

**PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA  
AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.**

Bogotá D.C., Julio 7 de 2010

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES  
Rad No. 2010-409-015331-2  
Fecha: 07/07/2010 16:25:08->101  
CIU: Promesa de Sociedad Futura Autopist  
Anexos: SIN



Señores

**INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES 1**

Subgerencia de Estructuración y Adjudicación  
Edificio Ministerio de Transporte,  
Avenida El Dorado CAN Tercer piso, Bogotá D.C, Colombia.

Fax: (+ 571) 3240800

[estructuracion@inco.gov.co](mailto:estructuracion@inco.gov.co)

[ocervantes@inco.gov.co](mailto:ocervantes@inco.gov.co)

[aortegon@inco.gov.co](mailto:aortegon@inco.gov.co)

Con copia a: [info@proyectorutadelsol.org](mailto:info@proyectorutadelsol.org)

Ciudad

Referencia: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 que tiene por objeto "Seleccionar la propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) contrato de concesión, cuyo objeto será el otorgamiento al concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector comprendido entre San Roque- Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar- Valledupar, denominado sector 3 del proyecto Vial Ruta del Sol"

Asunto: Observaciones Informe de Evaluación.

Respetados Señores:

En mi condición de Representante legal del proponente Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol SAS, en ejercicio de la facultad concedida en el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y en el numeral 2.1.1 del Pliego de Condiciones, y dando alcance al informe de evaluación publicado por la entidad contratante, nos permitimos presentar las siguientes observaciones a las ofertas presentadas por los siguientes proponentes:

**I. ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF**

- a. En el literal b del numeral 3.3.4 del Pliego de Condiciones se establece que para participar bajo esta forma de asociación se debe dar cumplimiento a los siguientes requisitos:

"(i) Acreditar la suscripción de la promesa de contrato de sociedad para la constitución de una sociedad mercantil en cuyo objeto se contemple la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión objeto de esta Licitación, en la que se prevea para la sociedad futura un término mínimo de duración por lo menos igual al Plazo Total Estimado del Contrato de

to CP

**PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA  
AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.**

Concesión y cinco (5) años más, y se limite la enajenación de la propiedad accionaria o de la participación social de los asociados, conforme se indica más adelante.

(vii) Adicionalmente, en el caso que se presente una Propuesta bajo la modalidad de Promesa de Sociedad Futura, el Proponente deberá tener en cuenta que, en caso de resultar Adjudicatario los accionistas o socios podrán enajenar su participación en la Sociedad Concesionaria, siempre y cuando tal enajenación sea aprobada por escrito por el INCO, de manera previa, si el Adjudicatario llegare a enajenar la participación accionaria sin autorización previa del INCO dicha enajenación será considerada como causal de terminación anticipada del Contrato. Los Fondos de Capital Privado no estarán sujetos a esta limitación siempre que hayan efectuado los desembolsos a los que se comprometan en los términos de la participación que hayan acordado."

En este orden de ideas el Proponente que se presente a la licitación por medio de un contrato de promesa de constitución de sociedad futura deberá seleccionar el tipo societario que más se adecue a sus intereses y a los intereses de la entidad contratante, en este caso el proponente optó por la Sociedad Anónima regulada ampliamente por los Arts. 373 y subsiguientes del Código de Comercio.

El pliego de condiciones establece que las acciones no se podrán ceder, lo que corresponde a limitar la enajenabilidad de las acciones, circunstancia que en el caso de la sociedad anónima está prohibido por la ley, puesto que este tipo societario no permite ninguna limitación a los accionistas para ceder sus acciones, y por mandato legal cualquier cláusula en este sentido se tendrá por no escrita. Por lo tanto el proponente **ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF** no cumple con lo exigido por los Pliegos de Condiciones y en consecuencia deben ser declarados NO ADMISIBLES.

**II. YUMA CONCESIONARIA S.A. PSF.**

- a. Téngase en cuenta la misma observación hecha al proponente **ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF** en lo relacionado con las Sociedades Anónimas.
- b. En el literal b del numeral 3.3.4 del Pliego de Condiciones se establece que para participar bajo esta forma de asociación se debe dar cumplimiento a los siguientes requisitos:

"(i) Acreditar la suscripción de la promesa de contrato de sociedad para la constitución de una sociedad mercantil en cuyo objeto se contemple la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión objeto de esta Licitación, en la que se prevea para la sociedad futura un término mínimo de duración por lo menos igual al Plazo Total Estimado del Contrato de Concesión y cinco (5) años más, y se limite la enajenación de la propiedad accionaria o de la participación social de los asociados, conforme se indica más adelante.

## PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.

(vii)Adicionalmente, en el caso que se presente una Propuesta bajo la modalidad de Promesa de Sociedad Futura, el Proponente deberá tener en cuenta que, en caso de resultar Adjudicatario los accionistas o socios podrán enajenar su participación en la Sociedad Concesionaria, siempre y cuando tal enajenación sea aprobada por escrito por el INCO, de manera previa, si el Adjudicatario llegare a enajenar la participación accionaria sin autorización previa del INCO dicha enajenación será considerada como causal de terminación anticipada del Contrato. Los Fondos de Capital Privado no estarán sujetos a esta limitación siempre que hayan efectuado los desembolsos a los que se comprometan en los términos de la participación que hayan acordado.”

En este orden de ideas el Proponente que se presente a la licitación por medio de un contrato de promesa de constitución de sociedad futura deberá seleccionar el tipo societario que más se adecue a sus intereses y a los intereses de la entidad contratante, en este caso el proponente optó por la Sociedad Anónima regulada ampliamente por los Arts. 373 y subsiguientes del Código de Comercio.

El pliego de condiciones establece que las acciones no se podrán ceder, lo que corresponde a limitar la enajenabilidad de las acciones, circunstancia que en el caso de la sociedad anónima está prohibido por la ley, puesto que este tipo societario no permite ninguna limitación a los accionistas para ceder sus acciones, y por mandato legal cualquier cláusula en este sentido se tendrá por no escrita. Por lo tanto el proponente **YUMA CONCESIONARIA S.A. PSF** no cumple con lo exigido por los Pliegos de Condiciones y en consecuencia deben ser declarados NO ADMISIBLES.

**b.** A folio 206 el proponente relaciona en el formato 3 la experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura con un contrato de concesión pública gratuita, por peaje, con sujeción al régimen de la Ley No 17520 con las modificaciones de la ley 23696 con un monto de financiación equivalente a USD\$380.000.000, en el cual manifiesta que quien acredita la experiencia es Impregilo S.P.A. con una participación del 26,94% dentro de la sociedad concesionaria del proyecto denominada Autopista del Sol S.A..

Sin embargo, cuando se busca información del proyecto antes mencionado, la información que se obtiene, inclusive en la pagina web de la concesión, es que la empresa Impregilo cuenta con una participación del 19,82%. Por lo anterior, el proponente no puede acreditar el 100% del valor de la financiación obtenida para dicho contrato, y en consecuencia debe ser declarado No Admisible.

### III. CONCESION VIAL DEL CARIBE PSF

**a.** El numeral 3.5 del Pliego de Condiciones plantea los criterios para acreditar los requisitos habilitantes de sociedades controladas por el proponente o de la matriz del proponente así:

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

## PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.

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.

Ahora bien, el proponente CONCESIONA VIAL DEL CARIBE PSF acredita la experiencia Concesiones de Proyectos de Infraestructura por medio de la sociedad MOTA- ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, S.A, Sin embargo no está demostrado en la oferta la condición de controlante y controlada que existe entre ASCENDI y MOTA- ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, S.A., por lo anterior y al no existir control entre la sociedad que acredita la experiencia y el proponente, se debe declarar no admisible.

- b. Obra en el Folio 409 de la propuesta Declaración presentada por la sociedad AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR, S.A., en calidad de tomadora del crédito, en la cual se menciona y se acredita como experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura durante el periodo comprendido entre el 30 de Abril de 1995 y el 30 de Abril de 2010 "el Contrato de Subconcesión, que integra la concepción, proyecto, construcción, financiación, exploración y conservación, sin cobro de peaje a los usuarios, de tramos de vía" (a folio 412).

De conformidad con el pliego de condiciones específicamente el numeral 3.6 se establece la posibilidad de acreditar la experiencia en al menos una (1) Concesión de proyectos de infraestructura, el pliego habla de Concesión y **no** de Subconcesión por lo que el proponente no cumple con la experiencia requerida por la entidad contratante y en consecuencia se deberá tener por no presentada.

