

Bogotá D.C., 21 de Julio de 2010

Señores

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO

Subgerencia de Estructuración y Adjudicación

Atn: JORGE AUGUSTO MERINO DUQUE.

Edificio Ministerio de Transporte

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

Fax (+57 1) 3240800

Bogotá D.C.

Referencia: SEA-LP 001-2010.

***Asunto: Resumen de la Intervención del
proponente Estructura Plural Promesa de
Sociedad Futura Ruta del Sol Sector 3 S.A.S. en
la audiencia de adjudicación***

Respetado Doctor:

A continuación me permito presentar las observaciones del proponente que represento, Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol Sector 3 S.A.S., en relación con el informe final de evaluación:

1.1. ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA - (ODINSA).

En relación con el control que se pretendió acreditar:

La propuesta presentada por el proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. no acreditó que la sociedad GRUPO ODINSA ejerza situación de control sobre ninguna de las sociedades que se encuentran involucradas en la ejecución del proyecto "Carretera Santo Domingo-Cruce Rincón de Molinillos" ejecutado por la sociedad Autopistas del Nordeste C por A., y no se acreditó la Situación de Control sobre la sociedad ODINSA HOLDING INC para la fecha del Cierre Financiero.

En efecto, según se desprende de los documentos allegados por el proponente, el Miembro del Proponente (MAP) que presenta la acreditación de Experiencia en Financiación de Concesiones de Proyectos de Infraestructura, es Grupo ODINSA S.A. La ejecutora del proyecto es Autopistas del Nordeste C por A., sociedad controlada por Autopistas del Nordeste Cayman Limited y en esta última a su vez, ODINSA HOLDING INC. sólo tiene el cuarenta y dos por ciento (42%) de la participación. Adicionalmente no se acreditó ninguna de las situaciones en las que el Código de Comercio Colombiano establece que hay control.

UA



A folio 197, el Representante Legal de AUTOPISTAS DEL NORDESTE (Cayman) LIMITED, certifica que la sociedad GRUPO ODINSA S.A. cuenta con una participación accionaria del cero punto diez por ciento (0.10%) y ODINSA HOLDING INC. del cuarenta y dos punto cuarenta por ciento (42.40%). Conforme con lo anterior es dable afirmar que **NI EL MAP, NI SU CONTROLADA ejercen la situación de control sobre la sociedad AUTOPISTAS DEL NORDESTE (Cayman) LIMITED (SPV). Igualmente vale la pena mencionar que Grupo Odinsa S.A., como miembro del proponente no tiene directamente, al menos el 20% en la sociedad Autopistas del Nordeste C por A. (numeral 3.6.7 del pliego)**

Por otro lado vale la pena resaltar que el cierre financiero del proyecto Carretera Santo Domingo-Cruce Rincón de Molinillos ocurrió el 28 de febrero de 2006, pero el Grupo ODINSA S.A. (Miembro del Proponente) comenzó a ejercer Situación de Control sobre la sociedad ODINSA HOLDING INC., únicamente a partir del 11 de Mayo de 2009 (según consta en el certificado de Cámara de Comercio).

Al respecto, el Pliego de Condiciones establece: *“se considera indispensable que el Proponente o MAP de la Estructura Plural que acredite la experiencia, haya sido parte del contrato de concesión de Proyectos de Infraestructura que se acredite en la presente*

Licitación, en el momento en que tuvo lugar el cierre financiero del mismo. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Resulta apenas obvio, que para acreditar que el MAP es capaz de financiarse a través de una controlada, la situación de control debió existir al momento en que tuvo lugar el cierre financiero del Proyecto de Infraestructura que se acredita, situación inexistente para el caso en que nos ocupa, puesto que la situación de control empezó a operar más de 3 años después de haberse realizado la emisión de los valores.

En relación con el monto de las financiaciones que se pretendieron acreditar:

El Proponente no acreditó en los términos del Pliego de Condiciones, que hubiera obtenido una financiación en un Proyecto de Infraestructura de al menos DOSCIENTOS MILLONES DE DÓLARES, pues el único proyecto que pretende presentar como financiado y desembolsado, por una suma igual o mayor a la mencionada, tiene un monto real desembolsado de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES DE DÓLARES (US\$162.000.000), suma que corresponde a la emisión de títulos que se colocaron en el mercado de capitales. Sin embargo, el proponente, en un esfuerzo por lograr acreditar la suma exigida en el Pliego de Condiciones, sumó al valor de la financiación el valor

correspondiente a los intereses del crédito. Conforme con lo anterior la capitalización de intereses que pretende acreditar el proponente como parte del cierre financiero no puede ser aceptada por el INCO pues en realidad no hubo incremento en el valor total de la deuda, ni amortización como parte del servicio de la misma, condiciones fijadas por la ya mencionada entidad para admitir la capitalizaciones de intereses como parte del valor de la financiación a acreditar.

Lo que pretendió el INCO con los requisitos establecidos en el pliego, era conocer la capacidad de la obtención de financiación por parte del proponente. Así al permitir acreditar la capitalización de intereses como valor desembolsado, el INCO confunde la capacidad de financiamiento con la obligación de pago.

En este sentido, por ser esta la única de las cuatro (4) experiencias acreditadas que habría superado el monto de los doscientos millones de dólares (USD\$200.000.000), podemos afirmar categóricamente que el proponente no cumplió con lo previsto en el numeral 3.6.3 del Pliego de Condiciones.

En relación con las certificaciones aportadas y los otros proyectos acreditados:

- a) El Proponente no allegó la certificación del *Bank of New York Mellon* como acreedor del Proyecto de la Carretera Santo Domingo-Cruce Rincón de Molinillos, en la que conste el monto del valor desembolsado ni las fechas en las cuales se realizaron los mismos.
- b) El Proponente no probó cuál es el valor del contrato Carretera Santo Domingo- Cruce Rincón de Molinillos, como lo exigía el Pliego de Condiciones. De hecho, la entidad Deudora certificó que el valor del contrato ascendía a la suma de doscientos noventa y seis millones de dólares (USD\$ 296.000.000) y la Certificación del Revisor fiscal estableció que el valor del mismo contrato fue de una cifra considerablemente inferior, esto es, ciento cincuenta y un millones ochocientos cuarenta y cinco mil seiscientos cuatro millones de dólares (USD\$ 151.845.604). Como si esta diferencia en las certificaciones no fuera ya lo suficientemente inquietante, el Proponente, en el formato tres (3), estableció el que la financiación del contrato tuvo un valor de doscientos dos millones setenta mil diez y ocho dólares (USD\$202.070.018). De lo anterior se infiere indiscutiblemente que los fondos no fueron destinados de manera exclusiva para financiar el contrato de concesión respectivo, contrariando este hecho lo dispuesto en el numeral 3.6.9 literal b del Pliego de Condiciones.



c) El Proponente no allegó la certificación de Fiduciaria de Occidente, quien en su calidad de vocera del patrimonio autónomo "Fideicomiso Hatovial" es la única entidad facultada para emitir una certificación en calidad de deudora, pues según consta a folio 241 de la Propuesta, el crédito fue otorgado al Fideicomiso Hatovial (y no a la sociedad Hatovial S.A.). En consecuencia, por tratarse de una parte esencial de la certificación de la experiencia en la financiación de Proyectos de Infraestructura (Requisito Habilitante) la Propuesta deberá ser rechazada.

En relación con la participación en más de una propuesta:

El Proponente violó la prohibición establecida en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, pues está participando en más de una Propuesta, ya que el Grupo Empresarial del Dr. William Vélez controla a la sociedad HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. miembro del Proponente VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF y a su vez el mismo Grupo Empresarial forma parte del GRUPO ODINSA S.A. Miembro del Proponte ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF, con un asiento en la Junta Directiva del GRUPO ODINSA S.A.

En efecto, el Grupo Empresarial del Sr. William Vélez, por un lado tiene asiento en la Junta Directiva del MAP del Proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A., GRUPO ODINSA S.A., y por el otro controla a HB ESTRUCTURAS, miembro del Proponente VIAS DE COLOMBIA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA (a través de sus empresas METROSUR S.A. y SADELEC S.A.). Luego es preocupante que dicho Grupo Empresarial CONOCE las condiciones de 2 Proponentes de esta Licitación.

3.2 CONSORCIO VÍAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL

En relación con la forma de acreditar la capacidad jurídica:

El Miembro del Proponente, CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V, en adelante CONOISA, no acreditó debidamente su capacidad jurídica, pues existiendo en el país de origen del Miembro del Proponente (México) una autoridad que tiene las mismas funciones de registro y certificación de los actos mercantiles, para dar publicidad de los mismos a terceros, igual que en Colombia, no presentó dicho documento como lo exigía el Pliego de Condiciones, para este evento. Se trata de una omisión

YA



en requisitos de capacidad jurídica y por tanto debe mantenerse la causal de rechazo.

En relación con las certificaciones aportadas:

El Proponente no acreditó en debida forma que cuenta con la Experiencia en Financiación de Proyectos de Infraestructura, según los términos exigidos en el Pliego de Condiciones, para la CONCESIÓN ACUEDUCTO II QUERETARO ni para la CONCESIÓN QUERÉTARO - IRAPUATO, pues las certificaciones expedidas presentan varias falencias a saber: (i) La certificación de la entidad deudora fue suscrita por el Señor GABRIEL SANCHEZ RAMIREZ, cuyo nombre no coincide con quien, al inicio del documento, afirma estar expidiendo dicha certificación. (ii) los revisores fiscales de las entidades deudoras no acreditaron la capacidad para expedir los documentos que suscribieron, pues no se encuentra acreditada la capacidad de ALEJANDRO ANAYA para actuar en nombre y representación de GALAZ YAMAZAKI que funge como revisor fiscal.

El Proponente no acreditó en los términos exigidos por el Pliego de Condiciones que cuenta con la Capacidad Financiera, pues no se acreditó la calidad de representante legal del señor Leonardo Ariza quien dice ser funcionario de Deloitte, y quien a su vez

suscribió la certificación donde se acredita la Capacidad Financiera del Proponente.

En relación con el cupo de crédito:

El Proponente modificó de manera arbitraria el formato No. 5 y en este sentido no acreditó que el Cupo de Crédito tuviera destinación específica para el proyecto. Tampoco acompañó el extracto del documento por medio del cual el órgano competente del Banco Global Bank aprobó el Cupo de Crédito. Asimismo vale la pena mencionar que dicho Banco no cuenta con la calificación de riesgo mínimo exigido por el Pliego de Condiciones en la definición de "Sector Financiero" según al cual la calificación global de crédito para bancos extranjeros debe ser de al menos BBB de Standard & Poor's Corporation.

**3.3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA
CONCESIONARIA S.A.**

En relación con la participación de un Fondo de Capital Privado:

El proponente YUMA CONCESIONARIA S.A. está conformado, entre otros, por un Fondo de Capital Privado. Al hacer esto, el proponente olvidó que los Fondos de Capital Privado son una

cartera colectiva que no tienen capacidad para contratar **con el Estado (pues el artículo 6 de la ley 80 no lo permite)**, ni cuentan con capacidad jurídica para constituir sociedades. Conforme con lo anterior el proponente se encuentra indebidamente constituido razón por la cual la propuesta debe ser rechazada. Si bien el pliego de condiciones permitió la participación de los Fondos como miembros del proponente, tal estipulación debe ser inaplicada en virtud de la excepción de legalidad.

En relación con la situación de control:

IMPREGILO S.P.A no contaba con el porcentaje exigido como mínimo en el Pliego de Condiciones, para acreditar el ciento por ciento (100%) de la experiencia obtenida mediante el contrato Acceso Norte a la Ciudad de Buenos Aires. De hecho a la fecha de emisión de los bonos sólo contaba con el diez y ocho punto cinco por ciento (18.5%) de la participación puesto que para ese momento le había transferido al fideicomiso Citibank Buenos Aires, **con carácter irrevocable y definitivo**, (folio 260 de la propuesta) el 30% de sus acciones conforme a lo pactado en el contrato de concesión. Nótese que el 30% de las acciones no fueron entregadas en depósito. Tal como en Colombia, la ley 24441 argentina en el Art 14 señala que: *“los bienes fideicomitidos*

(en este caso acciones representativas del 30% del capital social) *constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante*"

Al respecto, Angel Martín Cavana, respetable doctrinante argentino señala que:

"la celebración de un contrato de fideicomiso que contenga a éstas como bienes fideicomitidos (se refiere a acciones) "(...) deberá llevarse a cabo la comunicación establecida por el artículo 215 de la LSC y la registración de la transferencia fiduciaria de las acciones en los libros sociales."

En cuanto al documento de promesa:

No se cumplieron los requisitos exigidos para la celebración del Contrato de Promesa (no se nombraron representantes legales de la sociedad prometida). Por tanto, la Promesa es inexistente pues carece del elemento esencial consistente en el nombramiento del representante legal en los términos de los Art. 110 y 119 del Código de Comercio. El INCO se equivoca al afirmar que el *"poder otorgado por el Administrador delegado de Impregilo S.p.A. señor Alberto Rubegni, a los señores Mateo Bordim y Carlos Umaña, cumple con lo señalado en el pliego de condiciones y observa entre*

otras facultades la de suscribir el contrato de concesión”, (folio 52 del informe final de evaluación).

Pues la cláusula séptima de la promesa (folio 578 y 579) otorgó poder para los actos que se requieran des de la presentación de la propuesta y hasta la constitución de la sociedad prometida. NO SE EVIDENCIA PODER PARA FIRMAR EL CONTRATO, como erróneamente lo afirma el INCO. Dicha facultad fue otorgada al gerente de la sociedad (en el parágrafo del artículo 16 de los estatutos sociales), no obstante dicho gerente no fue nombrado,.

En cuanto a la reciprocidad:

Según consta a folio 612, el Proponente no probó la reciprocidad en los términos del artículo 20 de la ley 80 de 1.993, pues solamente se certificó trato igualitario en “Compras Estatales” en Italia, dejando por fuera todos los demás tipos de contratos estatales. Por lo tanto el Proponente no puede obtener el puntaje correspondiente al cuarenta por ciento del puntaje total (porcentaje de participación de IMPREGILO), y en este sentido le deberán ser descontados cuarenta puntos.

En relación con la capacidad jurídica:

CA



La Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura de Milán, con la cual pretende probarse la existencia y representación legal de la sociedad IMPREGILO, no se encuentra debidamente apostillada, ni traducida por un traductor oficial. En efecto la traducción no se realizó por un Traductor oficial colombiano, ni el cónsul Colombiano certificó que dicha traducción hubiese sido realizada por un traductor oficial en Italia. Conforme con lo anterior este es un documento carente de valor probatorio en la jurisdicción colombiana y por ende debe tenerse como no acreditada la capacidad jurídica del Miembro del Proponente.

3.4 CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

En cuanto a la situación de control:

El Proponente del cual forma parte ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A, acreditó Experiencia en Financiación de Proyectos de Infraestructura a través de una subsidiaria de su Matriz, la sociedad MOTA ENGIL SGPS S.A.; sin embargo la experiencia declarada, no cumple con los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, pues MOTA ENGIL SGPS S.A., no tiene la calidad de controlante en ninguna de las sociedades que

ejecutan los contratos de concesión presentados, al no configurarse cualquiera de los siguientes eventos que en los términos del Código de Comercio de Colombia se señalan como constitutivos de control: (i) tener el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, o (ii) tener 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 tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la Junta Directiva si la hubiere, o (iii) ejercer, en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. posee tan solo el treinta y seis punto cero nueve por ciento (36.09%) de la participación accionaria de la concesionaria AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A y en la SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO - ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. el treinta y siete punto ocho por ciento (37.08%), situación que se ratifica el hecho de que no existe control sobre las mismas y por ende su experiencia no puede ser tenida en consideración.

Por su parte Mota Engil Concessoes de Transportes SGPS posee únicamente el 8.85% en SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A.

En relación con este particular, el INCO, en la ronda de preguntas y respuestas numero 6 manifestó a la pregunta número 1 lo siguiente: “Los Pliegos, aunque prevén la opción de acreditar experiencia de la matriz y de sociedades controladas por la matriz, no señalan de manera expresa que pueden sumarse porcentajes de participación entre varias sociedades controladas por una misma matriz a fin de sumar el porcentaje mínimo requerido, tal como se plantea en la comunicación. En efecto, los pliegos señalan dos reglas generales: (i) es viable acreditar experiencia de matrices, controladas o sociedades controladas por la matriz. En este caso, se debe demostrar la situación de control en los términos previstos en el numeral 3.5. de los pliegos; (ii) es viable acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales anteriores caso en el cual debe tener de manera directa el Proponente o MAP tal participación en la figura asociativa.”

En conclusión: Para el contrato Lusolisboa Auto Estradas da Grande Lisboa S.A no está probado el control pues:

- (i) El MAP no tiene directamente, el 20% en la concesionaria según lo exige el numeral 3.6.7 del Pliego.

- (ii) Asecndi Concessores de Transportes SGPS no tiene el control sobre las concesionarias pues ella, en cabeza propia, no detenta derechos políticos de las concesionarias. Asecnedi es simplemente un apoderado que representa a los accionistas (al cual se le dio poder para votar en un mismo sentido) lo cual no implica que tenga situación de control. Conforme con lo anterior, al 2007, momento del cierre financiero, la controlada por la matriz, no tenía la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría, pues lo que se tenía era un acuerdo (para votar en un sentido) lo cual no implica cesión de derechos políticos. Numeral 3.5.2 del Pliego.

- (iii) En gracias de discusión, con el acuerdo no se puede permitir sumar participaciones de diferentes empresas (de las cuales algunas nisquiera hacen parte del grupo empresarial del proponente).

En relación con el proyecto Concessaos Grande Lisboa, el proponente no aportó documento alguno que certificara como banco sindicado al Banco Europeu de Investimento. Dicha

certificación era necesaria, pues en la certificación que obra a folio 306, no se incluyó a este banco dentro del grupo de bancos parte del crédito sindicado. No obstante, el Banco Europeu de Investimento es parte del grupo de bancos sindicados, de acuerdo con la certificación de la Entidad Deudora. Teniendo en cuenta la falta de claridad de las certificaciones aportadas se debe descartar la experiencia por indebida acreditación de la Experiencia en Financiación de Proyectos de Infraestructura.

