeste C por A, versión en inglés y a folio 0926 (página 1832 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) se encuentra el mismo documento traducido oficialmente al castellano, donde se da respuesta al INCO el día 7 de julio de 2010.

En otro de los documentos de la financiación, que es el Offering Memorandum, también se advierte que las operaciones de la Compañía y del Emisor están restringidas por los términos de los bonos al desarrollo exclusivo del proyecto. Y los términos de los bonos están gobernados, según se indica en la pag. 32 del mismo Offering Memorandum, por el INDENTURE (página 168 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) del Anexo 9: "Offering Memorandum", versión en inglés y a folio 0240 (página 546 del documento en PDF publicado por el INCO en el SECOP) se encuentra el mismo documento traducido oficialmente al castellano, donde se da respuesta al INCO el día 7 de julio de 2010.

Adicionalmente en el documento "Offering Memorandum", bajo el título traducido como: "Ciertos Otros Acuerdos" donde se indica que "Cada uno, el Emisor y la Compañía han acordado que en la medida que los Bonos estén en circulación, entre otras cosas:"

> *(II) not engage in any business other than the Construction and Operation of the Toll Road, the exercise of its rights and performance of its obligations under the Concession and activities incidental thereto;*

Como es visible en el folio marcado como 0054, página 225 del documento escaneado y publicado por el INCO, que a su vez se traduce en el folio marcado como 401 del anexo, página 847 del documento en PDF, de la siguiente manera:

> (II) No se compromete en ningún negocio diferente a la Construcción y Operación de la Carretera con Peajes, hasta el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones bajo la Concesión y las actividades incidentales;

Por lo tanto, por disposición expresa de los documentos de la financiación, el objeto de la sociedad vehículo de propósito especial, se encuentra restringido tal

como viene de verse a la obtención de la financiación para el proyecto del que deriva incluso su nombre la sociedad Autopistas del Nordeste Cayman Limited.

En la certificación dada por la sociedad concesionaria, Autopistas del Nordeste C. por A. (folio 193 de la Propuesta) se indica que el PROPÓSITO DE CREACIÓN DE ESTA NUEVA SOCIEDAD ES OBTENER LA FINANCIACIÓN REQUERIDA PARA EL PROYECTO DE CONCESIÓN.

El hecho de que en el documento de constitución que cita el INCO, la fórmula del objeto sea amplia, no significa que la sociedad no tenga restringido su objeto. El objeto de la sociedad no puede tomarse aisladamente sino que debe leerse en conjunto con los documentos de la financiación como en tales documentos se indica.

La restricción del objeto a la sola obtención de la financiación es una premisa esencial de toda financiación de proyectos. Ningún experto en este tipo de financiaciones puede desconocer que sin esta restricción en el propósito de la sociedad vehículo de propósito, no podría haberse obtenido la financiación en los mercados internacionales pues la restricción o limitación del objeto, es una condición *sine quanon* para este tipo de proyectos.

Ahora bien, el objeto puede ser indeterminado lo que no quiere decir que sus accionistas o que la sociedad misma no pueda restringir su propósito, como en efecto en este caso lo hicieron limitándolo a la obtención de la financiación para el proyecto Autopistas del Nordeste. Así lo hicieron con la suscripción de los documentos antes citados, como son el Offering Memorandum, el Indenture, etc. , según viene de verse.

Tanto el nombre de Autopistas del Nordeste, así lo indica, es decir, que esta es una sociedad dedicada sólo al proyecto del que deriva su nombre.

La fecha de su creación que es inmediatamente anterior al logro de la financiación, también lo así demuestra.

En todo caso, en la definición que trae el Pliego de Condiciones sobre SOCIEDAD PROYECTO se indica que:

> *"SOCIEDAD PROYECTO". Es la sociedad de propósito específico por medio de la cual se desarrolla un Proyecto de Infraestructura. También podrá ser una sociedad constituida para el desarrollo de un Proyecto de Infraestructura que no tenga, necesariamente, objeto único o específico."*

Por lo tanto el INCO estaría una vez más desconociendo sus propias previsiones contempladas en los Pliegos de Condiciones para juzgar a este Proponente.

