

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Bogotá, 7 de julio de 2010

000-INC-033-07-07-10 -A

Señores

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO

Subgerencia de Estructuración y Adjudicación

Avenida El Dorado - CAN

Edificio Ministerio de Transporte, Tercer Piso

Bogotá D.C.

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2010-409-015326-2
Fecha: 07/07/2010 16:10:23->101
OEM: ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD
Anexos: 1 FOLDER (12 FOLIOS)



**REF: PROCESO LICITATORIO SEA-LP-001-2010. OBSERVACIONES A LAS
PROPUESTAS PRESENTADAS EN EL MARCO DEL PROCESO LICITATORIO Y
OBSERVACIONES AL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACIÓN PUBLICADO EL 30
DE JUNIO DE 2010.**

Respetados Doctores:

Dentro del plazo legal otorgado mediante el numeral 8° del Artículo 30 de la Ley 80 de 1993, nos permitimos presentar las observaciones frente al informe preliminar de evaluación publicado por el INCO el pasado treinta (30) de junio de 2010, así como sobre las Propuestas presentadas por los Proponentes en el proceso de la referencia, a fin de que la Entidad considere nuestros argumentos y proceda de conformidad con lo señalado en la ley aplicable y en el Pliego de Condiciones.

A continuación, se pondrán de presente los principales errores, omisiones e inconsistencias en que incurrieron cada uno de los Proponentes, en la conformación de las Propuestas que fueron presentadas al INCO en el marco del presente proceso licitatorio, constituyéndose algunos de ellos en causales de rechazo, junto con su respectiva consecuencia jurídica de conformidad con la legislación vigente y el Pliego de Condiciones.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En primera instancia, desarrollaremos un marco conceptual basado en las normas de contratación pública vigentes, el Pliego de Condiciones, la jurisprudencia sobre el tema y la doctrina que valida y apoya los argumentos, interpretaciones y observaciones que allegamos a esta comunicación.

En segunda instancia, desarrollamos punto por punto, cada hallazgo señalado y el porqué de la consecuencia jurídica de acuerdo con la ley y el Pliego de Condiciones.

1. MARCO JURÍDICO QUE RIGE EL PRESENTE PROCESO DE SELECCIÓN.

Presentamos a continuación el marco jurídico y normativo que sustenta todas y cada una de las observaciones y afirmaciones presentadas en este documento.

1.1. **SOBRE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPIOS RECTORES.**

La ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007, el decreto 2474 de 2008 y demás normas complementarias, buscan que la contratación estatal sea regida por los principios de la *selección objetiva, la eficiencia, el principio de economía, de igualdad, y de transparencia*. Estos principios guían todas y cada una de las actuaciones de las entidades públicas y de los particulares en los procesos de contratación pública, con el objetivo de cumplir con los fines esenciales del Estado.

Estos principios interpretativos, junto con la normatividad correspondiente, permiten al Estado y a sus entidades, seleccionar la Propuesta más favorable, desde el punto de vista económico, técnico y jurídico, para cumplir con los fines estatales y las necesidades que la entidad contratante busca satisfacer con cada uno de los procesos de licitación pública que se desarrollan.

Sobre este punto el Consejo de Estado ha establecido que: *"La licitación pública entendida como el procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público que se persiguen con la contratación estatal, está sometida a condiciones normativas y reglamentarias que no pueden cambiarse caprichosamente durante su curso. La claridad e **inalterabilidad** de las condiciones del proceso licitatorio son características que tienen su fundamento en los elementos esenciales del mismo, cuales son: la libre competencia, la*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al Pliego de Condiciones.¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Como bien es sabido, antes de la reforma a la ley 80 de 1993, el Estado, en algunas ocasiones, tuvo que rechazar las Propuestas más favorables para cumplir con sus fines esenciales, por el simple hecho de que estas no cumplieran con algunos requisitos meramente formales requeridos por los pliegos de condiciones de los procesos de licitación. Este hecho, restringió, en muchas ocasiones, la posibilidad de que las entidades públicas lograran seleccionar la Propuesta más favorable y concluir una contratación exitosa para cumplir con las necesidades y fines establecidos.

A su vez, de esta situación, también se derivaron un sin número de acciones judiciales contra el Estado, por considerar los Proponentes que su descalificación, en el marco de un proceso de licitación pública, por la falta u omisión de meras formalidades, era una violación al principio del debido proceso, al principio de transparencia y al principio de selección objetiva establecidos en la Constitución y en la Ley 80 de 1993.

Con el fin de corregir algunos de estos problemas, la ley 1150 de 2007 y en virtud de los principios ya establecidos en la ley 80 de 1993, buscó dar herramientas al Estado y a los particulares para presentar Propuestas en el marco de procesos de contratación pública, que no estuvieran sujetas a interpretaciones restrictivas y a criterios meramente formales, que dificultaran, tanto al Estado como a los particulares, participar en estos procesos y cumplir con los fines de la contratación pública.

Con la reforma a la ley 80 de 1993, se estableció la primacía de lo sustancial sobre lo formal, se consagró el principio de subsanabilidad, se reinterpretó la teoría de los requisitos subsanables desarrollada por el Consejo de Estado y se le confirieron al Estado y a los particulares, una serie de herramientas y derechos para presentar Propuestas de manera más eficiente, dinámica y flexible.