En cuanto a la capacidad jurídica:

El Proponente no presentó todos los documentos provenientes de autoridad competente que certifiquen la capacidad jurídica de MOTA ENGIL SGPS S.A. **En efecto, no se encuentra probado que MOTA ENGIL GSPS S.A. cuente con la capacidad jurídica de garantizar obligaciones de terceros, constituir la garantía única de cumplimiento, otorgar carta de crédito stand by a favor del INCO, y mucho menos se encuentra facultado para garantizar las "Obligaciones Garantizadas" por el plazo de duración del contrato.**

En cuanto a la garantía de seriedad:

La Garantía de Seriedad presenta vicios insubsanables, toda vez que fue condicionada. En efecto, la limitación de realizar la reclamación durante la vigencia de la garantía, condiciona la posibilidad de reclamar y hacer efectiva la garantía ante el incumplimiento del oferente, desconociendo la disposición imperativa que sobre el particular trae el artículo 22 del Decreto 4828 de 2008 en las garantías bancarias a primer requerimiento no se podrá imponer a la entidad contratante condiciones más gravosas a las contenida en dicho decreto. Conforme con lo anterior debe tenerse como no presentada. Siempre se va a perder el ultimo tiempo de la garantía por la imposibilidad de tener un acto administrativo ejecutoriado.

En cuanto al representante del proponente:

Ni la Apoderada Única, ni el suplente aceptaron el poder otorgado mediante el documento de Promesa de Sociedad Futura, tal como lo exigía el Pliego de Condiciones en el numeral 3.3.4 literal b ordinal. Nótese que en el caso del proponente Yuma, la entidad si le solicitó que se hiciera aceptación expresa del poder.

En cuanto a la certificación de reciprocidad:

La supuesta certificación de supuesta reciprocidad aportada, señala que en Portugal se admite que las empresas colombianas

participen en “*concursos suministros de bienes, obras y servicios, en las mismas condiciones que los portugueses son tratados aquí*”, pero no se certifica que esa participación sea bajo las mismas condiciones de las empresas portuguesas para la contratación estatal. En consecuencia se le debe restar al proponente 50 de los 100 puntos como incentivo de apoyo a la industria nacional. Este punto no es subsanable porque se trata de un documento que otorga puntaje.

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

En cuanto a la capacidad jurídica de Hyundai:

Hay insuficiencia en el objeto social de HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION CO. LTD., al no contemplar la posibilidad de constituir sociedades y otorgar garantías a favor de terceros, según consta en los folios 39 y siguientes de la propuesta.

En cuanto a la promesa de sociedad:

La Promesa de Sociedad obrante a folio 258, omitió un requisito esencial de la misma pues no se fijó el plazo, fecha o término para la

suscripción del contrato de sociedad. La determinación de un plazo máximo, no constituye la fijación de una fecha cierta para el celebración del acto prometido.

En cuanto a las certificaciones para acreditar experiencia:

En relación con la Experiencia en financiación de Proyectos correspondiente a la concesión FERROCARRIL DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE IN CHEON, no se presentaron las certificaciones de la entidad acreedora. En su remplazo, se adjuntaron certificaciones emitidas por el propio Miembro del Proponente. Igualmente no se acreditó la existencia de un contrato de crédito o de financiación, sino que se acompañó un documento denominado "acta de concertación" que adicionalmente no contiene constancia alguna de desembolsos.

Adicionalmente, como obra a folio 351 a 353 de la Propuesta bajo análisis, los presuntos representantes legales de HYUNDAI ENGINEERING AND CONSTRUCTION LTD. (Miembro Acreditativo del Proponente - MAP), declaran ante notario público de Corea toda la información exigida por el Pliego de Condiciones para la certificación de Entidad Acreedora, información y certificación que debía tener obligatoriamente origen en la entidad financiera correspondiente que otorgó la financiación. Es decir, lo que se pretende que sea la certificación de la Entidad Acreedora no es más

que una declaración ante notario de un Miembro Acreditativo del Proponente. La anterior declaración es claramente, una declaración en nombre de un tercero que carece que validez y no obliga al tercero en cuestión.

En cuanto al cupo de crédito:

Como si fuera poco, el Banco Korea Exchange Bank, el cual otorgó el cupo de crédito no está autorizado por el Banco de la República de Colombia para realizar operaciones en el país. De acuerdo con la Circular Reglamentaria Externa DCIN - 83 (lista de entidades financieras autorizadas para operar en Colombia), dicho banco no tiene la autorización requerida por el Pliego de Condiciones. (según requisito por la definición de Banco del Pliego)

En cuanto a la certificación de reciprocidad:

A folio 238 de la Propuesta presentada, obra una comunicación que no cumple el objetivo de una certificación de tratamiento recíproco de bienes y servicios colombianos en Corea, pues en ella simplemente se menciona que actualmente se está tramitando (ni siquiera existe aún) un tratado de libre comercio que nada tiene que ver con el trato igualitario de los empresarios colombianos en Corea

en contrataciones estatales. Conforme con lo anterior no podrá otorgarse le puntaje correspondiente.

3.6 VÍAS DE COLOMBIA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

En cuanto a la participación en más de una propuesta:

Los Proponentes VIAS DE COLOMBIA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA y ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A violaron la prohibición establecida en el numeral 3.2.2 del Pliego de Condiciones, pues el Grupo Empresarial del Sr. William Vélez, por un lado tiene asiento en la Junta Directiva del MAP del Proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A., GRUPO ODINSA S.A., y por el otro controla a HB ESTRUCTURAS, miembro del Proponente VIAS DE COLOMBIA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA (a través de sus empresas METROSUR S.A. y SADELEC S.A.). Luego es claro que dicho Grupo Empresarial CONOCE las condiciones de 2 Proponentes de esta Licitación.

El numeral 3.2.2 establece: *“En ningún caso una misma persona (natural o jurídica, nacional o extranjera) o Fondo de Capital Privado podrá participar en más de una Propuesta. Tampoco podrá hacerlo a través de una sociedad controlada o su matriz, tal como estas condiciones se describen en el numeral 3.5 de estos Pliegos, ni a través de personas con las cuales tenga una relación de consanguinidad hasta*

el tercer grado o tercer grado de afinidad o primero civil, si los Proponentes o miembros de la 1 Estructura Plural fuesen personas naturales, de hacerlo el INCO rechazará todas las Propuestas presentadas en tales condiciones.”

Contrario a lo que afirma en Proponente en su defensa, el numeral 3.2.2. NO establece una inhabilidad ni incompatibilidad en virtud de la Ley 80 de 93, se trata de una prohibición expresa y autónoma introducida por el Pliego. Cabe recordar que el INCO, en la pregunta 27 de quinta ronda de preguntas y respuestas manifestó que: el INCO, *“prefiere aplicar las normas de manera estricta pero también apelar a su espíritu, y es claro para la Entidad que el espíritu de las normas aplicables a los procesos de selección es establecer los mecanismos necesarios (como mínimo los señalados en la ley) que garanticen que el proceso de selección va a ser transparente, competitivo, y regido por el principio de igualdad”.*

En cuanto a la autorización que requería uno de los miembros del proponente:

El órgano que autorizó a Latinoamericana de Construcciones S.A. para **garantizar y afianzar obligaciones de terceros** fue la Junta

Directiva y no la Asamblea de Accionistas con el voto del sesenta y dos por ciento (62%) de las acciones suscritas, tal como se exige en los estatutos sociales según lo consignado en el certificado de la Cámara de Comercio (documento aportado por el Proponente que represento puesto que dicho documento no fue allegado de manera completa con la propuesta de Vías de Colombia. Según el numeral h) de la carta de presentación de la propuesta, la solidaridad es hasta la suscripción del contrato de Concesión. En este sentido, la capitalización de la sociedad futura, o la firma del contrato por parte de la sociedad futura (eventos anteriores a la suscripción del contrato) son claramente obligaciones de terceros que LATINCO está garantizando y por ende requerían de la autorización de la Asamblea General de Accionistas.

Por lo demás no sobra advertir que los numerales 5.5.1 y el 7.6.4 del Pliego de condiciones no permiten subsanar o allegar documentos jurídicos con posterioridad al pliego.

El numeral 5.5.1 del pliego de condiciones establece: *“En los términos del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 el INCO podrá solicitar en cualquier momento hasta la publicación del Informe de Evaluación final que el Interesado aclare la información presentada en el sobre No. 1. Sin perjuicio de lo anterior, la ausencia o errores en los documentos mediante los cuales se acredita la Capacidad Jurídica del*

Interesado, no serán subsanables y por lo tanto implicarán el rechazo de la Propuesta.”

El numeral 7.6.4 establece: *“Sin perjuicio de lo establecido por la Ley aplicable, serán rechazadas las Propuestas que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos: 7.6.4. Cuando exista cualquier error u omisión en los documentos que acrediten la Capacidad Jurídica de los Interesados.”*

En cuanto a la garantía de seriedad:

La garantía de seriedad presenta vicios insubsanables, por lo tanto se debe considerar como no presentada y como consecuencia proceder al rechazo de la Propuesta. De hecho, la vigencia de la garantía según lo indicado en el mismo documento, es de seis meses contados a partir del 10 de junio de 2010. Lo anterior implica que si el beneficiario (INCO) debe presentar la comunicación de incumplimiento acompañada del acto administrativo debidamente ejecutoriado dentro de su vigencia, el INCO no podrá declarar el incumplimiento en una fecha cercana al plazo máximo señalado como duración de la garantía, ni con posterioridad a ésta, pues el acto administrativo que declara el incumplimiento, no alcanzará a estar ejecutoriado durante la vigencia de la garantía.

En cuanto a la situación de control:

El pliego de condiciones permite la acreditación de experiencia a través de sociedades filiales de la matriz del MAP pero no permite que ésta se acredite a través de sociedades controladas por las subsidiarias de la Matriz. En tal sentido, a pesar que la regulación de la situación de control del Pliego de Condiciones se asemeja a la que trae el Código de Comercio, difiere de éste por cuanto el control deberá haber sido ejercido directamente por la Matriz y no a través de sus subordinadas.

El código de comercio (artículos 260 y 261) asume que las situaciones de control y subordinación se pueden generar directamente o por intermedio de otras sociedades. No obstante, en relación con este particular, el numeral 3.5.1 del Pliego de condiciones previó una situación bien distinta, puesto que este no permitió que la experiencia obtenida por sociedades no controladas directamente por la matriz del MAP.

De hecho el Pliego solo permite la acreditación de experiencia a través de sociedad filiales y no de subsidiarias de la matriz, esto es aquellas en que la matriz del MAP ejerce de manera directa el control sobre la sociedad que ejecuto el proyecto de concesión . En tal sentido OHL S.A. matriz de OHL Colombia Ltda. no ejerce de manera directa el control sobre la Sociedad Mexiquense y por tanto dicha la experiencia obtenida por la ejecución de Circuito Mexiquense no

puede ser tenida como válida. Igual argumento aplica para Camino Internacional Ruta 60 Chile; (iii) Autopista Eje Aeropuerto; y (iv) Metro Ligero Del Oeste.

Ahora bien, en gracia de discusión en caso que el INCO acepte la experiencia obtenida a través de subsidiarias de la matriz del MAP, es necesario tener en cuenta que no se acreditaron en debida forma las cadenas de control entre las Matrices, las sociedades involucradas y las sociedades que finalmente ejecutaron los proyectos de concesión, a través de los cuales se pretendía acreditar la experiencia. El Pliego de Condiciones exigía que se acreditara la Situación de Control a través de la emisión de certificaciones **por todas las sociedades involucradas en la cadena de control**, lo cual no presentó el Proponente, en ninguno de los cuatro proyectos, correspondientes a: (i) Circuito Mexiquense; (ii) Camino Internacional Ruta 60 Chile; (iii) Autopista Eje Aeropuerto; y (iv) Metro Ligero Del Oeste. (3.5.2 del Pliego).

Adicionalmente en el cuerpo del Contrato del Circuito Mexiquense no obra el valor del contrato de concesión.

En el proyecto Ruta 60 Chile, las personas que suscribieron la certificación de la Entidad Acreedora, no acreditaron la representación legal o autorización para hacerlo. Los apoderados

son tipo Clase "B" los cuales no tienen la capacidad para suscribir este tipo de autorizaciones, como sí ocurre con los apoderados tipo "A".

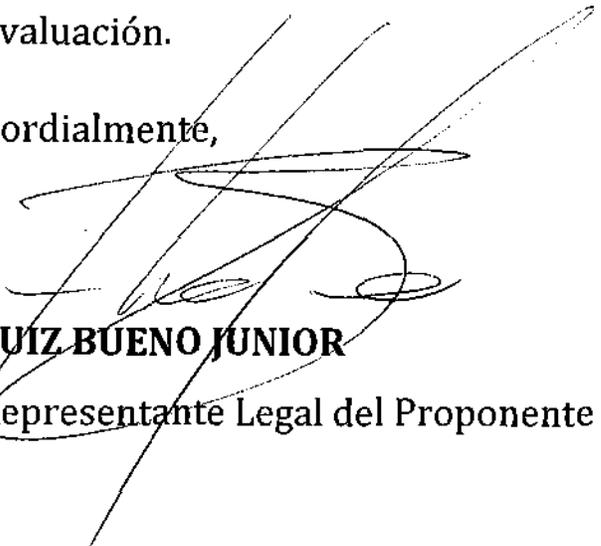
No se acreditó que el Sr. Platt (Auditor Entidad Deudora) tuviera poder para firmar el informe presentado.

En el Proyecto Metro Ligero del Oeste, la información del Formato 3 no es coincidente con la información de la Certificación de la Entidad Deudora, y ninguna de las dos coincide con la tabla de desembolsos relacionada en dicha Certificación.

En el Proyecto Autopista de Peaje Eje Aeropuerto, hay una inconsistencia en la forma de acreditar la Experiencia en Financiación de Proyectos de Infraestructura: La Concesionaria, no es la Entidad deudora y aun así emite una certificación y expide una declaración diciendo que la deudora es Autopistas S.L.

En los anteriores términos me pronuncio sobre el informe final de evaluación.

Cordialmente,



LUIZ BUENO JUNIOR

Representante Legal del Proponente

Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol Sector 3
S.A.S.



Bogotá D.C., 16 de Julio de 2010

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO
Edificio Ministerio de Transporte - Tercer Piso
Ciudad.

Re: Concepto Licitación Pública SEA-LP-001-2010 del INCO

Respetados Señores:

Algunos participantes en el proceso licitatorio SEA-LP-001-2010 han solicitado nuestro concepto jurídico en relación con la vinculación del GRUPO EMPRESARIAL DE WILLIAM VÉLEZ con dos (2) de los proponentes de dicho proceso. Adicionalmente, se nos ha solicitado que dirijamos a ustedes nuestro concepto.

1. PROBLEMA JURÍDICO:

En el marco del Proceso Licitatorio SEA-LP-001-2010, desarrollado por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, el cual 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, social y ambiental, 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”* (en adelante la “Licitación”); la entidad referida ha puesto bajo nuestra consideración el siguiente interrogante:

- ¿Incurren los Proponentes ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF y VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF en violación de la prohibición establecida en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones para la licitación en comento, por tener el grupo empresarial de William Vélez participación en las empresas GRUPO ODINSA S.A. (miembro del proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF) y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. (miembro del proponente VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF)?

Para responder este interrogante, se hacen las siguientes consideraciones de orden jurídico.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1. Disposiciones relevantes del Pliego de Condiciones.

Para responder el problema jurídico planteado, es necesario como primera medida, analizar las disposiciones aplicables establecidas en el pliego de condiciones para el Proceso Licitatorio SEA-LP-001-2010 (en adelante el "Pliego de Condiciones"), el cual establece en su numeral 3.2.2. la siguiente prohibición:

"3.2.2. En ningún caso una misma persona (natural o jurídica, nacional o extranjera) o Fondo de Capital Privado podrá participar en más de una Propuesta.

Tampoco podrá hacerlo a través de una sociedad controlada o su matriz, tal como estas condiciones se describen en el numeral 3.5 de estos Pliegos, ni a través de personas con las cuales tenga una relación de consanguinidad hasta el tercer grado o tercer grado de afinidad o primero civil, si los Proponentes o miembros de la Estructura Plural fuesen personas naturales, de hacerlo el INCO rechazará todas las Propuestas presentadas en tales condiciones".

(Subrayas fuera de texto)

La prohibición establecida en el numeral 3.3.2. citado, no obedece a una transcripción literal de ninguna inhabilidad o incompatibilidad establecida en la Ley 80 de 1993. La entidad concedente quiso establecer entonces, una prohibición especial a través de Pliego de Condiciones, en ejercicio de la facultad que le confieren las leyes de contratación administrativa. Es importante anotar que esta prohibición especial, no establece ningún tipo de distinción entre las personas jurídicas susceptibles de incurrir en la causal de rechazo consignada; por lo que la prohibición aplica a cualquier tipo de sociedad, sin importar su tipología societaria, sea limitada, simplificada por acciones, anónima abierta o cerrada, etc. Igualmente es importante anotar que cuando en el primer inciso la prohibición establece el verbo rector "*participar*", no establece tipicidades para las maneras en que pueda darse dicha participación, sino que lo hace mediante un postulado general dirigido a cualquier forma de "participación" que genere efectos jurídicos para la licitación.

De acuerdo con la disposición citada, la situación de control susceptible de configurar el supuesto de hecho que genera la sanción de rechazo de las propuestas prevista, será únicamente la que pueda enmarcarse dentro de los supuestos de hecho previstos en el numeral 3.5. del mismo Pliego de Condiciones. En lo pertinente, dicho numeral define expresamente las situaciones de control susceptibles de sanción:

"3.5.1. [...] 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."

(Subrayas y negrillas fuera de texto).