En cuanto a la cita que hace el INCO del numeral 4. del documento de constitución de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited, debe señalarse que, tal como se aprecia en la cita, esta es una previsión que no se refiere al objeto de la sociedad sino a la capacidad jurídica de la misma para obligarse, la cual debe ser por principio plena.

El numeral 4. del documento de constitución citado por el INCO, dice:

> *4. La compañía tendrá y será capaz de ejercer todas las funciones de una empresa física con capacidad total y con independencia de cualquier cuestión del beneficio empresarial."*

La plena capacidad no es equiparable ni sinónimo de objeto múltiple. En el caso del numeral 4., se trata de la posibilidad de actuar con plena capacidad jurídica cualquiera que sea el objeto de la sociedad; no se está hablando de la amplitud o limitación del objeto social.

Esta es una previsión normal de toda sociedad, indicativa de su capacidad jurídica para obligarse. No toca para nada lo establecido en este numeral 4., con el objeto de la sociedad.

Jorge Eduardo Chemás J.
T.P. 29.609 de C.S. de la J.

COMENTARIOS A LA OFERTA PRESENTADA POR el PROPONENTE No. 7 CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR S.A.S. PSF (CONFORMADA POR ODEBRECHT et al)

SOBRE LA 3.6-EXPERIENCIA EN FINANCIACIÓN DE PROYECTOS DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA:

- **PROYECTO No.1 – CONCESION DEL CORREDOR DOM PEDRO I EN LA REPUBLICA DE BRASIL**

Este Proponente No. 7 presenta como una de sus experiencias válidas en financiación de proyectos de infraestructura en el folio 00407 la concesión del corredor Dom Pedro I. En el folio 00616 y ss, se presenta en idioma español la traducción de dicho contrato de concesión denominado No.003/ARTESP/2009, suscrito entre la concesionaria Rota das Bandeiras S.A. y el concedente ARTESP, el 02 de abril del 2009.

A folio 00624 precisa el contrato que el sistema de carreteras esta compuesto por el sistema vial existente y, en el futuro, por las ampliaciones consecuentes de las labores correspondientes a las funciones de ampliación. Dichas "funciones de ampliación" se pueden consultar en la siguiente página web: http://www.artesp.sp.gov.br/audienciasPublicas_DomPedro/concessao-dom-pedroI.asp donde se observa que las obligaciones principales de construcción (entendiendo que la definición tt) de Proyecto de Infraestructura implica construcción) se hará en años posteriores.

Igualmente se observa que el Concesionario adquiere una obligación de pagar el "Precio de la Delegación" que consiste entre otros cancelar a la entidad concedente ARTESP un valor de R$1.342.000.000, que se debe pagar en un pago inicial y 18 cuotas mensuales consecutivas.

En este orden de ideas, es dable colegir que la experiencia que usa el Proponente No. 7 es producto de la obligación que tiene el concesionario para pagar el derecho a explotar la concesión, operación esta que no fue permitida en los Pliegos de Condiciones. Contablemente estos compromisos se clasificarían como "cuentas por pagar". En el cuadro siguiente se explica como la financiación obtenida a folio 00432 se usa para cancelar el "Precio de la Delegación" a folio 00677 y 00678 y no tiene como destino la construcción del Proyecto de Infraestructura.

CORREDOR DOM PEDRO I - ROTA DAS BANDEIRAS S.A.

MES		PRECIO DE LA DELEGACION	DESEMBOLSO DEL CONSORCIO DE BANCOS
0	May-09	$ 268,400,000.00	$ 301,357,808.00
1	Jun-09	$ 59,644,444.00	$ 64,806,217.00
2	Jul-09	$ 59,644,444.00	$ 68,589,192.00
3	Ago-09	$ 59,644,444.00	$ 64,389,985.00
4	Sep-09	$ 59,644,444.00	$ 61,201,906.00

5	Oct-09	$ 59,644,444.00	$ 40,200,193.00
6	Nov-09	$ 59,644,444.00	$ 35,288,523.00
7	Dic-09	$ 59,644,444.00	$ 33,499,362.00
8	Ene-10	$ 59,644,444.00	$ 33,434,414.00
9	Feb-10	$ 59,644,444.00	$ 33,376,029.00
10	Mar-10	$ 59,644,444.00	$ 33,354,689.00
11	Abr-10	$ 59,644,444.00	$ 38,561,662.00
12	May-10	$ 59,644,444.00	
13	Jun-10	$ 59,644,444.00	
14	Jul-10	$ 59,644,444.00	
15	Ago-10	$ 59,644,444.00	
16	Sep-10	$ 59,644,444.00	
17	Oct-10	$ 59,644,444.00	
18	Nov-10	$ 59,644,444.00	
TOTALES		**$ 1,341,999,992.00**	**$ 808,059,980.00**