La reforma a la ley 80 de 1993 fue, sin lugar a dudas, un avance en la contratación pública pues representó la posibilidad para el Estado de estructurar procesos, desarrollar licitaciones y de evaluar las ofertas presentadas, de manera más eficiente y transparente,

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de Abril de 2002, Expediente 12.294, CP. María Elena Giraldo.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

evitando y proscribiendo el direccionamiento de los procesos a través de la exigencia de requisitos exageradamente formales y especiales.

Para los particulares interesados en los procesos de licitación pública, la reforma también representó un avance en la flexibilidad de los procesos y su transparencia, permitiéndoles a estos, estructurar sus Propuestas y ofertas basados primordialmente en su capacidad jurídica y en los factores de escogencia tanto económicos como técnicos, sin darles tanta importancia a las exigencias meramente formales, pues estas podían ser subsanadas durante el proceso por medio de diferentes mecanismos establecidos en la nueva ley.

Sin embargo, tal y como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, "antes de la ley 1150 de 2007 y en virtud de la ley 80 de 1993, cualquier omisión generaba el rechazo de la Propuesta; pero ahora toda falta, aún esencial, ha sido considerada por ciertas entidades como un elemento subsanable. A tal punto que en no pocas ocasiones acababan confeccionando la oferta y los cuadros que deben presentar los licitantes. Así como lo anterior era excesivo, esta nueva práctica también lo es, porque desconoce un deber fundamental que está a cargo de todo licitante, **cual es actuar con diligencia exenta de culpa en la elaboración de su oferta**. Una cosa es que omita un requisito que no impide la valoración de su oferta porque con los documentos que la componen es suficiente para extraer la información que se necesita y muy otra **la falta de cuidado en la preparación de la oferta que incluso lleva hasta la omisión o la mala confección de cuadros esenciales** para la aplicación de los factores de selección objetiva."². (Subrayado y negrilla fuera del texto).

A pesar de las nuevas disposiciones que trajo la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, la ley 80 de 1993, en su artículo 30, numeral 6 establece que: "La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...) **6°. Las Propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el Pliego de Condiciones (...)**". Por su parte, en el numeral 8 del mismo artículo, se establece que: "8°. Los informes de evaluación de las Propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. **En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán**

² DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo "Régimen Jurídico De La Contratación Estatal". Segunda Edición, Legis, 2003, Pág. 219.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

completar, adicionar, modificar o mejorar sus Propuestas" (Subrayado y negrilla fuera del texto).

La norma anteriormente citada establece que, aún cuando la reforma a la ley 80 de 1993, consagró una serie de instrumentos y mecanismos para acentuar el principio de transparencia, selección objetiva y el principio de economía, los Proponentes, en virtud de la ley 80 de 1993, aún en los procesos actuales, deben sujetarse a todos y cada uno de los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, sean formales o sustanciales, pues este representa la ley del proceso de selección en el marco de cualquier proceso de contratación pública.

Sobre la norma antes citada, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que: "El estatuto de Contratación de la Administración pública vigente, contenida en la ley 80 de 1993, impone a la entidad pública licitante el deber de seleccionar al adjudicante en forma objetiva. Ese deber, se traduce en la escogencia de la Propuesta más favorable entendida no sólo para la administración sino para los fines de la contratación (...) Las Propuestas que se presenten deberán referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el Pliego de Condiciones o términos de referencia (num. 6; art. 30)³. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Por lo anteriormente dicho, solicitamos a la entidad que a pesar de la existencia de los mecanismos e instrumentos regulados por la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, creados para flexibilizar los procesos de licitación y su evaluación; tenga en cuenta las disposiciones de la ley 80 de 1993, la jurisprudencia citada y el Pliego de Condiciones de la presente licitación SEA-LP-001-2010, con el fin de evitar un tratamiento injustificadamente flexible a los oferentes que no presenten su Propuesta de forma diligente y dentro del plazo debido.

Así mismo, solicitamos a la entidad salvaguardar, como ha ocurrido en proceso licitatorios anteriores, los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva de la contratación pública, exigiendo el cumplimiento estricto del Pliego de Condiciones, el cual es ley para la partes, con el fin de llevar a cabo un proceso de licitación exitoso y libre de cuestionamientos acorde con la importancia del proyecto que se busca desarrollar.


³ Consejo de Estado, Sentencia del Mayo 03 de 2001, Expediente No. 12083, CP. María Helena Giraldo.



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

1.2. DE LOS FACTORES DE COMPARACIÓN Y REQUISITOS HABILITANTES.

La ley 1150 de 2007 en el párrafo 1 del artículo 5 (...) 1°. *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al Proponente, **no necesarios para la comparación de las Propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.** (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

*Contrario sensu, la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al Proponente, **necesarios** para la comparación objetiva de las Propuestas servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.*

En el Pliego de Condiciones del presente proceso licitatorio SEA-LP-001-2010, el cual es ley para las partes, en el capítulo de definiciones se reguló lo siguiente:

*"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.** (Negrilla y subraya fuera de texto).*

Adicionalmente, el INCO en el numeral 3.1.1. del Pliego de Condiciones estableció que:

*"...en todo caso, en los términos del último inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 **el INCO no permitirá que se subsane la falta de Capacidad Jurídica** para presentar la Propuesta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al Cierre de la presente Licitación..."*

Así mismo, en el numeral 5.5.1. y en el mismo sentido del 3.1.1. ambos del Pliego de Condiciones reguló:

*"...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.** (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Ratificando lo anterior, el numeral 7.6.4. del Pliego de Condiciones estableció que la Propuesta será rechazada:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"Cuando exista cualquier error u omisión en los documentos que acrediten la Capacidad Jurídica de los Interesados..."