2.2. El numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, tiene como finalidad evitar la colusión de proponentes en la Licitación.

De la lectura integral del tenor literal del numeral 3.2.2. precitado, se deduce de forma clara y evidente que el mismo tiene por objeto evitar cualquier tipo de desviación en la aplicación del principio de economía definido en el numeral 25 de la Ley 80 de 1993, según el cual la entidad contratante tiene el deber legal de asegurar para el Estado "la selección objetiva de la propuesta más favorable". Deber cuyo cumplimiento obviamente se truncará en la medida en que la entidad se viera avocada a evaluar y seleccionar entre dos o más propuestas que han sido elaboradas por un (1) mismo proponente; o dos o más propuestas en las que hubiese existido cualquier tipo de colusión o conflicto de interés; pues es apenas natural que éste siempre propenda por maximizar su beneficio económico en el contrato y por tanto confeccione sus múltiples propuestas dirigido a conseguir condiciones ventajosas de adjudicación para él mismo, en desmedro de los intereses perseguidos por la entidad estatal.

Teniendo en cuenta este propósito general del numeral 3.2.2., es conducente concluir que se trata de una disposición mediante la cual el INCO, al momento de estructurar el proceso licitatorio, buscó evitar la ejecución por parte de los futuros Proponentes, de la práctica restrictiva de la libre competencia, que el Decreto 2153 de 1992 *–Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones–* denomina "colusión en las licitaciones o concursos".

La norma en comento establece:

"ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

[...]

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. [...]"

En aras de clarificar la interpretación debida de la norma precitada, la Superintendencia de Industria y Comercio, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante Concepto 02106804 del 26 de Marzo de 2003, sentó la siguiente doctrina con respecto a la definición de la colusión en licitaciones y concursos:

"[...] 4.1. Acuerdos contrarios a la libre competencia

El artículo 47 del decreto 2153 de 1992 enuncia algunos acuerdos que el legislador considera contrarios a la libre competencia. A continuación nos permitimos hacer referencia a aquel acuerdo que podría eventualmente relacionarse con el caso planteado por usted:

4.1.1. Colusión en las licitaciones o concursos

De conformidad con el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos "que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas".

Se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas^[20] Ahora bien, por colusión se entiende la acción o efecto de coludir,^[21] y por coludir el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto tiene precisado la jurisprudencia, que "las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra¹".

(Negrillas fuera de texto).

De la definición legal analizada, es importante resaltar que ni el legislador ni la SIC se dieron a la tarea de enumerar bajo ninguna forma de taxatividad, las conductas o circunstancias susceptibles de configurar prácticas de colusión, así como tampoco los posibles sujetos activos de la conducta tipificada. Ello desde luego no se debió a una omisión por parte del legislador o de la SIC, sino que precisamente el fin perseguido por la norma es establecer una prohibición de carácter general y absoluto. Prohibición que por tanto no puede entenderse restringida en su aplicación a algunas "clases" de personas naturales o jurídicas, sino a cualquier tipo de persona que por el solo hecho de estar involucrada en el trámite de una licitación o concurso, pueda estar en capacidad de coludir. Es decir, de hacer pactos en contra de terceros de manera fraudulenta, tal como lo explica la SIC.

Es a la luz de esta normatividad, que la prohibición establecida en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, adquiere alcance y sentido.

En concordancia con esta línea de razonamiento jurídico, el H. Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, también ha optado por definir la colusión como cualquier práctica de "connivencia" entre oferentes y/o administración; práctica que por el solo hecho de presentarse, genera vulneración inmediata de los principios de igualdad, concurrencia y publicidad, que rigen la contratación estatal. A este respecto sostiene:

"[...] La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de igualdad. Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella.

Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de 'igualdad', pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de 'concurrencia' y 'publicidad', permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público.

¹ Sentencia de Revisión No. 007 del 26 de enero de 1995. Sala Civil. Corte Suprema de Justicia.

*La referida 'igualdad' exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.*²

(Negrillas fuera de texto).

Por consiguiente, y en virtud de las fuentes analizadas, consideramos que cuando una entidad licitante ejerza su deber legal de determinar la ocurrencia de prácticas colusivas al interior de un proceso licitatorio, **de ninguna manera debe detener su análisis en virtud de aspectos puramente formales. Muy por el contrario, las leyes y la jurisprudencia aplicables, la obligan a indagar la existencia de la práctica colusiva en virtud de la intencionalidad detrás de la conducta de los involucrados, pues es claro que los aspectos formales bien pueden ser el ropaje que utilicen los defraudadores para esconder o camuflar de manera más eficaz sus fines colusivos.**

Debe recordarse que la existencia de este tipo de prácticas de encubrimiento formal de hechos fraudulentos, de ninguna manera es extraña al ordenamiento jurídico colombiano. El mismo Código Civil en su artículo 2491 reconoce la existencia de actos jurídicos simulados en perjuicio de terceros. Así mismo el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil establece el derecho de los particulares de solicitar la revocatoria de dichos actos jurídicos simulados, independientemente de quien provengan.

De tal manera que es clara la tendencia en el sistema jurídico colombiano de determinar la conducta fraudulenta a partir de criterios materiales, tales como la prueba documental o indiciaria de contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Esto por oposición a otros sistemas en los que se privilegian los criterios formales, es decir donde prima la constatación del cumplimiento de formalidades, ignorando o pasando por alto la intencionalidad detrás de los actos de los involucrados.

Es por esto que la prohibición del numeral 3.3.2., al establecer el verbo rector "*participar*" de manera general y abierta, debe entenderse que abarca cualquier forma de participación, sea ésta directa o indirecta, siempre que dicha forma de participación sea potencial o abiertamente colusiva y en consecuencia afecte a los demás competidores poniéndolos en condiciones de desigualdad. Una interpretación diferente, haría ineficaz la disposición y de esta manera los fines perseguidos por el Estado al consagrarla en los Pliegos de Condiciones.

De esta manera, la participación en dos propuestas, podría darse, entre otros supuestos, mediante: i) la participación de una misma persona natural o jurídica en dos propuestas; ii) a través de una persona (natural o jurídica) en una propuesta y de una sociedad controlada en la otra; iii) a través de una sociedad controlada en una Propuesta y la participación en la Junta Directiva de la sociedad que participe en la otra Propuesta.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de julio de 2001, Rad. No. 12037, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ref.: LICITACION PUBLICA - Definición y objeto.

3. ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS GRUPO ODINSA S.A. Y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., DENTRO DE LA LICITACIÓN NO. SEA-LP-001- 2010:

Definido este marco conceptual, es procedente entrar a analizar la participación concreta de las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., dentro de la Licitación No. SEA-LP-001- 2010, en relación con la participación del Sr. William Vélez, con el fin de determinar la aplicación del numeral 3.2.2. en este caso.

3.1. Situación de la sociedad GRUPO ODINSA S.A. dentro de la Licitación No. SEA-LP-001- 2010.

De conformidad con los documentos de la Licitación en comento, que aparecen publicados en el portal de contratación estatal SECOP, se constata que la sociedad GRUPO ODINSA S.A., con un 26% de participación en el Proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF, ostenta no solo la calidad de único *Miembro Acreditativo del Proponente* (en adelante "MAP"), de acuerdo con la definición que sobre el particular establece el numeral 1.4 del Pliego³, sino que también es el único miembro de los diez (10) asociados, con participación mayoritaria dentro de la estructura asociativa bajo la cual se presenta el Proponente en cuestión.

3.2. Situación de la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. dentro de la Licitación No. SEA-LP-001- 2010.

De conformidad con los documentos de la Licitación en comento, que aparecen publicados en el portal de contratación estatal SECOP, se constata que la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., tiene una participación del 7.5% en el Proponente VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF.

3.3. Participación de William Vélez en las sociedades GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.

Algunos participantes nos han informado que según la documentación allegada al INCO por el Proponente CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S. PSF dentro del plazo para

³ (jj) "*Miembro Acreditativo del Proponente*" o "MAP". Es la o las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o Fondos de Capital Privado, en una Estructura Plural que tienen una participación mínima en la Estructura Plural del veinticinco por ciento (25%). Cuando el MAP sea un Fondo de Capital Privado éste podrá acreditar la experiencia del numeral 3.6, a través de la experiencia del gestor profesional (fund manager) o la matriz del gestor profesional (fund manager), para los demás Requisitos Habilitantes se tomarán los del respectivo Fondo de Capital Privado. La participación del MAP en la Estructura Plural se determinará con base en las siguientes reglas: (i) Para los Consorcios y Uniones Temporales corresponde al porcentaje de participación del MAP en el Consorcio o Unión Temporal medido con respecto a la ejecución de las obligaciones y a la participación en la remuneración del Contrato de Concesión, participación que se deberá mantener en un veinticinco por ciento (25%) durante toda la vigencia del Contrato de Concesión; y (ii) Para las Promesas de Sociedad Futura y SPVs corresponde a la participación del MAP en el capital social y en el porcentaje de participación en la ejecución de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión; la participación se deberá mantener en un veinticinco por ciento (25%) durante toda la vigencia del Contrato de Concesión y la participación en la ejecución de las obligaciones deberá constar en el contrato de promesa de sociedad.

la presentación de observaciones a las Propuestas (la cual se encuentra pendiente de análisis, evaluación y constatación por parte del INCO), se denuncia la siguiente situación de hecho en las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.:

Zona 9 Ruta del Sol S.A. PSF

- Grupo Odinsa S.A. (26%)
- Valorcon S.A. (21%)
- Constructora Colpatría S.A. (21%)
- Concreto S.A. (10%)
- Cromas S.A. (2%)
- Icein S.A. (10%)
- Samuel Rueda Gómez y Cia S. EN C. (4%)
- PDEM S.A.S (2%)
- Consultora Financiera Técnica S.A.S. (2%)
- Invervales S.A.S (2%)

JUNTA DIRECTIVA ODINSA (1)	
Principa	Suplente
ALBERTO CARRASQUILLA B.	DANIEL FEGED MORA
JUAN CLAUDIO MORALÉS G.	FRANCISCO JAVIER LOPEZ C.
LUZ MARIA CORREA VARGAS.	ANA MARIA JAILLER CORREA
WILLIAM VELEZ SIERRA	FRANCISCO LUIS VELEZ S.
RICARDO MEJIA RAMIREZ	JOSE ALBERTO GOMEZ M.
LUSE FRANKLIN GREIDINGER D.	LUIS MIGUEL ISAZA LUPEGUI
SAMUEL RUEDA GOMEZ	ALFONSO MANRIQUE VAN D.

Vías de Colombia SAS PSF

- OHL Colombia Ltda. (85%)
- Latinoamericana de Construcciones LATINCO S.A. (7,5%)
- HB Estructuras Metálicas S.A. (7,5%)

SOCIOS ODINSA (1)	
NOMBRE	Part.
HOMBRE	
CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.	15,8%
MINICIVIL S.A.	10,4%
ELECTRICAS DE MEDELLIN LTDA.	6,5%
TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.	6,3%
CONFIANZA CIA. ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.	6,0%
FINVEST S EN C	5,6%
ICEIN S. A. INGENIEROS CONSTRUCT. E INTERVENTORES	3,9%
FONDO DE PENSIONES HORIZONTE	3,9%
CROMAS S.A.	3,5%
SAMUEL RUEDA GOMEZ	3,0%
BOISA INTERBOLSA S.A.	
COMISIONISTA DE	2,6%
PAECIA SAS	2,5%
TECNICAVIAL SA	2,2%
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLFONDOS	2,0%
DUQUE PEREZ Y CIA S.A.S	1,7%
CONSULTORIA COLOMBIANA S.A.	1,5%
INVERSIONES C.C S.A.	1,5%
CIGRODCCO	1,5%
LUIS CARLOS DUQUE GOMEZ	1,3%
GISAICO S.A.	1,1%
OTROS	17,2%
TOTAL	100%

SOCIOS ELECTRICAS DE MEDELLIN S.A. (2)	
NOMBRE	Part.
WILLIAM VELEZ SIERRA	25,0%
MARIO RESTREPO ARANGO	25,0%
SILVIA SIERRA JIMENEZ	25,0%
SANDRA MARIA VELEZ MESA	25,0%

SOCIOS TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL SA (3)	
NOMBRE	Part.
WILLIAM VELEZ SIERRA	45,2%
MARIO RESTREPO ARANGO	35,3%
SANDRA MARIA VELEZ MESA	8,9%
DAVID BENAVIDES CASTROS	6,5%
FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA	4,7%

SOCIOS PROMOTORA METROSUR S.A. (2)	
NOMBRE	Part.
WILLIAM VELEZ SIERRA	69,2%
LINA MARIA VELEZ GAVIRIA	5,3%
SANDRA MARIA VELEZ	5,3%
JUAN LUIS TOBAR VELEZ	0,1%
MARIA BLANCA VELEZ SIERRA	0,1%

SOCIOS HB ESTRUCTURAS (2)	
NOMBRE	Part.
PROMOTORA METROSUR S.A.	49,7%
KEVRAN LIMITED	39,1%
SADELEC S.A.	10,2%
OTROS	1,0%
TOTAL	100%

SOCIOS SADELEC S.A. (2)	
NOMBRE	Part.
WILLIAM VELEZ SIERRA	33,0%
VENEGA S.A.	32,0%
INVERSIONES CASA GRANDE	15,0%
FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA	10,0%
SANDRA MARIA VELEZ	10,0%

(1) Tomado del Sistema Integral de Información del Mercado Valores de la Superintendencia Financiera
 (2) Consultado a través de BPR Benchmark - <http://www.bprbenchmark.com/> el 1 de julio de 2010
 (3) Según consta a folio 0305 de la propuesta presentada por el proponente ZONA 9 RUTA DEL SOL PSF

Del gráfico arriba citado, y su documentación anexa, se deduce que el grupo empresarial de William Vélez tiene una participación en GRUPO ODINSA S.A., que le permite tener un puesto en su Junta Directiva, y que este mismo grupo tiene a su vez una participación accionaria indirecta del 59.9% en la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., a través de las sociedades PROMOTORA METROSUR S.A. y SADELEC S.A., en las cuales el Sr. Vélez Sierra es accionista mayoritario. Esta situación –insólita– se encuentra aún pendiente de evaluación y constatación por parte del INCO.

Es necesario entonces, retomar el análisis en cuanto a lo que el Pliego y la legislación vigente, determinan como "situación de control", con el fin de emitir concepto en cuanto a la configuración de la situación de colusión prevista en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, en este caso concreto,

3.4. La Situación de Control en el Código de Comercio.

De acuerdo con el numeral 3.5. del Pliego de Condiciones, se prevén como situaciones de control las siguientes:

"3.5.1. [...] 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."

(Subrayas y negrillas fuera de texto).

Esta disposición, no hace otra cosa que reproducir el tenor literal de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, que respectivamente establecen:

"Artículo 260, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante. Bien sea directamente, casa en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria"

Artículo 261 Modificado por la Ley 222 de 1995, artículo 27: Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

Cuando más allá del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de estas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en ásamela, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1º Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercicio por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales estas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2º Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior."

De esta manera, el Código de Comercio parecería restringir las situaciones de control empresarial a una enumeración taxativa de las situaciones descritas. Sin embargo, según lo ha establecido la Superintendencia de Sociedades en reiterada doctrina, **dicha taxatividad es sólo aparente pues las normas precitadas se limitan a establecer un marco enunciativo del cual es factible para el intérprete deducir una serie de situaciones de control, no necesariamente previstas de manera expresa en el tenor literal de las normas.** En efecto, aclara la Superintendencia:

"...De los referidos preceptos se infiere claramente que el control puede ser ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas, así como las diversas formas en que puede ejercerse el control de sociedades mercantiles en Colombia: control individual, conjunto, por participación, por influencia dominante, directo e indirecto.

Cabe observar que en la modalidad del control conjunto, el legislador no reguló eventos objetivos ni elementos normativos que permitan identificar con certeza los casos en que puede predicarse la existencia del control por parte de una pluralidad de personas o entes jurídicos, pero es innegable que los presupuestos que a manera de ejemplo consagró el legislador para determinar la existencia del control por parte de una persona natural o jurídica, se configuran también cuando son varias las personas naturales o jurídicas aún de carácter no societario, quienes lo ejercen (artículo 27 de la citada ley).

Lo anterior es claro si se tiene en cuenta que la obligación legal se concreta en declarar e inscribir la situación de control pero en ningún caso una modalidad específica de control, pues precisamente los presupuestos legales de subordinación, son meramente ilustrativos, aseveración que el mismo legislador confirma cuando en el mencionado artículo señala: "Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:", en el entendido que conforme al artículo 26 ibidem., el control existe en la medida en que el poder de decisión de una sociedad subordinada o controlada, se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante", de tal manera que configurado cualquiera o varios de los presupuestos legales, el o los controlantes, deben hacer constar la situación de control a través de documento privado y llevar a cabo la inscripción registral de la manifestación anotada. (artículo 30 de la Ley 222 de 1995).

Adicionalmente, en torno al control conjunto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección B, en sentencia del 7 de junio de 2001, expresó lo siguiente: " se presenta en consecuencia, el control conjunto cuando una pluralidad de personas controlan una o mas sociedades, manifestando una voluntad de actuar en común diferente a la **affectio societatis**, mediante circunstancias tales como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de representación legal, la actuación en conjunto en los órganos sociales, las cuales deben ser apreciadas en conjunto". (subraya fuera del texto)

Agrega la referida Corporación: "Desde esta perspectiva se tiene que la aplicación de éste régimen de grupos no puede hacerse desde la óptica de cada sociedad aisladamente, sino que es necesario apreciar el conjunto para comprobar si además del animus que supone la existencia de cada sociedad, existe una intención de los socios o accionistas de proyectar la operación de negocios a través de una pluralidad de sociedades y en caso de darse tales circunstancias fácticas, es evidente que se ubican en un nivel de control que trasciende a la

simple vinculación".