NOTA: Cifras expresadas en Reales Brasileños

Seguramente en años posteriores en Concesionario tendrá la obligación de obtener financiación para construir las obras a las que se obliga en el contrato de concesión citado, pero hasta el momento dicha financiación no ha sido realizada.

Para mayor ilustración sobre las experiencias válidas de Proyectos de Infraestructura, el pliego preciso la siguiente definición:

(tt) "Proyecto de Infraestructura". Es la financiación y 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 de sistemas de transporte de pasajeros o carga (sin incluir equipo rodante) urbano e interurbano, transporte de hidrocarburos y transporte de gas.

- **PROYECTOS No. 2 y 3 – CONCESION DE LOS TRAMOS 2 Y 3 DE LA INTEROCEANICA SUR EN LA REPUBLICA DEL PERU.**

El Proponente No. 7 presenta como Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura, un solo cierre financiero para dos proyectos. Como se puede observar a folio 00981, el Proponente muestra como experiencia válida un **Contrato de Compraventa de CRPAO por Interoceánica Sur**, que en las declaraciones previas del mismo precisa que esto no debe considerarse como préstamos contraído por las concesionarias, así:

> CONSIDERANDO QUE, la intención de cada Concesionaria y de la Compradora es que las operaciones contempladas en el presente sean ventas de los CRPAO de las Concesionarias a la Compradora para todos los efectos jurídicos, entendiéndose que la Compradora con el beneficio total de la propiedad de los CRPAO, y las Concesionarias y la Compradora no pretenden que estas transacciones sean, o que se consideren para cualquier propósito, como préstamos de la Compradora a las Concesionarias.

Lo anterior es de extrema importancia para verificar si el Proponente No. 7 cumple con los Requisitos Habilitantes, toda vez que allí no se configura una financiación ya que no existe un crédito, si no un proceso mercantil de compra y venta.

El Pliego de Condiciones lo estipula de la siguiente manera:

> 3.6.5. Para los efectos del literal anterior, se entenderá que se ha obtenido la financiación para el respectivo Proyecto de Infraestructura cuando (a) el o los prestamistas y el deudor hayan suscrito el documento donde consten las obligaciones del crédito, principalmente monto, tasa, plazo, forma de pago y condiciones para los desembolsos y se haya desembolsado el respectivo crédito[3]; o (b) en el caso de las emisiones de títulos se entenderá que se ha obtenido la financiación cuando se haya colocado la emisión en los términos previstos en el aviso de oferta si es en Colombia o en el *Offering Memorandum* o prospecto correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, es muy claro que en el contrato de compraventa no existe un crédito, no existe un deudor, ni tampoco existe un prestamista. Lo que existe es un vendedor y un comprador (folio 001071) que se obligan a cumplir las cláusulas suscritas en el contrato de compra venta.

Otra cosa bien diferente es que el comprador, en este caso Merrill, Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., desee o deba financiarse como lo expresa en el folio 001038, que se muestra a continuación, pero en este caso la experiencia en financiación no podría ser acreditada correctamente por el Proponente No.7, ya que Merrill Lynch es otra entidad distinta de los miembros del Proponente:

Sección 7.6 Arreglos de Financiamiento de la Compradora. La Compradora reconoce que tiene la intención de adoptar ciertas medidas para financiarse para las Compras contempladas en este Contrato. Aparte de cualquier responsabilidad que pueda derivarse de sus declaraciones contenidas en la Sección 2.1 (l), ninguna Concesionaria será responsable ante la Compradora o un tercero que surja del contenidos de cualquier material o memorando de oferta preparado con relación a dicha financiación y la Compradora se compromete que ese material o memorando de oferta contenga una declaración en el sentido de que ninguna de las Concesionarias ni los Garantes o cualquiera de sus filiales participaron en la preparación del mismo y que ninguno será responsable de manera alguna para con cualquier inversor o el titular de los préstamos o valores emitidos o realizados de conformidad con la misma o en relación con cualquiera de los contenidos de dicho material o memorando de ofrecimiento.