Por último, el INCO sentenció en el numeral 5.5.5, ibídem, lo siguiente:

"En todo caso, se resalta que de conformidad con lo establecido en el artículo 30 (numeral 6) de la Ley 80 de 1993, las Propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenido en el presente Pliego de Condiciones. En consecuencia, la preparación diligente de las Propuestas supone actuar de buena fe y con lealtad frente a los demás participantes en la Licitación, incluyendo al INCO y a los demás Proponentes". **(Subraya DENTRO del texto).**

En conclusión, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones del presente proceso, los Requisitos Habilitantes, son considerados como elementos esenciales para la comparación objetiva de las Propuestas, y por lo tanto la ausencia de requisitos, los errores o inconsistencias en los mismos, o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al Proponente, deben dar lugar al rechazo automático de las Propuestas, pues son considerados como elementos no subsanables de la oferta.

1.3. NO EXISTE DERECHO A SUBSANAR

A pesar, de los nuevos mecanismos y herramientas que la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008 confirió a los particulares, es necesario afirmar, de manera categórica, que esta facultad cuando la Entidad Contratante lo solicita, no puede ser objeto de abuso por parte de los Proponentes.

Los Proponentes no pueden abusar de estas disposiciones para construir sus Propuestas luego de la fecha de cierre de la licitación. El Consejo de Estado ha sido muy claro al respecto, al expresar que: "tampoco se trata entonces de que por vía de la posibilidad de saneamiento, el oferente vaya estructurando y ajustando su Propuesta a lo largo del proceso contractual, según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, "las

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el Pliego de Condiciones”⁴. (Negrilla y subraya fuera del texto).

No está por demás pues, poner de presente, que conforme a la teoría de los requisitos esenciales y subsanables, **a la entidad contratante no le corresponde suplir la falta de diligencia del oferente**, pues la aplicación de esta teoría está circunscrita a la ausencia de requisitos no esenciales y a la falta de documentos insustanciales, que se presente como una excepción en la estructuración de la Propuesta y no como una práctica negligente y reiterada del Proponente en el marco de un proceso licitatorio.

Es más, de acuerdo con la figura del abuso del derecho de subsanar, el Proponente que de manera general y de forma negligente no presente o no aporte documentos o requisitos incluso de carácter no esencial, en el plazo que el Pliego de Condiciones o la ley le señale, constituye una prueba del abuso de este derecho que le da la nueva ley.

Los instrumentos creados por la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, como ya se mencionó anteriormente, acentuaron la flexibilidad de los procesos y reforzaron los principios de eficiencia, economía y transparencia de la contratación pública. Sin embargo, consideramos, como la doctrina y jurisprudencia lo indican, que abusa del derecho de subsanar, aquel Proponente que utiliza esa posibilidad para sanear su negligencia y para construir su Propuesta a lo largo del proceso de licitación, en desmedro de los principios de igualdad y de economía establecidos en la ley 80 de 1993.

I. ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

1. EL PROPONENTE NO ACREDITÓ EN DEBIDA FORMA QUE CUENTA CON EXPERIENCIA EN LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

1.1. En relación con el proyecto “Carretera Santo Domingo-Cruce Rincón de Molinillos” ejecutado por la sociedad Autopistas del Nordeste C por A.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 6 de Noviembre de 2008, MP. William Zambrano.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

1.1.1. No se acreditó que la sociedad ODINSA ejerza la situación de control sobre ninguna de las sociedades que se encuentran involucradas en la ejecución del proyecto mencionado.

El Pliego de Condiciones expresamente permite acreditar la experiencia en la financiación de Proyectos de Infraestructura cuando:

- i. De manera directa el MAP: (a) Ejecutó el proyecto⁵; (b) Participó en una forma asociativa (diferente a sociedades) en la que contaba con al menos un veinte por ciento (20%)⁶ de participación; o, (c) Controló (de cualquiera de las formas permitidas en el artículo 261 del Código de Comercio⁷) la sociedad por medio de la cual se ejecutó el proyecto;

⁵ Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA LP 001-2010 (en adelante el Pliego de Condiciones o simplemente el Pliego): "3.6.2. Para estos efectos se tendrá que el Proyecto de Infraestructura puede acreditarse si el contrato acreditado ha sido financiado por el Proponente o MAP de la Estructura Plural en una fecha que se encuentra comprendida dentro del plazo arriba señalado."

⁶ Pliego de Condiciones: "3.6.7. Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado 4), 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." (Subrayado fuera de texto).

⁷ Código de Comercio. Artículo 260. 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, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más 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 éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. 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 la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. 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 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

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

- ii. De manera indirecta a través de la matriz, de su controlada o de una sociedad controlada por su matriz, cuando ésta, a su vez: (a) Ejecutó el proyecto; (b) Controló⁸ (de cualquiera de las formas permitidas en el artículo 261 del Código de Comercio) la sociedad por medio de la cual se ejecutó el proyecto.