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, dispone que Grupo Empresarial existe "cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

*"Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada uno de ellas. (...)"*⁴

De esta manera, tal como lo advierte la Superintendencia de Sociedades, acogiendo la jurisprudencia sentada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al momento de evaluar la situación de participación del Sr. William Vélez en las sociedades HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A y GRUPO ODINSA S.A., no bastará con que el INCO se limite a constatar la existencia de los tres supuestos de hecho previstos en el numeral 3.5.1. del Pliego de Condiciones, sino que tendrá que descartar más allá de toda duda razonable, que la presencia del grupo del Sr. William Vélez y de sus familiares en la Junta Directiva de GRUPO ODINSA S.A. y su control directo de las dos sociedades que conjuntamente controlan HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., efectivamente no configura las situaciones de participación en dos propuestas o de control, a las que se refiere el Pliego.

Y para tal efecto, el INCO deberá aplicar la metodología enunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y acogida por la SuperSociedades, según la cual: "es necesario apreciar el conjunto **para comprobar si además del animus que supone la existencia de cada sociedad, existe una intención de los socios o accionistas de proyectar la operación de negocios a través de una pluralidad de sociedades** y en caso de darse tales circunstancias fácticas, es evidente que se ubican en un nivel de control que trasciende a la simple vinculación"⁵. (Subraya fuera del texto).

Por consiguiente, la dilución de la personalidad jurídica mediante la implementación de sucesivos mecanismos societarios de participación indirecta, no puede por sí sola, sustraer a una persona jurídica de la intención de sus socios o accionistas, en el control de sus negocios. Hecho especialmente notorio y relevante en grupos empresariales como el que encabeza el Sr. William Vélez.

4. CONCLUSIONES.

Basados en las consideraciones y fundamentos jurídicos expuestos, se encuentra que:

⁴ Superintendencia de Sociedades, Concepto No. 220-044091 del 12 de septiembre de 2007. Asunto: *Situación de Control - Corresponde al controlante determinar la situación de control o la existencia de un grupo empresarial.*

⁵ *Ibidem.*

- 4.1. El numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones tiene por objeto salvaguardar la Licitación de cualquier forma de colusión que pueda presentarse entre dos o más proponentes.
- 4.2. El Decreto 2153 de 1992 incorpora una interpretación amplia de los conceptos de "colusión" y de "conflicto de interés", según la cual no se requiere para su configuración en un caso concreto la existencia de disposiciones legales taxativas ni expresas, sino **la sola constatación de efectos contrarios a la libre competencia, de los cuales debe sustraerse toda licitación.**
- 4.3. Dicha interpretación amplia de los conceptos de "colusión" y de "conflicto de interés", han sido plenamente acogidos por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de Industria y Comercio en su jurisprudencia y doctrina respectivas.
- 4.4. Toda entidad contratante tiene el deber legal de asegurar para el Estado "la selección objetiva de la propuesta más favorable", y por tanto su interpretación de las disposiciones de los pliegos de condiciones no pueden limitarse a la mera formalidad, sino que armonizar con la salvaguarda a los Principios de Economía, Igualdad, Libre Concurrencia y Publicidad de la función administrativa y la contratación estatal.
- 4.5. De la documentación puesta a mi disposición, se evidenció que el grupo empresarial de William Vélez, controla a la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., a través de las sociedades PROMOTORIA METROSUR S.A. y SADELEC S.A. Por lo tanto, es evidente la participación de dicho grupo empresarial en la Propuesta del Proponente VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF. Por otro lado, el grupo empresarial de William Vélez, participa en la Junta Directiva de GRUPO ODINSA S.A., MAP del Proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF, a través de la presencia de William Vélez y de su hermano en dicha Junta. Que dicha participación en la Junta Directiva, se debe a la participación que otras empresas controladas por dicho grupo empresarial, en GRUPO ODINSA S.A. Y que su participación en esta Propuesta también fue activa, en tanto su hermano Francisco Vélez votó favorablemente la participación de GRUPO ODINSA S.A. en la Licitación.
- 4.6. Preliminarmente, y sin entrar a hacer juicios de valor en cuanto a la veracidad de la información presentada por el Proponente CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S. PSF, es nuestro concepto que en caso de llegar a comprobarse que las relaciones societarias y de capital denunciadas en el gráfico arriba transcrito son verídicas, el INCO tendría que **rechazar de plano** las Propuestas de los Proponentes ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF y VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF, por incurrir en el supuesto de hecho de colusión, previsto en el numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones.

Quedamos atentos a cualquier aclaración o complementación que el INCO pueda llegar a requerir de nuestra parte, sobre el particular.

Atentamente,

JOSE LLOREDA CAMACHO & CO.



ENRIQUE ALVAREZ POSADA



GUSTAVO TAMAYO ARANGO

Bogotá D.C., julio 19 de 2007.

**Señores
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO
Ciudad.**

Ref.: Licitación Pública No. SEALP0012010.

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, social y ambiental, 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.*

PATRICIA MIER BARROS, ciudadana colombiana, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.764.704 y portadora de la tarjeta profesional de abogado No. 54.244 del C.S.J., en ejercicio del derecho que me asiste de intervenir en los procesos públicos de selección de contratistas del Estado, con todo respeto me dirijo a esa entidad, en mi condición de ciudadana interesada, con el fin de formular algunas observaciones en relación con algunos aspectos de los pliegos de condiciones de la licitación de la referencia y la forma de participación adoptada por uno de los proponentes, que, en mi criterio jurídico, resultan violatorios del Estatuto Contractual de la Administración Pública, y por lo mismo, de persistir, y adelantarse el proceso licitatorio en curso sin que se surta –de ser ello posible, de conformidad con las autorizaciones legales vigentes- su debido saneamiento, pudieran redundar en la nulidad del acto administrativo de adjudicación y consecuentemente del contrato, como corolario obligatorio de la declaratoria de nulidad parcial de los pliegos de condiciones.

Me refiero específicamente a la posibilidad jurídica que traen los pliegos de condiciones de la licitación en referencia de tener como proponentes y eventuales contratistas a los FONDOS DE CAPITAL PRIVADO.

Esta circunstancia, llama especialmente la atención que de 7 proponentes en esta licitación, solo uno cuenta con un Fondo de Capital Privado en su integración: El Proponente 3 que se denomina Promesa de Sociedad Futura "Yuma Concesionaria S.A." y está constituida por:

**Impregilo S.p.A.
Fondo de Capital Privado Ruta del Sol
Infraestructura Concesionada S.A.**

C I Grodco S. en C. A. Ingenieros Civiles
Técnica Vial S. en C.A.

Son fundamentos de mis observaciones, los siguientes:

1. El régimen jurídico del contrato público: El principio de legalidad.

Sea lo primero recordar que, según lo consagra nuestra Constitución Política, la República de Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que la hace participe de una naturaleza dual que comporta la coexistencia de principios que informan tanto el Estado de Derecho como el Estado Social, desarrollados en diferentes planos del ordenamiento normativo.

Como es sabido, uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho es, sin duda, el principio de legalidad, presupuesto de rango constitucional previsto en el preámbulo y en los artículos 2°, 6°, 121, 122, 123 y 209 de nuestra Carta Política. El contenido de este principio supone que las autoridades públicas deben sujetar sus actuaciones a los estrictos lineamientos previstos en la Constitución y en las leyes, estándoles vedado el ejercer cualquier atribución que no les haya sido expresamente conferida, en tanto que los particulares están facultados para hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido.

Así, pues, el principio de legalidad entraña el sometimiento del ejercicio de la función administrativa al ordenamiento jurídico en general y comporta la imperativa necesidad de que las decisiones administrativas se adopten de conformidad con las normas que les sirven de fundamento.

Naturalmente, el contrato estatal es una de las herramientas jurídicas mediante las cuales se exterioriza la actividad administrativa; es un instrumento que permite lograr el eficaz desarrollo de la acción del Estado dentro de un esquema de colaboración, con el propósito de satisfacer el interés general y las necesidades colectivas.

La propia ley 80 de 1993 en sus artículos 13 y 40 expresamente prescribe que los contratos estatales "se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes" y que "las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley correspondan a su esencia y naturaleza", así como aquellas que las partes pacten en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Sin embargo, no podemos olvidar que la actividad contractual del Estado –que forzosamente vincula a las entidades públicas en su condición de contratantes y responsables de la realización del interés público es una manifestación de la actividad administrativa, y en tanto tal, naturalmente sujeta al principio constitucional de "legalidad": Los funcionarios no podrán hacer sino aquello que expresamente les manda o autoriza la ley.

Este cerco legal de la actividad contractual administrativa determina, para el ente público contratante, el sometimiento a las normas superiores que regulan su actuación. Son las cargas constitucionales del sujeto estatal contratante que impone la observancia del régimen jurídico del contrato público, que se informa, además, de los principios propios del derecho privado que le es connatural por voluntad legislativa, de aquellos que protegen el interés general involucrado en el contrato y que encuentran sus raíces en el derecho público que gobierna la actividad del Estado. Por todo ello, es que la actividad contractual de las entidades estatales es una actividad reglada sujeta en su forma y procedimientos a las disposiciones legales que regulan la competencia administrativa y los fines que con su ejercicio debe perseguir.

De esta manera, en el desarrollo de su actividad contractual, la entidad pública contratante, debe buscar, en forma especial y prevalente, la protección del interés estatal, que no es otro que el interés general. En este contexto, resulta entendible y deseable que propenda por obtener el mejor bien o servicio por el mejor precio. Sin embargo, en este propósito debe velar porque tanto en los pliegos de condiciones de la licitación que antecede la selección del contratista, así como en el contrato a celebrarse como consecuencia de su adjudicación, se de plena observancia a los principios que rigen su actuación, y que derivan de precisos mandatos constitucionales, pues detrás de todo ello, subyace el interés general, que está obligada a preservar.

Se impone, entonces concluir que en el régimen jurídico de la contratación de las Entidades Estatales, se imponen como postulados de obligatoria observancia, los principios del derecho público rectores de la actividad administrativa TODA en la consecución de los fines que la Constitución Política le determina, y que constituyen el único objeto posible de los contratos, que con tal propósito, se celebren. Esta concepción del contrato en la arena estatal prevalece hoy, y en ella se recogen los principios generales de derecho que desde siempre han gobernado los negocios jurídicos en general –incluidos los contratos del Estado¹ - y los propios del derecho público dispuestos en la misma ley con preferente y especial aplicación en tanto regentes de la actividad pública.²

Así, el régimen jurídico del contrato público, en tanto convenio o acuerdo de voluntades, se contiene en los estatutos civiles y comerciales que regulan la materia, porque así lo permite la ley (artículo 13, Ley 80 de 1993); todo lo demás, es consecuencia del principio de legalidad que informa la actividad administrativa y que se encuentra ampliamente regulada de manera general y específica para cada sector de la administración. Este andamiaje de principios nace en la Constitución Política en atención a la condición pública de la administración y no

¹ Código Civil y Código de Comercio.

² Artículo 5 de la ley 57 de 1887:

“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal preferirá aquella. Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la de carácter general; (...).

referida a un tipo de actividad en particular: Por ello, la publicidad, la transparencia, la economía y la responsabilidad no son principios exclusivos o particulares de la denominada "contratación estatal"; ellos constituyen la base fundamental sobre la que el Constituyente desarrolla la responsabilidad del Estado cualquiera que sea el rol que este desempeñe en el ámbito socioeconómico del país.

2. La capacidad del sujeto contractual: Elemento esencial de los contratos.

De las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico surge, de modo evidente, que la capacidad –en un principio entendida como un atributo de la personalidad–, en tanto aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, es predicable de aquellos sujetos habilitados por la LEY³ para ostentarla.

En efecto, dentro del ámbito constitucional colombiano, sólo el legislador, podrá reconocer y atribuir capacidad jurídica a los sujetos de derecho que reconoce como capaces de producir con sus actos efectos en el mundo jurídico.

Y es la ley, la que en los distintos órdenes de la interacción en sociedad, ha estatuido los sujetos hábiles y CAPACES para válidamente actuar en derecho con consecuencias reguladas en el ordenamiento, de las que surgen en últimas las relaciones jurídicas que involucran derechos, deberes y compromisos cuya existencia, validez y oponibilidad garantiza el legislador, calidades que informan los actos jurídicos producidos por aquellos sujetos a los que la ley denomina CAPACES.

Dicho de otro modo, sólo en la **capacidad** de su emisor, encuentran los actos jurídicos la legitimidad necesaria para derivar la validez de la que la ley deduce su intangibilidad jurídica. En caso contrario, ante la ausencia de **capacidad** en el productor del acto jurídico, la ley sanciona tal carencia, con la nulidad absoluta del mismo, por la inexistencia de uno de los elementos que ella misma ha determinado como esencial para su válido nacimiento a la vida jurídica.

En el caso colombiano, son los Códigos Civil y de Comercio, como estatutos propios de la actividad particular que se despliega en los escenarios del derecho privado, los que elevan a precepto normativo este concepto, en tanto identifican la "**capacidad**" del sujeto de derecho, como elemento determinante y esencial de la validez de un acto jurídico. En este sentido, dispone el artículo 1502 del Estatuto Civil:

³ La ley, al tenor del artículo 4 del Código Civil "es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar."

"Para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) Que sea legalmente capaz; 2º) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) Que recaiga sobre un objeto ilícito; 4º) Que tenga una causa lícita".

Y la misma norma puntualiza su entendimiento de la noción de "capacidad legal", así:

"La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra."

Por su parte, el artículo 1504 del mismo Estatuto Civil, identifica el sujeto de derecho al que, naturalmente reconoce capacidad jurídica. En ese sentido, el legislador preceptúa que:

"Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces."

Refiere el Código civil a la capacidad del sujeto de derecho "**persona**" definido por el Estatuto, como el sujeto de derecho por excelencia, esto es, aquel que cuenta con la capacidad legal de, válidamente, adquirir derechos y contraer obligaciones, DE MODO GENERAL, cualidad que sólo le será negada, cuando el mismo legislador, en forma expresa y precluyente, le niegue tal atribución o restrinja su ejercicio.

"Las personas son naturales o jurídicas – reza el artículo 73 del Código Civil-

"Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, estirpe o condición" –define el artículo 74 del Código Civil. Y "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente", a voces del artículo 633 del mismo Estatuto.

En cuanto hace a la constitución de personas jurídicas, es pertinente mencionar que el artículo 38 de la Carta, garantiza *"el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las PERSONAS realizan en sociedad"*.

Y el Código de Comercio, en su artículo 98, define el contrato de sociedad como aquél en el que:

*"... dos o más **PERSONAS** se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.*

"La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios, individualmente considerados.

Es claro entonces del texto legal transcrito, que la posibilidad de crear una **PERSONA JURÍDICA**, en tanto para ello se requiere de la celebración de un acuerdo que reúna los requisitos esenciales determinados por la ley para su nacimiento y validez, le está reservada a los **SUJETOS CAPACES**, y dentro de ellos, salvo excepciones legislativas expresas, estrictamente a la **PERSONA CAPAZ**, como titular de esta atribución.

Es pues, la **PERSONA**, así definida por la ley, el sujeto de derecho, naturalmente **CAPAZ** de constituir un centro de imputación jurídica, y en tal virtud, válidamente contraer obligaciones y adquirir derechos en el desarrollo de las actividades que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, le permite el legislador, en cuanto no interfieran con normas de orden superior o con el interés público.

Por su parte, el Código de Comercio (artículo 12), reconoce como hábiles para ejercer el comercio, y adquirir la calidad de Comerciantes a:

*“Toda **PERSONA** que según las leyes comunes tenga capacidad para contratar y obligarse”*

Y la misma norma especifica que, a contrario sensu, aquellas **PERSONAS** que, con arreglo a esas mismas leyes, sean **INCAPACES**, son **INHÁBILES** para ejecutar actos comerciales.

Es por lo anterior, que ninguna duda debe asaltar al intérprete de la ley, al establecer que, en nuestro ordenamiento jurídico, la PERSONA es el sujeto de derecho por excelencia y naturalmente, salvo EXPRESA voluntad legislativa le podrá ser negado el atributo de la capacidad derivada de la personería –que no personalidad- jurídica.

En cuanto hace al atributo de la personalidad jurídica, la Carta Política (artículo 14) lo considera un derecho constitucional propio de toda PERSONA, sujeto que, en tanto tal, tendrá por el simple hecho de serlo, el derecho a su reconocimiento.

“La personalidad jurídica –en palabras de la doctrinante Ilva Myriam Hoyos Castañeda⁴- no es otra cosa que la aptitud natural de todo individuo de la especie humana para ser sujeto activo o pasivo de relaciones pertenecientes a la esfera de lo jurídico (...). La personalidad jurídica no debe confundirse con la capacidad de obrar, atributo en virtud del cual las PERSONAS ejecutan actos jurídicamente eficaces. Mientras que la personalidad jurídica corresponde sin excepción a todos aquellos que ontológicamente son personas, la capacidad de obrar falta, por ejemplo, en los menores y en los interdictos. Se puede tener personalidad jurídica y estar privado de la capacidad de obrar, porque la primera es una cualidad de la naturaleza, mientras que la segunda es una categoría creada por el derecho positivo.”

⁴ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “DERECHOS FUNDAMENTALES”. ESAP, Bogotá 1992.

Es claro entonces que el atributo de la personalidad jurídica es naturalmente predicable de la "persona natural", le es propio, le es innato. No sucede lo mismo con las personas jurídicas, quienes para poder adquirirlo deberán cumplir con los requisitos que a ese efecto les imponga el legislador.

Del "derecho a la personalidad jurídica" de las "personas morales", ha dicho la Corte Constitucional⁵:

"Para el otorgamiento de la personalidad jurídica de la persona moral se requiere de un acto constitutivo que varía en cada caso, de conformidad con la calidad de la persona jurídica.

"En consecuencia, la adquisición de la personalidad jurídica de la persona moral, depende del cumplimiento de requisitos, de tal manera que la obtención de actuar jurídicamente –establecimiento de relaciones jurídicas– proviene del reconocimiento externo y formal de la existencia de la parte que se relaciona.

"(...).