Desde el punto de vista contable, esta operación de compra-venta es bien diferente de un contrato de financiación, toda vez que lo que existirá es una sustitución de activos para obtener caja.

La operación de financiamiento con una entidad financiera significa el otorgamiento de un crédito de mutuo, de parte de la entidad financiera y la generación de un pasivo por quien recibe los recursos. (deudor). Así, se observan tres elementos ACREEDOR – RECURSO - DEUDOR.

El decreto 2649 de 1993, marco conceptual de la contabilidad en Colombia, en la definición de normas sobre pasivo, artículo 74 Obligaciones financieras, enuncia: Las obligaciones financieras corresponden a las cantidades de efectivo recibidas a título de mutuo y se deben registrar por el monto de su principal. Los intereses y otros gastos financieros que no incrementen el principal se deben registrar por separado.

El decreto 2650 de 1993, en la dinámica de cuentas contables establece la siguiente descripción: Comprende el valor de las obligaciones contraídas por el ente económico mediante la obtención de recursos provenientes de establecimientos de crédito o de otras instituciones financieras, también incluye los compromisos de recompra de inversiones y cartera negociada. Por lo general, los obligaciones contraídas generan intereses y otros rendimientos a favor del acreedor y a cargo del deudor por virtud del crédito otorgado.

De acuerdo a los antecedentes descritos en párrafos anteriores y a la legislación contable vigente en Colombia NO se observan los elementos necesarios para considerar la operación planteada por el Proponente No. 7 como una OPERACIÓN DE

FINACIACION CON ENTIDADES FINANCIERAS. Simplemente se observa una operación de cambio de un activo (Cartera) por otro activo (Caja).

Procuraduría retira acompañamiento a licitación del proyecto Ruta del Sol

OTRAS NOTICIAS

2010
2009
2008
2007
2006
2005
2004

Bogotá, 21 de julio de 2010. La Procuraduría General de la Nación decidió retirar el acompañamiento preventivo que venía realizando a la Licitación Pública SEA-LP- 001 de 2010, correspondiente al proyecto Ruta del Sol, por considerar que el INCO no tuvo en cuenta las sugerencias realizadas por este ente de control.

Mediante comunicaciones remitidas en los meses de febrero y junio por la Doctora María Eugenia Carreño Gómez, Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, se realizaron observaciones y recomendaciones, que se sintetizan a continuación:

1. En lo atinente a la experiencia establecida en el numeral 3.2.3 del pliego de condiciones, la Procuraduría consideró que no era pertinente aportar los mismos requisitos habilitantes acreditados para los tramos 1 y 2 de la licitación SEA-LP-001 de 2009, toda vez que esto afectaba, a juicio del Ministerio Público, el principio de igualdad.

2. El Ministerio Público no encontró en el pliego de condiciones del proceso de selección la estimación ni cuantificación de los riesgos previsibles, incumpliendo lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

Además de las sugerencias aludidas y atendiendo una solicitud de intervención de algunos de los oferentes de la convocatoria, quienes tuvieron inquietudes similares a las presentadas en el proceso Ruta de las Américas, se efectuaron algunas observaciones al INCO mediante comunicación del 13 de julio de 2010, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta.

Teniendo en cuenta que las sugerencias realizadas por éste ente de control no fueron acogidas por el INCO, que subsisten situaciones que pueden implicar la existencia de irregularidades y el desconocimiento del Estatuto de Contratación, la Procuraduría retiró el acompañamiento preventivo a la Licitación Pública SEA-LP-001 de 2010 y se dará traslado del informe correspondiente a la dependencia disciplinaria competente.

Fecha de publicación: 21 de julio de 2010. 1:30 p.m.

Centro de Atención al Público (CAP): Carrera 5ª nro. 15 - 60 (Bogotá) / Lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m. Jornada continua.
Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 - Línea reducida: 142 - PBX: 5878750 - Email: quejas@procuraduria.gov.co / webmaster@procuraduria.gov.co

Actualizado: 21.07.2010 / Copyright © 2009. Procuraduría General de la Nación / Todos los derechos reservados