- iii. A través de vehículos de propósito especial **constituidos por el MAP (o su matriz, o por la controlada o la controlada de su matriz)** para la financiación de un Proyecto de Infraestructura siempre que: (a) *el vehículo de propósito especial haya sido constituido con el único propósito de obtener financiación; y (b) que los recursos de la financiación obtenida por el vehículo de propósito especial hayan sido destinados de manera única y exclusiva al Proyecto de Infraestructura que se acredita; y (c) **que el vehículo de propósito especial controle directamente mediante la participación en el capital social de al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) a la sociedad concesionaria que desarrolló el Proyecto de Infraestructura que se acredita.*** (Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, el MAP, directamente, deberá acreditar que en una forma de asociación diferente a sociedades y a SPV'S, contaba con al menos el veinte por ciento (20%) de participación, pero en los demás casos señalados, al existir una regulación especial en el Pliego de Condiciones, se infiere sin lugar a equívocos, que el Proponente debía probar la situación de control en cualquiera de las formas permitidas por el Código de Comercio o en su defecto (para el caso de SPV'S,) únicamente comprobando la participación social de al menos un cincuenta y un por ciento (51%) de la sociedad concesionaria.

Esta diferenciación realizada por el Pliego de Condiciones, tiene razón y sentido pues solo cuando se tiene el control, el manejo y la dirección de una sociedad, se podría afirmar que se adquiere experiencia en la materia de la ejecución contractual, pues obviamente los contratos son ejecutados exclusivamente por las sociedades y nunca por los accionistas o

ejercen 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 párrafo anterior.

⁸ Según se indicó expresamente en la sexta ronda de preguntas y respuestas, pregunta uno y que se transcribe con posterioridad en este mismo documento.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

socios de las mismas. Tampoco están obligados a hacerlo, en razón a que son personas diferentes. Un accionista minoritario no puede declarar o asegurar que ha adquirido experiencia en la materia de la ejecución contractual de la sociedad de la cual es socio o accionista, pues su rol es eminentemente pasivo y en el mejor de los casos podrá deliberar en ciertas instancias de la administración, pero jamás tomará, ni orientará por derecho propio decisiones definitivas. Por el contrario, un socio mayoritario controlante, sí puede asegurar que mediante el ejercicio de su posición dominante ha acumulado la experiencia de la sociedad en los diversos contratos que ésta ejecute, dado que dirige su gestión.

No sucede lo mismo cuando se pretende acreditar experiencia a través de una forma asociativa tal como una Unión Temporal, Consorcio u otras modalidades de actuación mancomunada y colectiva, pues en esas formas asociativas, todos los miembros de la forma, ejecutan o participan activamente del desarrollo del contrato, razón por la cual, sí adquieren la correspondiente experiencia en la ejecución del contrato que se pretenda acreditar.

En tal sentido, a pesar que en respuesta dada por el INCO en la quinta ronda de respuestas, señaló que "*La expresión "figura asociativa" que se utiliza en el numeral 3.6.7 de los Pliegos de Condiciones, se refiere a cualquier tipo de asociación entre personas naturales o jurídicas ya sea bajo formas societarias o contractuales.*", es contradictorio a lo señalado expresamente en el Pliego de Condiciones y en tal sentido no puede considerarse que se aclaró ningún aparte del mismo, y mucho menos existe adenda para modificar la claridad e interpretación literal del Pliego de Condiciones.

No existe adenda al respecto en el presente proceso licitatorio, tal como sí ocurrió en proceso que adelanta de manera paralela el INCO, en el cual se modificó mediante adenda dicha situación incorporando que las figuras asociativas hacen referencia expresa a las sociedades:

*"4.1.4. Los proponentes o cualquier MAP podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros **incluyendo Sociedades Proyecto** y patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado) siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiere sido de al menos el quince por ciento (15%)⁹⁹*

 _____
99 Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA LP 002-2009. Transversal de las Américas.



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Nótese que si se tuvo que hacer una modificación expresa sobre el particular en el pliego de condiciones de Transversal de las Américas, es porque se requiere necesariamente de una adenda para que la participación en una sociedad sea válida sin probar la situación de control en ella, circunstancia que no ocurrió en el proceso licitatorio de Ruta del Sol sector 3.

Ahora bien, de conformidad con el Numeral 3.5.1. el miembro de una Estructura Plural, en este caso, GRUPO ODINSA S.A., puede "*presentar los Requisitos Habilitantes [entre ellos las condiciones de experiencia a las que se refiere el numeral 3.6. de los Pliegos] (...) de sociedades controladas. Para estos efectos habrá control (...) cuando se verifique que (...) el Proponente [o los miembros de una Estructura Plural], (...) respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acreditan (...)]*" se encuentra en una de las situaciones de control previstas en el Código de Comercio Colombiano.

En este caso específico se requeriría, entonces, que ODINSA HOLDING INC. (controlada por GRUPO ODINSA S.A.) fuera controlante de AUTOPISTAS DEL NORDESTE C. POR A. (concesionaria) requisito que no se encuentra acreditado, por cuanto solamente es beneficiaria, a través de AUTOPISTAS DEL NORDESTE CAYMAN LIMITED del cuarenta y dos punto cuatro por ciento (42.4%) de la participación accionaria de la sociedad cuya experiencia pretende acreditar y no existe evidencia de que se presente alguna de las otras causales de situación de control.