"Así las cosas, para esta Sala de Revisión y con base en los planteamientos anteriormente expuestos, se concluye que el derecho a la personalidad jurídica de la persona moral no constituye un derecho constitucional fundamental sino un derecho otorgado por la ley, si se cumplen los requisitos exigidos por ésta. (...).

"El artículo 14 de la Constitución no opera para las personas jurídicas, sino como derecho inherente a la persona natural, reconocido por el Estado."

Hasta aquí pudiera deducirse de la normativa en cita, y de los desarrollos jurisprudenciales de su contenido, que en el ordenamiento jurídico colombiano, sólo la **PERSONA**, en los términos definidos por el legislador, es el sujeto de derecho al que la ley atribuye la **CAPACIDAD LEGAL** para actuar válidamente en la producción de actos jurídicamente relevantes, con efectos vinculantes en el universo jurídico, y frente a los cuales la ley deriva las consecuencias sobre las que se construye el Derecho de las Obligaciones (Libro IV del Código Civil).

Sin embargo, el derecho moderno impone al Legislador la necesidad de reconocer capacidad jurídica a fenómenos (por lo general asociativos) que, sin responder a la noción de **PERSONA** como sujeto de derecho, la **LEY** les reconoce **CAPACIDAD** para producir válidamente actos jurídicos con la potencialidad de generar efectos en derecho.

De esta manera, se encuentran en el devenir jurídico, fenómenos o figuras que, sin contar con la personería de la cual deducir la capacidad que los habilite para

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-476 del 29 de julio de 1992. M.P.: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.

dotar de validez y oponibilidad a sus actuaciones, se encuentran **EXPRESAMENTE** autorizados para "adquirir derechos y contraer obligaciones", dentro de los precisos linderos normativos fijados por el precepto habilitante. Para que ello suceda, en tratándose claramente de excepciones al régimen general, se requerirá **SIEMPRE** de expresa autorización legal, que atribuya a fenómenos o figuras jurídicas el ejercicio de ciertos derechos que, en principio, solo pudieran predicarse del sujeto **PERSONA**, en el entendimiento legislativo. Cuando ello se permite, ese "**sujeto**" deberá necesariamente actuar a través de un representante, cuyas atribuciones igualmente encontrarán en el pronunciamiento legal, los límites de su ejercicio.

En últimas, la **capacidad**, es un tema de disposición y atribución legal. **Sólo el LEGISLADOR podrá atribuir y restringir o cercenar la capacidad.**

Será capaz, en términos simples, aquél sujeto de derecho, o fenómeno jurídico que la **LEY** establezca como tal, y a contrario sensu, serán **incapaces** aquellos a los que la ley les niegue este atributo, aún en tratándose de sujetos a los que naturalmente le fueren predicables. Es el caso de las prohibiciones legales o de las normas que disponen negaciones de derechos como aquellas que establecen inhabilidades o incompatibilidades para producir actos jurídicos o celebrar contratos, o desempeñarse en actividades a las que, por voluntad constitucional o legislativa, le esté restringido el acceso⁶.

"(...) la voz capacidad se emplea para denotar el poder que se le reconoce a la mayoría, ya que no a todos los sujetos de derecho, para actuar directamente, por sí mismos, en el comercio jurídico, vale decir, para realizar actos jurídicos. Tomada en esta acepción, la capacidad ya no es un atributo de la personalidad y su establecimiento legal indica que hay sujetos de derecho que carecen de ella. Con otras palabras: Toda persona necesariamente tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, pero algunas no la tienen para intervenir por sí mismas en el comercio jurídico. Por consiguiente, en el campo propio de esta nueva

⁶ Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional (Sentencia C-415/94):

"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. (...).

"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 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."

figura, ya no es el de los atributos de la personalidad, sino el de la validez de los actos jurídicos.”⁷

2.1 La capacidad para celebrar contratos con el Estado.

Dentro de esta misma línea normativa, y siempre en atención al principio de legalidad que gobierna la actuación administrativa, amén de la categoría de “intuitu personae” del contrato estatal, el estatuto contractual público (Ley 80 de 1993), en su artículo 6, y en plena concordancia con lo establecido en su artículo 13⁸, predica la capacidad para celebrar contratos con las entidades estatales de “las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.”

También podrán celebrar contratos con las entidades estatales –al tenor de la misma disposición–, los consorcios y uniones temporales, en la acepción que la ley contractual pública tiene de estas figuras jurídicas que crea y a las que atribuye capacidad contractual, todo de conformidad con el artículo 7 del Estatuto. Las personas jurídicas nacionales y extranjeras –precisa la ley–, deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un (1) año más.

Nótese como es incisivo el legislador en identificar la capacidad que admite para la celebración de contratos estatales, **como aquella que ostenten los sujetos de derecho conocidos como PERSONAS en la acepción legal de este concepto.**

Es la misma Constitución Política la que atribuye a la PERSONA, así entendida, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, supuesto legal del que este sujeto de derecho deriva su “capacidad” interactuar en el mundo jurídico con efectos vinculantes.

En materia contractual pública, la Corte Constitucional, en sentencia C-178 de abril 29 de 1996, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonel, precisó, sobre la capacidad para celebrar contratos con el Estado:

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

⁷ G. OSPINA FERNÁNDEZ, E. OSPINA ACOSTA. “TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO”. Quinta Edic. TEMIS.

⁸ “Art. 13.- De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”

"La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 6º). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

"Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuáles eran las entidades estatales, con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autoriza para celebrar contratos, obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito, etc.), así como los órganos que tienen la representación para los mismos fines (arts. 2 numerales 1º y 11).

"La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual."

3. Los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. SEALP0012010.

Son disposiciones de raigambre legal las que definen la normativa que integra los pliegos de condiciones de una licitación pública para la selección de un contratista estatal.

Los pliegos de condiciones, que *"constituyen el reglamento de la licitación, que se imponen por igual al licitante y a los licitadores"*⁹, ley de este procedimiento de selección, obligaron y vincularon con fuerza jurídica a entidad licitante y proponentes; definieron lo que debió considerarse el mejor ofrecimiento, estableciendo condiciones de oferta y parámetros de evaluación que llevaron a los oferentes a una situación de igualdad en los aspectos jurídicos, económicos y técnicos, como lo ordena la ley, adoptando los elementos determinantes en la selección, que finalmente habrá de dirimir esta situación de igualdad con la escogencia del mejor ofrecimiento.

⁹. C.E. Sección Tercera. Sentencia de octubre 1 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Los pliegos de condiciones de una licitación pública a quien primero obligan y vinculan es precisamente al ente que los diseñó para formular una invitación a celebrar un contrato. Pretender que la entidad licitante, al momento de evaluar los ofrecimientos de los participantes en el concurso, puede variar o hacer interpretaciones ajenas a la normativa que ella misma definió en los pliegos de condiciones que constituyeron la convocatoria, resulta inaceptable y violatorio de la ley.

La entidad licitante no podrá, ni a los efectos de la selección del contratista, ni posteriormente durante la ejecución del contrato, manipular el contenido de los pliegos de condiciones para acondicionarlos a supuestos no permitidos por la ley, adicionar o cercenar preceptos normativos superiores. En tanto acto administrativo de carácter general, los pliegos de condiciones derivan su legitimidad y fuerza vinculante, de su ajuste a la legalidad que la gobierna.

Si el ente licitante se apartara de la prescriptiva legal que le impone actuar en consecuencia, el acto jurídico de selección del contratista estaría viciado de nulidad absoluta por violentar su causa y transgredir su reglamento, vicio que se transmitiría al contrato celebrado en contravención de la "ley del concurso".

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha dejado sentado¹⁰:

*"Pliego de Condiciones, definición y elaboración. (...) Se puede definir como el conjunto de reglas que elabora exclusivamente la administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal. Se trata de un acto de contenido general, que fija los parámetros para comparar las propuestas presentadas por los oferentes y que permite regular los derechos y obligaciones que emanan del contrato. De ahí que no sea un simple acto de trámite, **sino un verdadero acto administrativo** mediante el cual se plasma una declaración de inteligencia y voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, máxime cuando los pliegos tienen esencialmente un contenido normativo por ser la ley de la licitación y la ley del contrato.*

"(...).

"Ahora bien, aún cuando la ley le confiere a la administración pública la facultad de autorregular sus propios intereses a través de los pliegos de condiciones, de todas maneras la misma ley, inspirada en valores superiores y principios fundantes de la contratación estatal, establece un conjunto de normas con carácter de ius cogens para ordenar imperativamente los lineamientos básicos a los cuales se somete el procedimiento de formación contractual."

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-713 de agosto 23 de 2006. M.P.: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

3.1 Los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEALP0012010 y la violación legal.

Establecida como ha quedado, la privativa y excluyente competencia legislativa para atribuir capacidad legal o capacidad de obrar con efectos en derecho en nuestro ordenamiento, y siendo indiscutible la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones de una licitación pública, de la cual se desprende, en tanto acto administrativo, la imperativa necesidad de su sujeción a la ley, so pena de resultar viciado de nulidad absoluta su contenido, así como los demás actos producidos con fundamento en su normativa.

De esta manera, y de conformidad con el principio de legalidad que gobierna la actividad administrativa, **NO PODRÁ** el ente público licitante, **ADICIONAR, CERCENAR O MODIFICAR** los preceptos legales que determinan los sujetos de derecho a quienes el legislador les atribuye la capacidad jurídica para concurrir a la celebración de contratos con el Estado, esto es, no podrá la administración contratante, acudir al expediente del Acto Administrativo para **CREAR SUJETOS CONTRACTUALES** que la ley, sencillamente no previó, y mucho menos para, como es el caso, atribuir, capacidad legal a fenómenos jurídicos del mercado de bienes y servicios, que en ningún caso, y bajo ningún supuesto, pudieran tener la entidad jurídica que les permita por sí o por interpuesta persona adquirir derechos o contraer obligaciones.

En efecto, los pliegos de condiciones de la licitación pública No. **SEALP0012010**, erigen, en sujeto contractual público, **ADICIONANDO** el artículo 6 de la ley 80 de 1993, a los **FONDOS DE CAPITAL PRIVADO**, ubicándolos en la misma posición de "igualdad" que los sujetos habilitados legalmente para celebrar contratos estatales, y atribuyéndoles "derechos" y "prerrogativas" reservados por el legislador para las personas, como titulares naturales de derecho o centros legales de imputación jurídica, y para aquellas figuras asociativas conformadas por **PERSONAS** que sin constituir una entidad jurídica, les concede el legislador la capacidad legal de contratación.

Y en este punto habrá de tenerse en cuenta que constituye también precepto legal, la orden legislativa que **PROHIBE** a la administración disponer de la capacidad jurídica de los sujetos contractuales, en cuanto inhibe la posibilidad de sanear la carencia de la misma. (artículo 5, Ley 1150 de 2007).

Y los pliegos de condiciones de la licitación pública No. **SEALP0012010**, no obstante referir a la **LEY CONTRACTUAL PÚBLICA** al definir la "capacidad jurídica" de los eventuales proponente, así:

"Numeral 1.4 DEFINICIONES

*(j) "Capacidad Jurídica". Para los efectos de la presente Licitación, se entenderá que la capacidad jurídica es aquella condición de las personas naturales o jurídicas relativa a su aptitud **conforme a la Ley aplicable para***

participar en la presente Licitación. En este orden de ideas, se entenderá que para las personas naturales la capacidad será la prevista en el artículo 1502 del Código Civil colombiano y para las personas jurídicas, la prevista en el artículo 99 del Código de Comercio colombiano y siempre que el representante legal cuente con las autorizaciones que conforme a los estatutos sociales deba tener para participar en la presente Licitación. Para los Interesados y Proponentes de origen extranjero se verificará que cumplan con las mismas condiciones previstas en esta definición.”

“(…).

(vv) “Requisitos Habilitantes”. Son la Capacidad Jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y patrimonial de los Proponentes que son, en los términos de la Ley 1150 de 2007 y de este Pliego, los requisitos que deben cumplir los Proponentes para participar en la presente Licitación. El cumplimiento de estos requisitos no dará puntaje a los Proponentes y su cumplimiento será condición sine qua non para evaluar las Ofertas Técnica y Económica del Proponente.

Sin embargo, en el mismo numeral, y de forma por demás arbitraria e inexplicable, adiciona la lista, con los Fondos de Capital Privado,:

(w) “Estructura Plural”. Es la unión de personas naturales o jurídicas nacionales y/o extranjeras y/o Fondos de Capital Privado bajo Consorcio, Unión Temporal, Promesa de Sociedad Futura, SPV o cualquier otra forma de asociación, para presentar Propuesta de forma conjunta como un solo grupo bajo la presente Licitación.

“Para fines de claridad únicamente, también se considerará como Estructura Plural aquella Promesa de Sociedad Futura o SPV que sea o prometa ser una sociedad por acciones simplificada con un único accionista.

Y lo que sí resulta inexplicable, es que los mismos pliegos de condiciones reconocen expresamente que los FONDOS DE CAPITAL PRIVADO, a quienes atribuye la calidad de PROPONENTES Y EVENTUALES CONTRATISTA DEL ESTADO, NO SON PERSONAS JURÍDICAS NI SUJETOS DE DERECHO AL CITAR LA NORMA QUE LOS DEFINE, y aún más, los diferencia de las personas y de los otros sujetos contractuales habilitados legalmente. He aquí la regulación viciada:

(aa) “Fondo de Capital Privado”. Son (i) aquellas carteras colectivas cerradas que se constituyan en Colombia en los términos y condiciones previstos en el decreto 2175 de 2007 y que además cumplan con los requisitos señalados por la Superintendencia Financiera de Colombia para ser una inversión admisible de los recursos de los fondos de pensiones, y (ii) aquellos fondos constituidos en jurisdicciones diferentes a la colombiana

que cumplan con los requisitos señalados por la Superintendencia Financiera de Colombia para ser una inversión admisible de los recursos de los fondos de pensiones.

(dd) "Interesado". Son las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras y **Fondos de Capital Privado**, o el grupo de personas naturales y/o jurídicas nacionales o extranjeras y/o **Fondos de Capital Privado**, que tienen interés en la presente Licitación pudiendo o no presentar Propuesta.

(qq) "Proponente". Es la persona natural o jurídica o **Fondo de Capital Privado**, nacional o extranjero, o la Estructura Plural, que presentan Propuesta en la presente Licitación.

"3.2. PARTICIPANTES

"3.2.1. Podrán participar en la presente Licitación y presentar Propuesta (i) personas jurídicas civiles o comerciales, nacionales o extranjeras, de naturaleza pública, mixta o privada, (ii) personas naturales, nacionales o extranjeras, y (iii) **Fondos de Capital Privado**, todos los anteriores ((i), (ii) y (iii)) ya sea de manera individual o bajo Estructuras Plurales. En este último caso, deben informar en su respectiva Propuesta si se constituirán como Estructura Plural a través de Consorcio, Unión Temporal, Promesa de Sociedad Futura, SPV o cualquier otra forma de asociación.

3.2.2. En ningún caso una misma persona (natural o jurídica, nacional o extranjera) o **Fondo de Capital Privado** podrá participar en más de una Propuesta.

Tampoco podrá hacerlo a través de una sociedad controlada o su matriz, tal como estas condiciones se describen en el numeral 3.5 de estos Pliegos, ni a través de personas con las cuales tenga una relación de consanguinidad hasta el tercer grado o tercer grado de afinidad o primero civil, si los Proponentes o miembros de la 1 Estructura Plural fuesen personas naturales, de hacerlo el INCO rechazará todas las Propuestas presentadas en tales condiciones.

"3.3. CAPACIDAD JURÍDICA E INFORMACIÓN.

3.3.1. Interesados Colombianos

(a) *Personas Naturales*: Las personas naturales nacionales deberán acreditar su existencia mediante la presentación de copia de su cédula de ciudadanía.

(b) *Personas Jurídicas Civiles o Comerciales*: Las personas jurídicas civiles o comerciales de naturaleza privada, constituidas conforme a la legislación colombiana y con domicilio en Colombia, y las personas jurídicas

colombianas de carácter mixto, entendidas como aquellas entidades conformadas bajo las Leyes de la República de Colombia, que a pesar de contar con participación estatal, en razón de sus características y/o de la proporción de tal participación, por virtud de la Ley deban someterse al régimen de derecho privado, trátense de entidades del orden nacional o territorial, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

(i) Deberá presentar un original del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su domicilio.

El certificado deberá haber sido expedido máximo sesenta (60) Días antes contados desde la fecha de presentación de la Propuesta. Con este certificado se deberá acreditar:

(1) la existencia y representación legal

(2) la Capacidad Jurídica del representante legal para la presentación de la Propuesta y para la suscripción del Contrato;

(3) que su objeto social principal o complementario permite a la persona jurídica la celebración y ejecución del Contrato. Para estos efectos, la autorización se entiende contenida dentro de las autorizaciones generales otorgadas para comprometer a la sociedad.

(4) que se han constituido con anterioridad a la Fecha de Cierre de la presente Licitación, y que el término de duración es por lo menos igual al Plazo Total Estimado del Contrato y cinco (5) años más.

(ii) Cuando el representante legal tenga limitaciones estatutarias para presentar la Propuesta, suscribir el Contrato o realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de Propuesta, la participación en la Licitación y/o para la contratación en caso de resultar Adjudicatario, se deberá presentar en la Propuesta 1 un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente, que autorice la presentación de la Propuesta, la celebración del Contrato y la realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar Adjudicatario.

(iii) En los casos en que el vencimiento del período de duración de la persona jurídica sea inferior al plazo exigido, se admitirá un acta proveniente del órgano social con Capacidad Jurídica para tomar esa clase de determinaciones, en la cual se exprese el compromiso en firme de prorrogar la duración de la persona jurídica para alcanzar los plazos aquí previstos, en caso de resultar Adjudicatario y antes de la suscripción del Contrato de Concesión o de la constitución de la sociedad concesionaria si se presenta bajo Promesa de Sociedad Futura. Este compromiso deberá reflejarse en la carta de presentación de la Propuesta (Anexo 5).