- c. En lo referente a la Reciprocidad, adjunta el proponente una certificación emitida por el Encargado de Negocios a.i. de la Embajada de Colombia ante la República Portuguesa, en la cual se manifiesta "Que de conformidad con la información suministrada por el Gobierno de Portugal, a través de la Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal – AICEP- del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal- la administración portuguesa admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concursos suministros de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas portuguesas sean admitidas a licitación en Concursos convocados por la Administración de la República de Colombia".

Ahora bien, el literal v, del numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones establece:

## PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.

En virtud de la Ley, se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en

31 los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.

La misión diplomática regulada por el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, sobre relaciones diplomáticas, para designar las representaciones permanentes del Estado acreditante ante el Estado receptor revela a la Embajada como la máxima categoría de la misión diplomática, cuyo jefe es un Embajador, definido por el Convenio de Viena (artículo 19) como la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con el carácter de tal). El artículo 14 del indicado convenio divide a los jefes de misión en tres clases: a) embajadores o nuncios acreditados ante los Jefes de Estado; b) enviados, ministros o internuncios acreditados ante los Jefes de Estado; c) encargados de negocios acreditados ante los ministros de Relaciones Exteriores.

En este sentido y de conformidad con las reglas en la materia es el Embajador de Colombia en Portugal la única persona con potestades para otorgar la certificación que se solicita en los pliegos y la comunicación que obra a folio 614 de la Propuesta fue dada por quien no tenía competencia para suscribirla en consecuencia se debe tener por no presentada.

#### **IV. VIAS DE COLOMBIA S.A.S PSF**

a. El proponente Vías de Colombia S.A.S., certifica su experiencia en Concesiones con una entidad distinta a la que aparece en el Certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bogotá como controlante, pues como se evidencia en el folio 11 es la sociedad OHL CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U. la que posee más del cincuenta por ciento (50%) de la participación accionaria del proponente y por ende debería ser ésta la que acredite la experiencia exigida en los pliegos de condiciones, sin embargo el proponente acredita la experiencia por medio de la empresa OBRASCON HUARTE LAIN S.A. y lo ratifica en certificación que obra a folio 42 de la propuesta en la cual manifiesta "informo que en la presente propuesta se están acreditando los Requisitos habilitantes- las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y patrimonial- de la sociedad española OHL S.A. como matriz de la sociedad colombiana OHL Colombia limitada miembro de la estructura plural. Se allegan a la presente propuesta los documentos corporativos y de capacidad jurídica de OHL S.A., con el fin de que el INCO pueda verificar que OHL S.A., cumple a cabalidad con cada uno de los requisitos exigidos en el pliego. La situación de control entre OHL Colombia Limitada y OHL S.A. se puede verificar en el certificado de existencia y representación legal de OHL Colombia Limitada. allegado a la presente propuesta en el folio No. 011". Por lo anterior la propuesta no cumple con la experiencia exigida en los pliegos de condiciones y la oferta debe ser declarada inadmisibile.

**PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA  
AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.**

**b.** El numeral 3.8.2 del pliego de condiciones exige que en el evento en que el cupo de crédito sea otorgado por un Banco extranjero se deberá cumplir con lo señalado en el numeral 3.3.2 (b)(ii)(1) para acreditar la existencia de la persona jurídica extranjera y en la propuesta obra a folios 960 a 985 la documentación referente al cupo de crédito en donde no se acreditan los documentos de existencia del BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., y los demás requisitos exigidos por el pliego de condiciones, encontrándose con eso que la oferta debe ser declarada inadmisibile.

**V. CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S PSF**

La promesa de sociedad futura que obra en el folio 3288 de la propuesta no cumple con los requerimientos del pliego de condiciones establecidos en el literal (ii) (b) numeral 3.3.4. "El poder deberá contar con presentación personal de los otorgantes y aceptantes, por lo tanto, si el mismo se otorga en el documento de promesa de creación de la sociedad futura, se le deberá hacer presentación personal a dicho documento de promesa" y como se puede verificar en el documento promesa de sociedad no contiene la presentación personal del señor AMILTON HIDEAKI SENDAI, cuya cédula no coincide con la presentación hecha ante la NOTARIA VEINTINUEVE DE BOGOTÁ D.C.

En los anteriores términos presentamos nuestras observaciones al informe de evaluación, esperando las respectivas modificaciones a dicho documento conforme los argumentos que han sido expuestos.

Atentamente,



DIANA PATRICIA GIL LÓPEZ

c.c. 40.046.492 de Tunja

Representante Legal

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.