En consecuencia pasaremos a explicar qué ocurre en el caso concreto:

- i. Tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación del Grupo ODINSA S.A., obrante a folios 15 a 18, en todas las sociedades involucradas en la ejecución del proyecto, éste **solamente ejerce situación de control sobre la sociedad ODINSA HOLDING INC. a partir del 11 de mayo de 2009.**
- ii. Dicha sociedad **ODINSA HOLDING INC.**, según se deduce de lo manifestado por el Representante Legal de la sociedad **AUTOPISTAS DEL NORDESTE C POR A** (obrante a folio 193 de la Propuesta), y de la Certificación de Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo (obrante a folio 195, ibídem), no cuenta con el control sobre la sociedad AUTOPISTAS DEL NORDESTE C POR A. Veamos:



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

- a) En declaración del Representante Legal de AUTOPISTAS DEL NORDESTE C POR A, manifiesta que: "AUISTAS DEL NORDESTE CAYMAN LIMITED es accionista y matriz de la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DEL NORDESTE C POR A., con una participación accionaria del noventa y nueve punto noventa y cuatro por ciento (99.94%)."
- b) En Certificación de Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, aparece como accionista de la sociedad AUTOPISTAS DEL NORDESTE C POR A, la sociedad ODINSA HOLDING INC.. Pero tal como se expresó en el literal anterior, solamente queda un cero punto cero seis por ciento (0.06%) de participación accionaria para distribuirla entre seis (6) accionistas, de lo cual se deduce que: (i) no ejerce el control sobre dicha sociedad en razón de su participación accionaria, y (ii) no probó en ninguno de los restantes documentos de la Propuesta, que lo ejerciera de alguna otra manera de las permitidas en el Código de Comercio y en el Pliego de Condiciones, para comprobar su control.
- iii. En gracia de discusión, podría pensarse que la situación de control se ejerce a través de la Matriz de la sociedad AUTOPISTAS DEL NORDESTE C POR A, esto es, por AUTOPISTAS DEL NORDESTE CAYMAN LIMITED. Sin embargo, nuevamente se demostrará que ni el GRUPO ODINSA ni su controlada ODINSA HOLDIN INC. ejercen el control sobre AUTOPISTAS DEL NORDESTE CAYMAN LIMITED. Veamos:

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%), para un total de cuarenta y dos punto cincuenta por ciento (42.50%). **Nuevamente se tiene que NI EL MAP, NI SU CONTROLADA ejercen la situación de control sobre la sociedad AUTOPISTAS DEL NORDESTE (Cayman) LIMITED.**

- iv. En caso que el INCO no acepte ninguno de los argumentos expuestos en precedencia, es necesario tener en cuenta que tal como se expresó, y según se allegó a la Propuesta, la situación de control del GRUPO ODINSA S.A. sobre ODINSA HOLDING INC inició el **11 de mayo de 2009**, y la financiación se realizó a través de la "emisión de títulos en el mercado de capitales de la Bolsa de Valores de Nueva

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

York mediante memorando de oferta (offering memorandum) titulado *Senior Notes due 2026, cuya colocación se realizó el 28 de febrero de 2006*, esto es la financiación se obtuvo con posterioridad a que se configurara la situación del control (Subrayado y negrilla fuera de texto).¹⁰

El Pliego de Condiciones en el numeral 3.6.2. señala de manera clara que:

*"Para estos efectos se tendrá que el Proyecto de Infraestructura puede acreditarse si el contrato acreditado ha sido financiado por el Proponente o MAP de la Estructura Plural en una fecha que se encuentra comprendida dentro del plazo arriba señalado. **En consecuencia, 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.**"* (Negrilla y subraya 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 al menos 3 años después de haberse realizado la emisión de los valores.

(v) Como si fuera poco lo anterior, no existe fianza otorgada por ODINSA HOLDING INC tal como lo exige el Pliego de Condiciones y según fue aclarado mediante respuesta dada por el INCO en la segunda ronda de respuestas en la cual manifestó: "(...) *las matrices, los accionistas de las SPV's y de las promesas de sociedad futura que acrediten experiencia o Requisitos Habilitantes en la presente Licitación deberán suscribir la fianza para amparar el cumplimiento de las obligaciones de la filial o de la sociedad, según sea el caso*"

1.1.2. *El Proponente no acreditó en los términos del Pliego de Condiciones que hubiera obtenido una financiación en un solo Proyecto de Infraestructura de al menos DOSCIENTOS MILLONES DE DÓLARES.*


¹⁰ Certificación de Autopistas del Nordeste Cayman Limited, obrante a folio 197 de la Propuesta. 

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

La operación de financiamiento utilizada en el proyecto "Carretera Santo Domingo- Cruce Rincón de Molinillos", según se puede deducir del certificado de la Entidad Acreedora, **consistió en la emisión de unos títulos valores (pagarés o Notas) en el mercado de capitales de Nueva York** (confirmado por la descripción de la operación que aparece en el Formato 3).

A su vez, el Banco de Nueva York solamente certifica, como puede deducirse del texto, que hubo una emisión de títulos como resultado de lo cual el deudor **obtuvo un desembolso de ciento sesenta y dos millones de dólares (USD 162.000.000) y que posteriormente se capitalizaron unos intereses sobre esa deuda, por la suma de cuarenta millones setenta mil diez y ocho dólares (USD 40.070.018)**, como consecuencia de lo cual, el Representante Legal afirma que la financiación total obtenida con la emisión de los pagarés es de doscientos dos millones setenta mil diez y ocho dólares **(USD 202.070.018)**.

Sin embargo, el numeral 3.6.9. (b) del Pliego de Condiciones, exige que el representante de los acreedores certifique: (i) ***el monto del cierre financiero*** del endeudamiento otorgado, en este caso, debe entenderse que el monto del cierre financiero corresponde al monto de la emisión, es decir, ciento sesenta y dos millones de dólares **(USD\$ 162.000.000)**; (ii) ***los valores y las fechas de los desembolsos***, que en este caso ha de ser la misma suma de ciento sesenta y dos millones de dólares **(USD\$ 162.000.0000)** pues según la certificación la emisión fue colocada en su totalidad, **los intereses capitalizados no pueden considerarse como un desembolso**, y (iii) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento que tampoco es objeto de certificación por el representante de los acreedores (hallazgo que se desarrollará posteriormente).