(c) Personas jurídicas nacionales de carácter público: Se considerarán personas jurídicas colombianas de carácter público, aquellas entidades conformadas bajo las Leyes de la República de Colombia, que por virtud de

la Ley y/o según la participación estatal que se registre en ellas, deban someterse al régimen de derecho público, trátense de entidades del sector central o descentralizadas, del orden nacional o territorial, las cuales deberán cumplir con los siguientes requisitos:

(i) Los documentos, actos administrativos y Leyes que conforme a la Ley Colombiana sean exigibles para acreditar:

(1) su existencia y representación legal, salvo que dicha existencia y representación se deriven de la Constitución o de la Ley.

(2) que tiene Capacidad Jurídica para la celebración y ejecución del Contrato de Concesión.

(3) que su representante legal tiene Capacidad Jurídica y presupuestal para presentar la Propuesta y comprometer al ente público correspondiente.

(4) que han sido creadas o que se han constituido con anterioridad a la Fecha de Cierre de la presente Licitación.

(ii) Los documentos presentados deberán haber sido expedidos en cada caso por la autoridad competente, con las formalidades y requisitos exigidos por la Ley para su eficacia y oponibilidad ante terceros.

En todo caso, deberá presentarse por lo menos la autorización para la suscripción del Contrato de Concesión, impartida por el órgano competente, y las Vigencias Futuras correspondientes, según las inversiones y gastos que la entidad se proponga realizar para la ejecución del Contrato, siempre que así lo exija el régimen presupuestal que le resulte aplicable.

3.3.2. Interesados Extranjeros

(a) Para los efectos previstos en este numeral, se consideran Interesados de origen extranjero las empresas que no hayan sido constituidas de acuerdo con la legislación colombiana, sea que tengan o no domicilio en Colombia a través de sucursales, y las personas naturales que no tengan la nacionalidad colombiana.

(b) Para todos los efectos, las Propuestas de Interesados de origen extranjero se someterán a la legislación colombiana, sin perjuicio de lo cual, para su participación deberán cumplir con las siguientes condiciones:

(i) *Personas Naturales:* Las personas naturales extranjeras, deberán acreditar su existencia mediante la presentación de copia de su pasaporte, y si se encuentra residenciado en Colombia, mediante la presentación de copia de la Cédula de Extranjería expedida por la autoridad competente.

(ii) *Personas Jurídicas:* Las personas jurídicas extranjeras deberán cumplir los siguientes requisitos:

(1) Acreditar su existencia y representación legal, para lo cual deberá presentar un documento expedido por la autoridad competente en el país de su domicilio, expedido por lo menos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la Fecha de Cierre, en el que conste su existencia, objeto, fecha de constitución (que en todo caso deberá ser anterior a la Fecha de

Cierre), vigencia, nombre del representante legal de la sociedad o de la persona o personas que tengan la Capacidad Jurídica para comprometerla y sus facultades señalando expresamente, si fuere el caso, que el representante no tiene limitaciones para presentar la Propuesta. En el evento en que conforme a la jurisdicción de incorporación del Interesado extranjero no hubiese un documento que contenga la totalidad de la información, presentarán los documentos que sean necesarios para acreditar lo solicitado en el presente literal expedidos por las respectivas autoridades competentes. Si en la jurisdicción de incorporación no existiese ninguna autoridad o entidad que certifique la información aquí solicitada, el Proponente extranjero deberá presentar una declaración juramentada de una persona con Capacidad Jurídica para vincular y representar a la sociedad en la que conste que (A) no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado en el presente numeral; y (B) la información requerida en el presente numeral; y (C) la Capacidad Jurídica para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay.

(2) Acreditar que su objeto social principal o complementario permite la celebración y ejecución del Contrato, para lo cual presentará un extracto de sus estatutos sociales o un certificado del representante legal o funcionario autorizado (esta persona deberá aparecer en los documentos señalados en el numeral (1) anterior). Para estos efectos, la autorización se entiende contenida dentro de las autorizaciones generales otorgadas para comprometer a la sociedad.

(3) Acreditar la suficiencia de la Capacidad Jurídica de su(s) representante(s) legal(es) o de su(s) apoderado(s) especial(es) en Colombia para la suscripción del Contrato, para lo cual presentará un extracto de sus estatutos sociales o un certificado del representante legal o funcionario autorizado (esta persona deberá aparecer en los documentos señalados en el numeral (1) anterior).

(4) Acreditar que su duración es por lo menos igual al Plazo Total Estimado del Contrato de Concesión y cinco (5) años más, para lo cual presentará un extracto de sus estatutos sociales o un certificado del representante legal o funcionario autorizado (esta persona deberá aparecer en los documentos señalados en el numeral (1) anterior).

(5) Si (i) el(los) representante(s) legal(es) tuviere(n) limitaciones estatutarias para presentar la Propuesta o suscribir el Contrato de Concesión y en general para efectuar cualquier acto derivado del proceso licitatorio o de su eventual condición de adjudicatario, deberá adjuntarse una autorización del órgano social competente de la sociedad en la cual se eliminen dichas limitaciones (se entenderá que se verificará la limitación respecto de la(s) persona(s) que esté(n) facultada(s) para actuar en el presente proceso y no respecto de aquellos representantes que no estén representando al Proponente en la presente Licitación, de manera que la limitación solamente deberá levantarse respecto de aquél(aquellos) representante(s) que suscriban documentos que sean presentados en la

Propuesta), o (ii) si la duración de la sociedad no fuese suficiente en los términos de estos Pliegos, se adjuntará un documento en el que conste que el órgano social competente ha decidido aumentar el plazo de la sociedad en caso de resultar Adjudicatario y antes de la suscripción del Contrato de Concesión o de la constitución de la sociedad concesionaria si se presenta bajo promesa de sociedad futura.

(6) Adicionalmente a lo exigido 1 en los numerales (1) a (5) anteriores, si la Propuesta fuera suscrita por una persona jurídica extranjera a través de la sucursal que se encuentre abierta en Colombia y/o por el representante de ésta, deberá acreditarse la Capacidad Jurídica de la sucursal y/o de su representante, mediante la presentación del original del certificado de existencia y representación legal en una fecha de expedición máximo de un (1) mes antes de la Fecha de Cierre del presente proceso licitatorio por la Cámara de Comercio de la ciudad de la República de Colombia en la cual se encuentre establecida la sucursal. Cuando el representante legal de la sucursal tenga limitaciones para presentar la Propuesta, suscribir el Contrato o realizar cualquier otro acto requerido para la contratación en caso de resultar Adjudicatario, se deberá presentar en la Propuesta copia del acta en la que conste la decisión del órgano social competente correspondiente de la sociedad extranjera, que autorice la presentación de la Propuesta, la celebración del Contrato y la realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar Adjudicatario.

(iii) Documentos otorgados en el Exterior .

(1) Consularización. De conformidad con lo previsto en el artículo 480 del Código de Comercio, los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes. Tratándose de sociedades, al autenticar los documentos a que se refiere el mencionado artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país.

(2) Apostilla. Cuando se trate de documentos de naturaleza pública otorgados en el exterior, de conformidad con lo previsto en la Ley 455 de 1998, no se requerirá del trámite de consularización señalado en el numeral (1) anterior, siempre que provenga de uno de los países signatarios de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, aprobada por la Ley 455 de 1998. En este caso sólo será exigible la Apostilla, trámite que consiste en el certificado mediante el cual se avala la autenticidad de la firma y el título a que ha actuado la persona firmante del documento y que se surte ante la autoridad competente en el país de origen. Si la Apostilla está dada en idioma distinto del castellano, deberá presentarse acompañada de una traducción oficial a dicho idioma y la firma del traductor legalizada de conformidad con las normas vigentes.

(3) Los Proponentes provenientes de aquellos países signatarios de la Convención de La Haya citada en el numeral (2) anterior podrán optar, como procedimiento de legalización de los documentos otorgados en el exterior, la consularización descrita en el numeral (1) anterior o la Apostilla descrita en el numeral (2) anterior.

(4) Los Anexos a estos Pliegos que deben entregar los Proponentes, no deberán contar con el procedimiento descrito en los numerales (1) o (2) anteriores.

(5) La consularización o Apostilla de los documentos otorgados en el exterior deberán presentarse en original so pena de tenerse como no presentadas.

(iv) Apoderado

(1) Las personas naturales extranjeras sin residencia en Colombia, y las personas jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia, deberán acreditar un apoderado domiciliado en Colombia, debidamente facultado para presentar la Propuesta, participar y comprometer a su representado en las diferentes instancias de la Licitación, suscribir los documentos y declaraciones que se requieran, así como el Contrato, suministrar la información que le sea solicitada, y demás actos necesarios de acuerdo con el presente Pliego.

(2) Dicho apoderado podrá ser el mismo apoderado único para el caso de personas extranjeras que participen en Estructuras Plurales y en tal caso, bastará para todos los efectos, la presentación del poder común otorgado por todos los participantes de la Estructura Plural con los requisitos de autenticación, consularización y traducción exigidos en el Código de Comercio de Colombia. El poder a que se refiere este párrafo podrá otorgarse en el mismo acto de constitución de la Estructura Plural.

(3) Para fines de claridad únicamente, las personas naturales y jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia podrán designar a más de una persona como su apoderado en Colombia, caso en el cual podrá indicar a su entera discreción las condiciones o las limitaciones a los apoderados. En todo caso, si no se precisan tales condiciones y/o limitaciones, el INCO presumirá que cualquiera de los apoderados podrá suscribir y vincular al Proponente extranjero sin domicilio en Colombia que no sea Estructura Plural.

(v) Reciprocidad.

(1) La reciprocidad aplica para aquellos Proponentes e integrantes de Estructuras Plurales extranjeros que deseen el tratamiento de proponente nacional. Las sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia o las personas naturales extranjeras no residentes en el país que presenten Propuesta, recibirán el mismo tratamiento que los nacionales, siempre que exista un acuerdo, tratado o un convenio entre el país de su nacionalidad y Colombia, en el sentido de que a las ofertas de servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

(2) *En el supuesto de no existir los mencionados acuerdos, el Proponente o miembro de la Estructura Plural deberá incluir dentro del sobre 1 un certificado emitido por la respectiva Misión Diplomática Colombiana, en la cual conste que los Proponentes colombianos gozan de la oportunidad de participar en los procesos de contratación pública en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales de su país.*

(3) *En todo caso, la inexistencia del acuerdo o certificación mencionados no restringe la participación de sociedades o personas extranjeras, ni constituye causal de rechazo de su Propuesta.*

(4) *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 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.*

3.3.3. Fondos de Capital Privado. Los Fondos de Capital Privado deberán acreditar los mismos elementos de Capacidad Jurídica que las sociedades nacionales o extranjeras según si el fondo es colombiano o extranjero. Por lo tanto deberán cumplir con lo siguiente:

(a) Si el Fondo de Capital Privado es colombiano, deberá presentar una certificación suscrita por el gerente del Fondo de Capital Privado o el representante legal del gestor profesional en la que conste el cumplimiento de ser inversión admisible para los fondos de pensiones colombianos. Para los Fondos de Capital Privado Extranjeros esta certificación será otorgada por el gestor profesional (fund manager).

(b) El Fondo de Capital Privado deberá haberse constituido antes de la Fecha de Cierre (es decir que para el caso colombiano se deberá haber radicado el reglamento en la Superintendencia Financiera de Colombia y para los extranjeros se deberá haber constituido el vehículo) y tener en sus objetivos de inversión, la inversión en Proyectos de Infraestructura. Lo cual será certificado por la sociedad administradora del Fondo o su fund manager si el fondo es extranjero.

(c) La Capacidad Jurídica para participar en la Licitación se acreditará mediante un extracto del acta del comité de inversiones del fondo en el que se autorice al fondo y a su gerente, gestor profesional o fund manager, según sea el caso, a participar en la Licitación, solos o conjuntamente con terceros. En el acta no deberá constar el monto de participación del Fondo de Capital Privado, y si el monto autorizado consta en la misma acta, se deberá omitir dicho aparte en el extracto.

En ningún caso, la participación del Fondo de Capital Privado podrá estar condicionada.

(d) La duración remanente del Fondo de Capital Privado deberá ser por lo menos un año más al plazo previsto para la Fase de Construcción del Contrato de Concesión.

Resulta inexplicable la normativa de los pliegos de condiciones de la licitación de la referencia, al exigir a los FONDOS DE CAPITAL PRIVADO, acredita una supuesta CAPACIDAD JURÍDICA con requisitos de prueba de INVERSIÓN, que en nada se compadece con las exigencias legales que demanda de quienes sí constituyen, de conformidad con la ley, SUJETOS CONTRACTUALES.

Es exhaustivo el pliego de condiciones al exigir la prueba de la capacidad legal de las personas (naturales o jurídicas), consorcios y uniones temporales para concurrir a este proceso de selección, todo con ajuste a las disposiciones legales vigentes. No hace lo mismo, y mal podría hacerlo, pues se trataría en este caso de requerimientos de imposible cumplimiento por quien no ostenta la condición jurídica de sujeto de derecho, de quienes se limita a pedir información sobre la actividad de inversión QUE SOBRE ELLOS y CON ELLOS realizan sus administradores.

4. Los Fondos de Capital Privado: Carecen de capacidad legal para celebrar contratos.

Para llegar a las conclusiones consignadas en este escrito, no se requieren de mayores elucubraciones. Basta con citar el contenido de las normas que definen y regulan los Fondos de Capital Privado y las interpretaciones de las autoridades sobre su contenido y alcance, para concluir la imposibilidad de predicar de los mismos, la capacidad legal que los habilite para celebrar contratos en general, y con el Estado en particular.

Definidos por el Decreto 2175 de junio 13 de 2007, "Por el cual se regula la administración y gestión de las carteras colectivas", como:

"DE LOS FONDOS DE CAPITAL PRIVADO

Artículo 80. Ámbito de aplicación del presente título. Los fondos de capital privado a que se refiere el presente título solo podrán ser administrados por sociedades comisionistas de bolsa de valores, sociedades fiduciarias y sociedades administradoras de inversión.

Las sociedades mencionadas, en relación con la administración de fondos de capital privado, únicamente estarán sujetas a lo previsto en el presente título.

Artículo 81. Definición de fondos de capital privado. Se considerarán fondos de capital privado las carteras colectivas cerradas que destinen al menos las dos terceras partes (2/3) de los aportes de sus inversionistas a la adquisición de activos o derechos de contenido económico diferentes a valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE.

Los Fondos de Capital Privado, son en últimas, productos ofrecidos por el mercado de capitales, como opciones de inversión, son sencillamente cuentas manejadas por agentes financieros, que se integra con recursos dinerarios aportados por inversionistas calificados, con el propósito de invertir en empresas con potencial de desarrollo, y lograr su valorización y asegurar su competitividad.

La Superintendencia Financiera en reiteradas ocasiones, dando alcance a la normativa que regula estos instrumentos de financiación e inversión, ha sido incisiva en el reconocimiento de su naturaleza jurídica que le niega toda capacidad para interactuar con entidad y autonomía en el mercado de capitales.

A los efectos de este estudio, se destacan los siguientes pronunciamientos de la Superintendencia Financiera:

- Concepto 2008070974-001 del 11 de noviembre de 2008.

Síntesis: Los fondos de capital privado son definidos como carteras colectivas cerradas que destinen al menos dos terceras partes de los aportes de sus inversionistas a la adquisición de activos o derechos de contenido económico diferentes a valores inscritos en el RNVE. Están concebidos en Colombia como alternativas de financiamiento y gestión para pequeños y medianos empresarios que no tienen acceso a deuda, interesados en reforzar su estructura financiera mediante inyección de capital y mejores prácticas corporativas. Las inversiones admisibles para esos vehículos de inversión se circunscriben a la inversión en empresas o en proyectos productivos, pero necesariamente haciéndose partícipe, coadministrando y asumiendo directamente los riesgos del negocio.

“Los fondos de capital privado son definidos en el artículo 81 del Decreto 2175 de 2007 como: “carteras colectivas cerradas que destinen al menos las dos terceras partes (2/3) de los aportes de sus inversionistas a la adquisición de activos o derechos de contenido económico diferentes a valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores – RNVE.”

“A su vez, el artículo 85 ídem contempla su política de inversión la cual debe estar definida claramente en el reglamento antes de que el fondo inicie

operaciones. En concordancia con el artículo 22 del decreto citado, el plan de Inversiones contenido en la política de inversión debe también indicar el objetivo de la cartera colectiva, esto es, indicar de manera general el propósito que tienen los inversionistas cuando decidieron participar en determinada empresa o determinado proyecto, sin olvidar que mínimo 2/3 partes de su inversión conjunta debe destinarse a la adquisición de activos o derechos de contenido económico que no estén inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores .

"Lo anterior se dispuso así por parte del ejecutivo en aras de promover la eficiencia y desarrollo del mercado, cometido legal impuesto en el artículo 1° de la Ley 964 de 2005. Para explicarlo mejor, los fondos de capital privado están concebidos en Colombia como alternativas, no sólo de financiamiento, sino también de gestión idónea, dirección estratégica y contactos para aquellos pequeños y medianos empresarios que no tienen acceso a deuda, pero que están interesados en reforzar su estructura financiera a través de la inyección de capital y mejores prácticas corporativas.

"(...).

"En este orden de ideas, en el contexto del título XII del Decreto 2175 de 2007 (Interpretación sistemática), consideramos que las inversiones admisibles para esos vehículos de inversión se circunscriben a la inversión en empresas o en proyectos productivos, pero necesariamente haciéndose partícipe, coadministrando y asumiendo directamente los riesgos del negocio.

"De no ser así, sencillamente se desdibuja la figura de tales fondos, en tanto en cuanto, las sociedades administradoras bien podrían utilizar el vehículo para realizar inversiones que puedan tomar la forma de cartera colectiva, pero sin autorización previa y supervisión por parte del Estado.

"(...).