La afirmación de que **"los intereses capitalizados no pueden considerarse como un desembolso"**, se fundamenta en el hecho de que la forma como se obtuvo la financiación para el Proyecto fue a través del mercado de capitales, utilizando para ello un vehículo de propósito especial. El préstamo entre AUTOPISTAS DEL NORDESTE CAYMAN LIMITED y AUTOPISTAS DEL NORDESTE C. por A. debe descartarse de plano, pues dicha financiación definitivamente no se obtuvo a través de deuda otorgada por una entidad del Sector Financiero o Banco (otra alternativa admisible según el Pliego de Condiciones), puesto que la sociedad AUTOPISTAS DEL NORDESTE CAYMAN LIMITED no es ni un Banco ni es una de las entidades que se encuentra en la listado que lleva el Banco de la República para que sea considerada como forma de financiación en el Sector Financiero. El Proponente combina inapropiadamente una forma permitida de financiación por el Pliego de Condiciones

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

(emisión en el mercado de capitales) con una forma no permitida en el Pliego de Condiciones (crédito entre empresa matriz y subordinada).

Llama entonces poderosamente la atención la certificación del Banco de Nueva York, cuando establece que los cuarenta millones setenta mil diez y ocho dólares (USD 40.070.018) obedecen a una capitalización de intereses originada o proveniente de la emisión cuando dicha capitalización de intereses obedece y está originada en una transacción privada entre matriz y subordinada.

Nótese también que el INCO respondió a una pregunta específica sobre el tema en los siguientes términos:

*"Con respecto a su solicitud el INCO aclara que en el caso de financiaciones que como parte de su estructura contemplen capitalización de intereses como parte del crédito inicial o como incrementos en el saldo de la deuda durante un periodo determinado, dichas capitalizaciones se consideraran como desembolsos **siempre y cuando las mismas incrementen el valor total de la deuda y sean amortizadas como parte del servicio de la deuda**". (Negrilla y subraya fuera de texto).*

Ratificamos que el INCO permitió dos tipos de financiaciones: mercados de capitales y contratos de crédito con entidades financieras. La estructura utilizada por el Proponente (mercado de capitales) **no contempla** "...capitalización de intereses como parte del crédito inicial o como incrementos en el saldo de la deuda...".

Darle una interpretación diferente a la respuesta, equivale a afirmar que la misma, pretende beneficiar a un único proponente que puede capitalizar intereses admitiendo esta operación como desembolsos o movimientos de caja o efectivo, en desmedro de otros participante que no tienen con sus operaciones de financiación, tal ventaja, o pero aún aquellos que no participaron por no tener el monto efectivo de desembolsos que se señaló para entrar en la licitación SEA-LP 001-2010.

En consecuencia, esta acreditación de experiencia en financiación de concesiones de infraestructura sólo es admisible, por el monto de ciento sesenta y dos millones de dólares (USD162.000.000), y no por el monto que se pretende agregar por cuarenta millones setenta mil diez y ocho dólares (USD 40.070.018), pues esta última suma, definitivamente no forma parte de las condiciones originales del crédito. Entonces, por ser esta la única de las cuatro (4) experiencias acreditadas que habría superado el monto de los doscientos

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

millones de dólares (USD\$200.000.000), no se cumple lo previsto en el numeral 3.6.3 del Pliego de Condiciones.

En consecuencia, dado que el Proponente bajo análisis no cumple con los Requisitos Habilitantes de experiencia establecidos por el Pliego de Condiciones, la Propuesta debe ser rechazada.

1.1.3. El Proponente no allegó la documentación requerida en el numeral 3.6.9 (b) del Pliego de Condiciones.

El Pliego de Condiciones en el numeral 3.6.9. literal (b) estableció:

"Adjuntar (i) una certificación emitida por la Entidad Acreedora o su representante (para el caso de la financiación en el mercado de capitales), suscrita por el representante legal o por una persona autorizada para suscribir tal documento, en la que conste la siguiente información: (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, (2) los valores y las fechas de los desembolsos, y (3) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento; o (ii) adjuntar copia del contrato de crédito junto con una constancia de desembolso; o (iii) adjuntar copia del prospecto u offering memorandum junto con copia del aviso de oferta u equivalente; y (...)"
(Subrayado fuera de texto).

i. El Proponente no allegó certificación del representante de los tenedores de bonos.

Pese a la claridad del texto transcrito, a folio 114 de la Propuesta se allegó una certificación expedida por el *Bank of New York Mellon*, sin que de su texto se pueda inferir que el mencionado Banco funja como el representante de los tenedores de los bonos, pues no se manifestó de manera expresa que actúa como tal.

Como si fuera poco lo anterior, tampoco se hizo referencia a la utilización autorizada de los recursos. Y no lo puede hacer justamente, porque según se desprende del texto literal de la certificación, el Banco actúa en calidad de "Intermediario Colateral y Fideicomisario de Instrumentos Formales", pero no como acreedor ni representante de los tenedores de bonos, por tanto no puede dar fe de la destinación específica de los recursos.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Igualmente, vale la pena mencionar que el Proponente tampoco aportó, de manera subsidiaria, según lo estipulado en el Pliego de Condiciones, el prospecto u *offering memorandum*, por lo que resulta imposible constatar que los recursos obtenidos con ocasión de la emisión de dichos valores, hubieran tenido una destinación específica para el proyecto "Carretera Santo Domingo- Cruce Rincón de Molinillos".

Existe también un serio indicio de que los recursos no fueron destinados totalmente al proyecto, cuando el valor total del contrato de concesión acreditado por KPMG a folio 200, es de ciento cincuenta y un millones ochocientos cuarenta y cinco mil seiscientos cuatro dólares con noventa y nueve centavos (USD 151.845.604,99) y solamente el crédito acreditable es de ciento sesenta y dos millones de dólares (USD162.000.000). Considere el INCO también, el valor de los aportes (Equity) que debieron hacer los inversionistas del proyecto.

- ii. *El Proponente no probó cuál es el valor del contrato "Carretera Santo Domingo-Cruce Rincón de Molinillos".*

A folio 192 de la Propuesta, se encuentra un certificado expedido por la sociedad Autopistas del Nordeste C. por A., en el cual se asegura que el valor del contrato correspondiente al proyecto de infraestructura "Carretera Santo Domingo- Cruce Rincón de Molinillos" es de USD\$296.083.531,66. Sin embargo, como se mencionó en el punto anterior, a folio 200 de la Propuesta se encuentra un certificado expedido por la sociedad KPMG Dominicana, en la cual se afirma que el valor del contrato es de ciento cincuenta y un millones ochocientos cuarenta y cinco mil seiscientos cuatro dólares con noventa y nueve centavos (USD\$151.845.604.99).

Si el valor del contrato es de ciento cincuenta y un millones ochocientos cuarenta y cinco mil seiscientos cuatro dólares con noventa y nueve centavos (USD\$151.845.604.99) tal como lo certificó KPMG Dominicana (revisor fiscal de la Entidad Deudora), la financiación obtenida por valor de doscientos dos millones setenta mil diez y ocho dólares (USD\$ 202.070.018) no pudo haber tenido una destinación específica **pues dicha financiación excede el valor del contrato.**

Téngase en cuenta que el numeral 3.6.9 (c) del Pliego de Condiciones exige que:

"el préstamo otorgado o el valor colocado corresponden de manera exclusiva al contrato de Concesión de Proyectos de Infraestructura que se acredita".

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En este sentido no quedó probada la experiencia del MAP en la concesión del proyecto de infraestructura "Carretera Santo Domingo- Cruce Rincón de Molinillos" ejecutado por la sociedad Autopistas Nordeste C por A. puesto que el INCO, bajo ningún entendido puede otorgarle mayor validez probatoria algún documento frente a otro, pues para comprobar dicha experiencia debió aportar al menos cuatro documentos (los señalados en los literales a al d del numeral 369 del Pliego de Condiciones).

Una actuación en contrario desconocería un trato igualitario para todos los Proponentes que sí presentaron todos los documentos solicitados por la Entidad, en los términos y condiciones señalados en el Pliego de Condiciones. Al respecto cabe recordar lo que reiteradamente ha señalado la jurisprudencia y la doctrina y que a manera de ejemplo se cita el siguiente extracto de sentencia del Consejo de Estado:

*"De suerte que la INTANGIBILIDAD DEL PLIEGO o de los términos de referencia, en relación con las normas que rigen el procedimiento de escogencia del contratista, se desprende de los siguientes principios¹¹: de igualdad (arts. 13 y 209 C. N.); de transparencia (arts. 209 C.N.; 23 y 24 ley 80 de 1993); de economía y publicidad (art. 209 C. N.); de responsabilidad (art. 26 ley 80 de 1993), conforme a los cuales debe adelantarse la función administrativa contractual, del deber de selección objetiva (art. 28 ley 80 de 1993) "**bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara a su arbitrio, las reglas de la selección**" y del deber de la entidad interesada de elaborar los correspondientes pliegos con la "determinación y ponderación de los factores objetivos de selección" (num. 2 art. 30 ley 80)."¹²*

¹¹ Con posterioridad a los hechos demandados, que ocurrieron entre los años de 1995 y 1996, el legislador expidió la ley 489 de 1998; en el artículo 3º indicó los principios de la función administrativa.

ARTÍCULO 3º. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. **PARÁGRAFO.** Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y a juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

¹² Extracto tomado de cita utilizada en Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010).C Consejero Ponente (E): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

No puede entonces el INCO, a su libre arbitrio determinar que para algunos Proponentes operaran reglas diferentes otorgando mayor valor probatorio a unos documentos sobre otros que no fueron presentados o que habiéndose presentado, no cumplen con todas las exigencias contenida en el Pliego de Condiciones (ley para las partes).

1.2. En relación con el Proyecto de Infraestructura Red Vial Nagua- Samaná.

1.2.1. No está probada la situación de control pues ODINSA HOLDING solo tiene el cuarenta y dos por ciento (42%) de la participación accionaria en la concesionaria y la sociedad GRUPO ODINSA solo ostenta el cero punto cinco por ciento (0.5%) del capital social de la sociedad concesionaria.

Nuevamente, con base en los mismos argumentos expuestos con antelación para el Proyecto de Infraestructura Carretera Santo Domingo-Cruce Rincón de Molinillos, se puede afirmar de manera categórica que la sociedad BOULEVARD TURÍSTICO DEL ATLÁNTICO C. POR A. (sociedad ejecutora del Proyecto de Infraestructura) no es la sociedad matriz, ni una controlada, ni una controlada de la matriz de ninguno de los miembros de la Estructura Plural en cuestión.