"La política de inversión así descrita se identifica en gran medida con el objeto, naturaleza y desarrollo de las inversiones de los fondos de capital privado en el mundo. Bajo esa dinámica, los fondos de capital privado han dado mayor preponderancia a la inversión en empresas no inscritas en bolsa buscando de esta forma grandes rendimientos en su transformación, su desarrollo, y en un proceso posterior, la transacción de sus participaciones en el mercado bursátil.

"En el mismo sentido, la asociación británica de fondos de capital privado y de capital de riesgo (BVCA) definió este tipo de vehículos como la financiación de mediano o largo plazo para compañías con alto potencial de crecimiento a cambio de asumir riesgo en su capital accionario.

"Lo anterior es compartido por la doctrina al exponer que la inversión en empresas, es la parte central y más importante de la actividad de inversión de

los fondos de capital privado, toda vez que el origen de estos vehículos fue dado para desarrollar el sistema de financiación empresarial, propender por el crecimiento y fortalecimiento de las compañías y generar de esta manera un impacto positivo en el desarrollo económico general.

(...).

- **Concepto 2007047819-001 del 21 de septiembre de 2007**

"5. a) Correcta interpretación del numeral 5 del artículo 66 del Decreto 2175 de 2007 referente a la prohibición de constituir garantías con las participaciones en una cartera colectiva a favor de la sociedad administradora.

"El numeral 5 del artículo 66³ del Decreto 2175 de 2007, busca preservar la independencia y autonomía de los derechos de los inversionistas generados de la inversión en una cartera colectiva, sobre las obligaciones contraídas con la sociedad administradora.

"De conformidad con lo anterior y con el objeto de evitar restricciones al ejercicio derivado de la inversión en una cartera colectiva por parte del inversionista o sus beneficiarios, no se podrán entregar en garantía de créditos los derechos derivados de la mencionada inversión a favor de la sociedad administradora.

- **Concepto 2006058624-001-000 del 3 de noviembre de 2006 del Superintendente Delegado para Emisores Portafolios de Inversión y Otros Agentes. Superintendencia Financiera de Colombia.**

"Las sociedades administradoras se abstendrán de realizar cualquiera de las siguientes actividades: (...)

"Aceptar las participaciones en la cartera colectiva como garantía de créditos que hayan concedido a los inversionistas de dicha cartera."

"Artículo 7° Decreto 2175 de 2007 "Mejor Ejecución del Encargo. La sociedad administradora deberá gestionar la cartera colectiva en las mejores condiciones posibles para los adherentes, teniendo en cuenta las características de las operaciones a ejecutar, la situación del mercado al momento de la ejecución, los costos asociados, la oportunidad de mejorar el precio y demás factores relevantes (...)."

Se concluye:

LOS FONDOS DE CAPITAL PRIVADO, CARECEN POR LEY DE CAPACIDAD JURÍDICA PARA CONTRATAR, Y LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO ESTATAL NO TIENEN ENTIDAD NORMATIVA PARA ATRIBUIR CAPACIDAD A INSTITUCIONES JURÍDICAS A LAS QUE LA LEY NO SE LA HA RECONOCIDO.

DE MODO QUE LAS ESTIPULACIONES DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES QUE ADMITEN UN "SUJETO CONTRACTUAL" NO DEFINIDO COMO TAL EN LAS LEYES ES NULA DE NULIDAD ABSOLUTA. Y RECUÉRDESE QUE NO PERMITE LA LEY SANEAR LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS JURÍDICOS, Y EN MATERIA CONTRACTUAL PÚBLICA EXISTE EXPRESA PROHIBICIÓN DE SANEAMIENTO DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD LEGAL PARA CONTRATAR (LEY 1150 DE 2007, ARTÍCULO 5).

COSA DISTINTA ES QUE SE PERMITA LA PARTICIPACIÓN DE LOS FONDOS DE CAPITAL PROIVADO COMO INSTRUMENTOS DE FINANCIACIÓN DE UN PROYECTO ESTATAL, O EN SU CONDICIÓN DE VEHÍCULOS DE INVERSIÓN, QUE ES LO QUE REALMENTE SON, POSIBILIDAD DE LA QUE MAL PUDIERA DEDUCIRSE LA "CAPACIDAD JURÍDICA" DE LA CUENTA, PARA ACTUAR COMO PROPONENTE Y CONTRATISTA DEL ESTADO. Así, y en esas condiciones lo reconoce la superintendencia financiera en concepto atrás citado:

"De otra parte, también en concordancia con el artículo 85 del Decreto 2175 de 2007, vemos como inversión admisible para los fondos de capital privado, la participación en proyectos, entendido éste último término en el contexto del ámbito de los negocios de inversión.

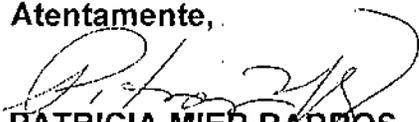
"En este orden, como en la mayoría de los negocios financieros, un proyecto como una consecución de actos ordenada a un fin, debe entenderse en el ámbito de las posibilidades de inversión que tienen los fondos de capital privado como un proceso que lleva inmerso el elemento riesgo.

"Así pues, proyectos de infraestructura, verbigracia, la construcción de puertos, aeropuertos, puentes, carreteras; la inversión en desarrollo de nuevas tecnologías, software, invenciones, etc., necesitan capital líquido a través de un vehículo que participe en el riesgo del proyecto, sin tener que acudir en mayor medida a la liquidez que pueda suministrarle una entidad

*financiera bajo la forma jurídica de mutuo con intereses, descuento de cartera, etcétera.*¹¹

Por todo lo anterior, con todo respeto solicito al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, estudiar los aspectos de índole legal que someto a su consideración y adoptar las medidas que considere conducentes a fin de guardar la legalidad del proceso de selección de contratistas No. SEALP0012010.

Atentamente,



PATRICIA MIER BARROS
C.C. 41.764.704 de Bogotá
T.P. 54.244 del CSJ.

¹¹ Concepto 2008070974-001 del 11 de noviembre de 2008.

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

MEMORANDO

DE: HUGO PALACIOS MEJÍA 
Estudios Palacios Lleras S.A.
PARA: JULIO CÉSAR ARANGO CORTÉS
Gerente general del INCO
FECHA: 19 de julio de 2010
ASUNTO: Ruta del Sol-Tramo 3.

I.-OBJETO.

Algunos proponentes me han hecho el favor de pedirme que dirija a usted una opinión acerca de los siguientes asuntos, en el marco de la licitación número SEA-LP-001-2010 del INCO:

1.- La primera consulta se refiere a la forma de acreditar la experiencia de los proponentes en la licitación, cuando no disponen, por sí mismos, de ella. El pliego se refiere a este asunto en los numerales 3.5.1., 3.5.2 y 3.6.7. Se pregunta por la relación entre las definiciones de "control" y "matriz" que contiene el pliego, y las que contiene el Código de Comercio; para precisar si tales relaciones pueden considerarse establecidas, para efectos del pliego, en forma directa entre sociedades que están en relaciones de control, o si pueden establecerse a través de varias sociedades intermedias. De la misma manera se pregunta si es permitido acreditar experiencia por haber hecho parte de una asociación, cuando quien fue parte de ella no es el proponente mismo sino una entidad vinculada con él por relaciones de control. Y finalmente, se pregunta si es posible combinar los procedimientos para acreditar experiencia que aparecen en los numerales 3.5.1 y 3.5.2 con los del numeral 3.6.7.

2.- Se consulta acerca de la participación de los fondos de capital privado como proponentes o dentro de las "estructuras plurales" de proponentes. Si tales fondos no son "personas jurídicas", ¿es legal que el pliego las acepte como parte de las estructuras que pueden ser consideradas proponentes? ¿Deben de dejarse de aplicar, por ineficaces de pleno derecho, las partes del pliego que permiten que tales fondos actúen como proponentes?

3.- Se me consulta si el numeral 3.2.2 del pliego, a la luz de las normas constitucionales y legales que regulan la competencia, permite que una estructura plural proponente, en uno de cuyos miembros tiene capacidad directiva una persona, el Dr. William Vélez, actúe como proponente cuando, al mismo tiempo, un consanguíneo próximo del Dr. Vélez –su hermano- contribuye con su voto en la junta directiva de otra sociedad para que ésta actué también como proponente y competidora.

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

Con mucho gusto atiendo esa solicitud y estas consultas. He revisado las partes pertinentes de los documentos a los que se refiere la opinión que expreso en seguida. He visto, también, los informes de evaluación (Respuestas), preparados por el Inco, en las partes relativas a algunos de los temas descritos arriba.

II.-LA EXPERIENCIA : CONTROL Y ASOCIACIÓN.

El título del numeral 3.5 del Pliego es "Acreditación de los requisitos habilitantes de sociedades controladas por el proponente o de la matriz del proponente". En particular, el asunto relativo a la acreditación de experiencia se regula en el numeral 3.6 del pliego. En general, el proponente tiene dos formas de acreditar experiencia a través de otras sociedades, y ellas son: demostrando que existe alguna situación de control con una sociedad experta, o demostrando que ha existido una relación de asociación con expertos. Explicaré que, en ambos casos, la relación debe ser o haber sido directa; y que esas dos formas no pueden combinarse, porque su razón de ser es distinta.

El pliego, en su numeral 3.5.1. establece que el Proponente o los miembros de una "estructura plural" podrán acreditar Requisitos Habilitantes si ellos mismos no los tienen, ("experiencia", en el caso específico de la consulta) a través de otras sociedades (que llamaré "sociedades expertas" para los efectos de este documento) probando que la "sociedad experta" es controladas por ellos, o que la Matriz común es una "sociedad experta", o que la Matriz controla "sociedades expertas". El numeral dice así:

3.5.1. El Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) podrá(n) 26 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

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

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.

Este numeral tiene una definición precisa de "control" y de "matriz" que se refiere sólo a algunos de los casos que el Código de Comercio considera de control, o alguna de las situaciones que dan a una sociedad la condición de "matriz" de otras. En efecto, el numeral indica que su precisa definición de control, y de matriz, deben entenderse en los términos previstos en el Código de Comercio colombiano, pero no dice que las definiciones acogidas en el pliego deben complementarse o añadirse con otras adicionales que el Código contiene, en los artículos 260, 261 y 262, con textos provenientes de la ley 222 de 1995.

El numeral 3.5.1 explica qué es el "control", y qué es una "matriz", pero no se ocupa de definir cómo se prueba el control al que él se refiere. Esta función es la que cumple el numeral 3.5.2.

Entiendo que cuando el pliego dice que "los miembros de una estructura plural" podrán presentar los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, significa que no es la "estructura plural", como conjunto, la que tiene que hacer tal presentación, sino que basta con que uno de sus miembros lo haga.

Para probar que la "sociedad experta" es controlada por el Proponente (término dentro del cual incluyo a los miembros de una "estructura plural") éste debe probar que tiene el 50% o más del capital de la "experta"; o votos suficientes para tener ciertas mayorías decisorias; o capacidad de tomar decisiones en ella, por razón de algún acto o contrato.

Para probar que la "sociedad experta" es Matriz del proponente, debe probarse que la matriz tiene el 50% o más del capital del proponente; o votos suficientes para tener ciertas mayorías decisorias en él; o capacidad de tomar decisiones en él, por razón de algún acto o contrato.

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

Para probar que la matriz controla una "sociedades experta" debe demostrarse, primero, que es matriz del proponente, en los términos que expliqué arriba; y, segundo, que la matriz tiene el 50% o más del capital de la "experta"; o votos suficientes para tener ciertas mayorías decisorias; o capacidad de tomar decisiones en ella, por razón de algún acto o contrato.

No existe una regla que permita aceptar un porcentaje inferior al 50% cuando el criterio del porcentaje de capital es el que se emplea para establecer la situación de control.

En el numeral 3.5.1 no se hace mención alguna a la posibilidad de que existan sociedades intermedias entre el proponente y la "sociedad experta" que él controla; o a que la matriz experta controle al proponente a través de otras sociedades; o a que el control de la "matriz" sobre la "sociedad experta" se ejerza a través de otras sociedades. La redacción del numeral 3.5.1 sugiere que las relaciones a las que ella se refiere son "directas" o "inmediatas", y no "mediatas".

En efecto, hay una diferencia fundamental entre el numeral 3.5.1 del pliego, y los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, en cuanto a los conceptos de "control" y de "matriz". El Código, en estas normas, equipara el "control" de una sociedad por otra con la "subordinación" en la cual está una sociedad respecto de otra. Pero, sobre todo, y en esto quiero hacer énfasis, el Código contiene conceptos de "control" o "subordinación" y de "matriz" en los que toma explícitamente en cuenta la posibilidad de que las relaciones respectivas existan "directamente" o por intermedio de otras sociedades.

En cambio, en el numeral 3.5.1 no se menciona, ni se sugiere siquiera, que el "control" al cual él se refiere se ejercite gracias a sociedades intermedias; todas las hipótesis de control que menciona tienen lugar en forma "directa". No autoriza ese numeral acreditar experiencia por medio de sociedades cuyo control se ejerza a través de varias sociedades, o que ejerzan control por medio de varias sociedades, y no en forma directa.

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

Las definiciones de "control" que proporciona el numeral 3.5.1 coinciden, sin duda, con algunas de las definiciones que pueden extraerse del artículo 261 del Código de Comercio, pero no con todas. Porque, como ya dije, el Código admite situaciones de control indirecto, que, en cambio, el numeral 3.5.1. no contempla en absoluto.

Ahora bien, el numeral 3.5.2 del pliego también se refiere a una situación en la cual los proponentes (término que usaré para incluir, también, los miembros de las "estructuras plurales") que no tienen, por sí mismos, la experiencia requerida, pueden aprovechar la que tiene una tercera sociedad ("sociedad experta"), si demuestran que existe alguna relación de control entre ambas.

Ese numeral 3.5.2. comprende tres hipótesis, según que se trate de acreditar la experiencia del proponente aprovechando (a) la experiencia de la matriz "experta" que controla un grupo al cual pertenece el proponente; o (b) la experiencia de una "sociedad experta" que el proponente controla; o (c) la experiencia de una "sociedad experta" controlada por la matriz del proponente. Para cada una de esas hipótesis, el numeral admite diversas formas de probar el requisito de control. El numeral dice:

Numeral 3.5.2. del Pliego: El Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) deberá acreditar la situación de control de la siguiente manera:

(a) Si el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de su matriz, la situación de control se verificará (i) en el certificado de existencia y representación legal del Proponente si fuere colombiano o (ii) si el Proponente es extranjero, (1) mediante el certificado de existencia y representación legal del Proponente en el cual conste la inscripción de la situación de control, si la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada tuviere tal certificado y en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción, siempre que en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (3) mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) y de la sociedad controlante; para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas. En el caso

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

previsto en el presente literal (a), la matriz deberá suscribir la Fianza y adjuntarla en la Propuesta.

(b) Si el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales la situación de control se verificará (i) en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada en el cual conste la inscripción de la situación de control si la sociedad controlada es colombiana, (ii) si la sociedad controlada cuya experiencia se acredita es extranjera, se acreditará (1) mediante el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada en el cual conste la inscripción de la situación de control, si la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada tuviere tal certificado y en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción, siempre que en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (3) mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del Proponente y de la sociedad controlada; para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas. En el caso previsto en el presente literal (b), no se deberá suscribir la Fianza.

(c) Si el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por su matriz, la situación de control se verificará (i) en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada por la matriz en el cual conste la inscripción de la situación de control si la sociedad controlada es colombiana (la situación de control de la matriz sobre el Proponente se deberá verificar el certificado de existencia y representación legal), (ii) si la sociedad controlada por la matriz cuya experiencia se acredita es extranjera, se acreditará (1) mediante el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada en el cual conste la inscripción de la situación de control de la matriz, si la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada tuviere tal certificado 1 y en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción, siempre que en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (3) mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del Proponente, la matriz del Proponente y de la sociedad controlada; para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas. En el caso, previsto en el presente literal (c), la matriz deberá suscribir la Fianza y adjuntarla en la Propuesta.(subraya fuera de texto)

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

En mi opinión, el literal "c" exige demostrar que la Matriz del proponente tiene "control" –en los porcentajes que exige el numeral 3.5.1.- sobre la "sociedad experta" cuya experiencia desea aprovechar el proponente. Y, por supuesto, que es "matriz" del proponente, esto es, que la "matriz" cumple respecto de él los requisitos dispuestos en el numeral 3.5.1 para tener tal calidad.

Ahora bien, no encuentro en el numeral 3.5.2 ninguna referencia a la posibilidad de acreditar un "control" indirecto, esto es, en el que la sociedad controlante tenga tal carácter, no por virtud de su relación directa con la controlada, sino a través de otras. En este sentido, encuentro una concordancia perfecta entre los dos numerales, y entre ellos y una de las hipótesis que contienen los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

El Inco, al responder una pregunta sobre el sentido del numeral 3.5.2 del pliego, dijo *"para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas"*. (Las subrayas no son del original).

No veo que la respuesta del Inco implique que el control al que se refiere el numeral 3.5.1 pueda ejercerse por medio de sociedades intermedias; es claro que cuando hay control directo también hay varias sociedades involucradas, la controlante y la controlada, por lo que cada una, en documento separado, podría acreditar esa situación.

¿Cuál es la diferencia entre el numeral 3.5.1 del pliego y el numeral 3.5.2? Ambos numerales, se refieren a eventos en los que exista control entre el proponente y una "sociedad experta" controlada; o al control que ejerce la "matriz experta" del proponente; o al control de la matriz del proponente sobre una tercera "sociedad experta". Sin embargo, se refieren a ese evento de manera distinta.

El numeral 351 contiene definiciones *ad hoc* de los conceptos de "control" y de "matriz", y crea la regla general, en virtud de la cual un proponente

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

puede presentar como propia la "experiencia" –en el caso de esta consulta- que por sí mismo no posee. El numeral bien habría podido decir que el "control" existe en todos los casos previstos en el Código de Comercio, pero se limitó a escoger algunos de esos casos; y a señalar que "Todo lo anterior, -esto es, señalo, la interpretación de las precisas definiciones que el numeral 3.5.1. proporciona- en los términos previstos en el Código de Comercio colombiano".

El numeral 3.5.2 se refiere, en principio, a los mismos eventos aludidos en el numeral 3.5.1, y en ninguna parte se aprecia el propósito de establecer eventos diferentes a los previstos en el numeral 3.5.1. En cambio, se observa que el énfasis se orienta a explicar cómo se prueba el "control", definido en el numeral 3.5.1, en cada una de las diversas alternativas en las que se puede acreditar experiencia a través de una sociedad distinta del proponente. No hay nuevas definiciones de "control", ni remisión a un estatuto o código cualquiera; este último aspecto revela que su propósito es desarrollar los criterios expuestos en el numeral 3.5.1 antes que el de crear alternativas o eventos nuevos de demostración de "experiencia".

Ahora bien, en adición a las hipótesis previstas en los numerales 3.5.1 y 3.5.2, el Pliego también permitió a un proponente, en el numeral 3.6.7, acreditar experiencia, no ya por el hecho de tener una relación de control con una sociedad experta, o estar en tal situación, sino por el hecho de haber formado parte de asociaciones en las que se pudo haber adquirido esta experiencia, si la participación del proponente en la asociación fue, por lo menos, del 20%. El numeral, en la parte pertinente, dice:

3.6.7. Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado), 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.

De nuevo, en este numeral, como en los 3.5.1 y 3.5.2 no se observa mención alguna a la posibilidad de invocar la experiencia por asociación, cuando quien participó en ésta no fue el proponente, sino una sociedad

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

sobre la cual éste puede tener control o que puede tener control sobre él. Tampoco aquí, según el texto, cabe beneficiarse de relaciones indirectas -- a través de otras sociedades interpuestas- entre el proponente y los miembros de la asociación.

Las hipótesis a las cuales se refieren los numerales 3.5.1 y 3.5.2, de una parte, y 3.6.7, de otra, son bien distintas. En la primera, la experiencia habilitante surge de una relación de control; en la segunda, en cambio, surge por el hecho de haber formado parte de una asociación. La circunstancia básica que permite acreditar la experiencia en uno y otro caso es tan distinta, que no cabe asimilación o combinación entre ellas; y cada una tiene su ámbito de aplicación propio.

Pero, además, como he subrayado atrás, tanto en las hipótesis de los numerales 3.5.1 y 352, como en la del numeral 3.6.7 no contemplan los pliegos la posibilidad de que la relación entre el proponente y el controlador, o entre el proponente y los asociados expertos, sea indirecta, esto es, a través de otras sociedades interpuestas.

Es razonable que los pliegos acepten al proponente acreditar experiencia, gracias a la experiencia ajena, en situaciones de control y en situaciones de asociación, porque, en una y otra existe un vínculo directo entre el experto y el proponente. Los vínculos indirectos entre experto y proponente no son, por lo general, suficientes para suponer que el proponente podrá aprovechar en debida forma la experiencia ajena.

III.-PARTICIPACIÓN DE FONDOS DE CAPITAL

El artículo 6 de la Ley 80 de 1.993 dispone:

De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

Solo las personas capaces pueden contratar con el Estado; las uniones temporales y los consorcios también pueden hacerlo, en el entendido de que ellos están formados por personas. No he encontrado norma legal alguna que modifique la ley 80 de 1993 en el sentido de atribuir personalidad jurídica, o capacidad contractual con el Estado, a los fondos de capital privado que hoy son una especie dentro del género "carteras colectivas".

De acuerdo con las normas legales y reglamentarias que rigen los "fondos de capital privado" (Decreto 2175 de 2007), ellos operan gracias a su conexión con una sociedad administradora, sin que tales normas contemplen la posibilidad que, ellos mismos, sean sociedades o personas jurídicas, o puedan servir de constituyentes de sociedades o personas jurídicas. En efecto, según los artículos 98 y 110 del Código de Comercio, se requiere el concurso de personas para formar una sociedad, y los fondos, como acabo de explicar, no tienen tal naturaleza.

El hecho de que las personas que administran un fondo de capital privado participen en una licitación, en su condición de administradoras del Fondo, no permite salvar el hecho de que los fondos no son personas jurídicas. No son los administradores de los fondos quienes asumirían los derechos y obligaciones del contrato estatal. El administrador puede, dentro de ciertos límites, disponer de los recursos del fondo, pero no puede añadirle la naturaleza de persona jurídica, ni capacidad, a quien no la tiene por sí mismo. Y así, por ejemplo, el incapaz es persona, pero sigue siendo incapaz, pese a que otras personas, en los casos previstos por la ley, puedan realizar algunos actos o contratos en su interés. La contratación estatal no es un caso previsto en la ley en que alguien, que ni siquiera es persona, y que por lo tanto carece de capacidad contractual, puede adquirir ambos requisitos a través de otra persona.

Encuentro, por lo tanto, opuesto en forma directa a la ley el hecho de que el numeral 3.2 del pliego permita a los fondos de capital presentar propuestas en la licitación.

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el pliego es un acto administrativo, cuya legalidad se presume y que puede ser aplicado –bajo la responsabilidad de las personas que lo produjeron, y de aquellas que podían conocer de su ilegalidad manifiesta– mientras no sea anulado o suspendido por la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Así dispone el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, la regla del artículo 66 puede tener excepciones, en los casos previstos por la ley, si ella misma dispone que un cierto acto administrativo no produzca efectos –sea ineficaz– en ciertos casos, “de pleno derecho”, esto es, sin necesidad de previa declaración judicial de suspensión o anulación.

Es así como el literal “e” del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 exige que, en el pliego,

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. (Las subrayas no son del original).

Ahora bien, induce a error el pliego cuando, en la definición de “capacidad jurídica”, y en el numeral 3.3., exige que los proponentes tengan la condición de personas capaces –naturales o jurídicas– y, en el numeral 3.2, permite que los fondos de capital privado, que no son personas, puedan ser proponentes.

Por lo tanto, en vista de que, en el aspecto dicho, el pliego induce a error, se debe aplicar lo dispuesto por el artículo 24, numeral 5, inciso del literal “f”, y según el cual

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral,

Por lo tanto, debe inaplicarse por ineficaz, de pleno derecho, la posibilidad, prevista en el numeral 3.2 del pliego, y según la cual un fondo de capital

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

privado pueda participar como eventual contratista del Estado, directamente o en una "estructura plural".

En consonancia con esta conclusión, el inciso final del artículo 10 del decreto 2474 de 2008 ordena:

(...)

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el Pliego de Condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. (Las subrayas no son del original).

IV.-LA COLUSIÓN EVENTUAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Algunos participantes me informan que un profesional tiene, personalmente, capacidad de dirección en uno de los miembros de una "estructura plural" proponente y que, al mismo tiempo, uno de sus hermanos participó en la decisión de presentar propuesta en la misma licitación, votando en la junta directiva de otra sociedad que se ha presentado como proponente. Se me consulta si la prohibición del numeral 3.2.2 del pliego se aplica en ese caso.

Antes de entrar a responder en forma directa esa consulta, creo necesario recordar que, de acuerdo con el artículo 47, numeral 9, del decreto 2153 de 1992, se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, y por tanto ilícitos,

Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. (Las subrayas no son del original).

Y son "acuerdos" según el artículo 45, numeral 1, del mismo decreto,

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. (Las subrayas no son del

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

original).

En una investigación que tuvo lugar en la Superintendencia de Industria y Comercio, y en la cual se expidió la resolución 1055 del año 2009, la Superintendencia argumentó (página 16) que una conducta realizada por los investigados era contraria a la competencia en cuanto creaba una posibilidad de que una licitación fuera adjudicada a alguno de los partícipes del acuerdo, restando oportunidad a los demás participantes de ser seleccionados; y en cuanto hacía que la multiplicidad de intereses en competencia resultara ilusoria (página 18).

Las conductas que fueron entonces objeto de investigación no son, ciertamente, similares a las que se me han relatado –en el caso de la resolución 1055 varias personas se presentaban a un proceso de selección, que permitía presentar ofertas; y cuando eran seleccionadas, algunas se abstendían, al final, de participar en la licitación- pero, aparentemente, podrían llevar a los mismos resultados restrictivos de la competencia que la Superintendencia identificó en ese caso, y a los que me referí en el párrafo anterior.

Parece razonable suponer que los dos señores Vélez participaron, cada uno dentro de su esfera de influencia, en la fijación de términos de las propuestas, y que haya habido, al menos, una práctica “conscientemente paralela” entre las empresas en los que ellos participan. Es decir, los hechos que se me han relatado sugieren, por lo menos, la necesidad de una investigación acerca de una eventual colusión entre las personas aludidas.

Ahora bien, destacando la utilidad de tener en cuenta las normas y principios a los que acabo de referirme, para responder su consulta es preciso referir que el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones establece:

“3.2.2. En ningún caso una misma persona (natural o jurídica, nacional o extranjera) o Fondo de Capital Privado podrá participar en más de una Propuesta.

Tampoco podrá hacerlo a través de una sociedad controlada o su matriz, tal como estas condiciones se describen en el numeral 3.5 de estos Pliegos, ni a

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

través de personas con las cuales tenga una relación de consanguinidad hasta el tercer grado o tercer grado de afinidad o primero civil, si los Proponentes o miembros de la Estructura Plural fuesen personas naturales, de hacerlo el INCO rechazará todas las Propuestas presentadas en tales condiciones”.

Para atender la consulta, considero indispensable tener en cuenta que, según el artículo 23 de la ley 80 de 1993,

DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

¿Cuáles son los postulados de la función administrativa a los que alude el artículo 23? La respuesta aparece en el artículo 209 de la Constitución, según el cual:

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (La subraya no es del original).

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

De modo que el artículo 23 de la ley 80 obliga a interpretar el numeral 3.2.2 del pliego en forma concordante con el “principio de igualdad”. Esto es, a interpretarlo en tal forma que, en las circunstancias concretas de la licitación, se garantice un trato igualitario a todos los participantes.

Y, en concordancia con la regla del artículo 23 y la Constitución, el parágrafo del artículo 30 de la ley 80 indica:

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

PARAGRAFO. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.

De modo que todas las normas del pliego deben interpretarse en forma que favorezcan la "igualdad de oportunidades"; y, por ende, la palabra "participación" que incluye el numeral 3.2.2. debe interpretarse en tal forma que cualquier "participación" de una persona en una licitación pública sea conforme con el principio constitucional de igualdad.

En efecto, tanto el artículo 23, como el párrafo del artículo 30, hacen referencia, tácita o explícita, al "principio de igualdad", que tiene categoría constitucional, por disposición del artículo 13 de nuestra Carta Política.

Por todo lo dicho, el numeral 3.2.2 del pliego debe interpretarse en forma tal que permita dar efectividad al "principio de igualdad". Y parece que la situación de hecho que me ha sido descrita daría un privilegio no justificado al Dr. Vélez. Por eso, salvo que pudiera establecerse en forma inequívoca que los hechos que me han sido referidos no ponen en situación de privilegio al Dr. Vélez, esos hechos implican una "participación" en dos propuestas, prohibida en el numeral 3.2.2, interpretado en la forma que ordenan la Constitución y la ley.

Con mucho gusto, si lo considera necesario, atenderé solicitudes de ampliar o aclarar este concepto.

De usted, atentamente,



HUGO PALACIOS MEJÍA
Estudios Palacios Lleras S.A.S.

SUESCUN & DE BRIGARD
ABOGADOS CONSULTORES

Tel.: (57 1) 540 0222 Fax: (57 1) 235 4827
E-mail: sdeb@cable.net.co

Carrera 12 No. 70-31
Bogotá, Colombia

Bogotá, D.C., Julio 16 de 2010

Doctor
YEZID AROCHA
CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT
Ciudad



Ref.: Opinión legal Proceso Licitatorio – Ruta del Sol, Sector 3

Apreciado Doctor:

En atención a su solicitud, procedemos a rendir nuestra opinión legal en relación con el siguiente aspecto relacionado con la "LICITACIÓN PÚBLICA No. SEA-LP-001-2010", correspondiente al proyecto Ruta del Sol, Zona 3.

Régimen establecido en los Pliegos de Condiciones en cuanto a la acreditación de experiencia a través de sociedades controladas o mediante la participación en figuras asociativas

El Pliego de Condiciones consagra la posibilidad de acreditar los Requisitos Habilitantes (nos referiremos en adelante exclusivamente a la experiencia en concesiones de Proyectos de Infraestructura), mediante sociedades vinculadas al Proponente o a un miembro de una Estructura Plural o a través de formas asociativas o de vehículos de propósito especial en los que haya tenido participación el Proponente. A este efecto, el Pliego de Condiciones consagró las siguientes alternativas:

1.- Demostrar la referida experiencia acreditando la que sociedades vinculadas con el Proponente o con los miembros de la Estructura Plural hayan tenido en esta clase de proyectos, modalidad regulada bajo el numeral 3.5. de los Pliegos de Condiciones.

Conforme a dicho numeral, podrían presentarse tres tipos de situaciones:

- 1.1.- Acreditar la experiencia obtenida por sociedades controladas por el Proponente (o miembro de la Estructura Plural).
- 1.2.- Acreditar la experiencia de la matriz del Proponente (o miembro de la Estructura Plural).

SUESCUN & DE BRIGARD
ABOGADOS CONSULTORES

- 1.3.- Acreditar la experiencia obtenida por una sociedad controlada por la matriz del Proponente (o miembro de la Estructura Plural).

Para estos efectos, el numeral 3.5.1. del Pliego establece cuándo habrá control, en los siguientes términos: *"(...) 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 miembro de la 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 hubiera, 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."*

Termina el numeral transcrito estableciendo que *"Todo lo anterior, en los términos previstos en el Código de Comercio colombiano."*, con lo cual se incorpora al Pliego el régimen establecido en el Artículo 261 del referido Código para determinar cuándo hay situación de control, disposición que repite estas tres hipótesis contenidas en el referido numeral 3.5.1. del Pliego y agrega, en su párrafo primero, que *"Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad."*

Ahora bien, respecto de algunas de estas hipótesis que determinan el control, es necesario advertir lo siguiente:

- En cuanto a la prevista en el numeral (i) del 3.5.1. del Pliego, esto es, tener el cincuenta por ciento o más del capital, debemos advertir que el Artículo 260 del Código de Comercio impone que sea más del 50% y no como erróneamente establece el Pliego, al manifestar que habrá control cuando el Proponente tenga el 50% del capital de otra sociedad. En este caso, debe imperar lo establecido en el Artículo 261 del Código de Comercio, pues sólo el hecho de tener más del 50% del capital es el que permite tener las mayorías decisorias en los órganos de administración de la sociedad y por tanto el control, sin perjuicio obviamente de las decisiones que requieren mayorías calificadas.
- Respecto de la hipótesis de control contemplada en el numeral (iii) del 3.5.1. del Pliego, es decir, cuando se 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, la doctrina la denominada como un caso *"(...)"*

SUESCUN & DE BRIGARD
ABOGADOS CONSULTORES

subordinación económica o externa, con la cual se quiere hacer referencia a todas aquellas situaciones en las que una sociedad haya celebrado con otras personas contratos de tan vital importancia para su prosperidad y aun para su misma subsistencia, que sin ellos tendrá que afrontar una situación económica crítica; es el caso de ciertos convenios sobre transferencia de tecnología, concesiones, franquicias, distribuciones, etc., como lo es también el de préstamos de cuantía considerable, facilitados por un acreedor único.”¹

2.- La segunda alternativa para acreditar la experiencia se encuentra regulada en el numeral 3.6.7. del Pliego de Condiciones, según el cual *“Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado), 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 (...)”.*

En nuestro concepto, esta alternativa exige, en tres frases distintas, que sea el Proponente quien haya tenido la participación directa en la forma asociativa o en el vehículo de propósito especial; es decir, no podrá acreditarse la experiencia obtenida por el Proponente en formas asociativas en las que él no haya participado sino que lo hubieran hecho sociedades vinculadas a éste, ya sean controladas o controlantes.

Ahora bien, el término Proponente se encuentra definido en el Pliego de Condiciones como *“(…) la persona natural o jurídica o Fondo de Capital Privado, nacional o extranjero, o la Estructura Plural que presenta Propuesta en la presente Licitación.”*

Por lo demás, acoger una interpretación distinta, en el sentido de admitir la experiencia obtenida por sociedades vinculadas al Proponente mediante la participación de estas en figuras asociativas, dejaría sin efecto alguno todo el régimen contemplado en el numeral 3.5. del Pliego de Condiciones relativo a la acreditación de Requisitos Habilitantes por sociedades vinculadas al Proponente, resumido en el numeral 1. anterior de este escrito. Así las cosas, una interpretación en tal sentido quebrantaría la interpretación armónica de las previsiones de los Pliegos.

En otras palabras, en la primera hipótesis se toma en consideración la experiencia obtenida por el grupo societario al cual pertenece el Proponente, considerando que la experiencia adquirida por la matriz o por las sociedades controladas por esta, directa o indirectamente, se mira como una experiencia propia del Proponente miembro del grupo. En la segunda hipótesis, por el contrario, lo que se toma en consideración es la experiencia personal y directa del Proponente, adquirida a través de su participación en

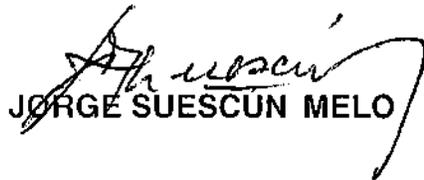
¹ Gaviria Gutiérrez, Enrique, Foro sobre el Nuevo Código de Comercio, Cámara de Comercio, Febrero de 1996, citado en el Código de Comercio, Legis, Sexta Edición, 2007.

SUESCUN & DE BRIGARD
ABOGADOS CONSULTORES

figuras asociativas. Son entonces dos mecanismos distintos que no deben mezclarse pues obedecen a claros criterios diferenciadores.

En estos términos esperamos haber dado respuesta a su consulta; no obstante, quedamos a su disposición para atender cualquier inquietud o comentario al respecto.

Atentamente,


JORGE SUESCUN MELO


DIEGO FERNANDO MORALES