Si bien la situación de control del GRUPO ODINSA S.A. sobre ODINSA HOLDING INC. se encuentra registrada en el Certificado de Existencia y Representación de la Cámara de Comercio de Bogotá, no existe prueba de que la sociedad BOULEVARD TURISTICO DEL ATLÁNTICO C. POR A. se encuentre controlada ni por ODINSA HOLDING INC. ni por el GRUPO ODINSA S.A. y por tanto la experiencia obtenida por aquella no es admisible para que el MAP acredite los Requisitos Habilitantes exigidos en el Pliego de Condiciones y por ende la Propuesta debe ser rechazada.

1.2.2. El Proponente no allegó la documentación requerida en el numeral 3.6.9 (b) del Pliego de Condiciones en las términos exigidos para documentos provenientes del exterior.

YA i. El contrato de crédito suscrito entre Development Bank, European Investment Bank, Corporación Andina de Fomento, Société de Promotion et de Participation pour la Cooperation Economique y Boulevard Turístico del Atlántico C. por A., según consta a folio 928 de la Propuesta, fue ejecutado en la República Dominicana. No obstante

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

lo anterior, el Proponente no allegó la consularización de dicho contrato tal como lo exige el Pliego de Condiciones en el numeral 3.3.2 (iii) (1) cuyo texto es el siguiente:

"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." (Subrayado fuera de texto).

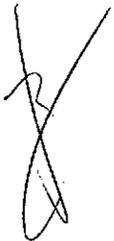
Lo anterior implica, que conforme a lo señalado en la legislación vigente en Colombia, dicho documento no tiene validez probatoria de ninguna índole en nuestro país, ya que no ha sido legalizado conforme lo señala el artículo 480 del Código de Comercio que al respecto señala que:

"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 poderes. Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país."

En consecuencia, el Proponente no acreditó la experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura según se exige en el numeral 3.6.9 literal (b) del Pliego de Condiciones, cuyo texto es el siguiente:

*"Para acreditar la experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura, los Proponentes deberán: (a) Diligenciar el Formato 3 anexo a estos Pliegos. La información contenida en el Formato deberá ser verificable por el INCO y en caso de requerir información o certificaciones adicionales, éstas deberán ser suministradas por el Proponente dentro del plazo que le señale el INCO en la solicitud. El Formato 3 tiene sus propias instrucciones de diligenciamiento las cuales deberán ser seguidas por los Proponentes. **En todo caso se advierte a los Proponentes que***

GA



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

en el evento que el INCO no pueda verificar la información contenida en el Formato 3 no se tendrá como válida la experiencia y se rechazará la Propuesta; y (b) Adjuntar (i) una certificación emitida por la Entidad Acreedora o su representante (para el caso de la financiación en el mercado de capitales), suscrita por el representante legal o por una persona autorizada para suscribir tal documento, en la que conste la siguiente información: (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, (2) los valores y las fechas de los desembolsos, y (3) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento; o (ii) adjuntar copia del contrato de crédito junto con una constancia de desembolso; o (iii) adjuntar copia del prospecto u offering memorandum junto con copia del aviso de oferta u equivalente; y" (Subrayado fuera de texto).

No teniendo en Colombia validez probatoria un documento otorgado en el exterior por no contar éste con la legalización respectiva, que incluye entre otros requisitos, la constancia del cónsul de que las respectivas sociedades existen y ejercen su objeto conforme a las normas del respectivo país, la experiencia no puede ser considerada válida y por tanto, por ser un Requisito Habilitante, dará lugar al rechazo de la Propuesta, según lo expresamente señalado por el Pliego de Condiciones.

- ii. Adicional a lo anterior, no existe constancia de desembolsos acreditada por el Banco conforme a lo señala el numeral 3.6.9 transcrito en el literal anterior. La experiencia no puede ser considerada válida y por tanto, por ser un Requisito Habilitante, dará lugar al rechazo de la Propuesta, según lo expresamente señalado por el Pliego de Condiciones.
- iii. No está probado que la sociedad KPMG Dominicana (ver documento que obra a folio 222 a 224) sea revisor fiscal de la sociedad Boulevard Turístico del Atlántico, C. por A. En este sentido, se debe tener como no presentada la certificación suscrita por el revisor fiscal exigida en el numeral 3.6.9 (c) del Pliego de Condiciones, según el cual el Proponente debe "adjuntar una certificación de la Entidad Deudora, suscrita por el representante legal y el revisor fiscal (...)". En este sentido no fue acreditada por parte del Proponente la experiencia en la concesión "proyecto de infraestructura Red Vial Nagua-Samaná". La experiencia no puede ser considerada válida y por tanto, por ser un Requisito Habilitante, dará lugar al rechazo de la Propuesta, según lo expresamente señalado por el Pliego de Condiciones.

CA



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

1.3. En relación con el Proyecto de Infraestructura Desarrollo Vial del Aburrá Norte.

1.3.1. *No está probada la situación de control pues el GRUPO ODINSA S.A solo tiene el veintidós por ciento (22%) del capital social de la sociedad Hatovial S.A.*

A folio 267 de la Propuesta, se indicó en los siguientes términos:

"Que la sociedad GRUPO ODINSA S.A. (...) posee a la fecha el 22.16% del capital de la Sociedad Concesionaria HATOVIAL S.A. y CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. (...), posee a la fecha el 21.105% del capital de la sociedad".

Sobre el asunto, solicitamos al Comité Evaluador se refiera al numeral 1.1.1 del presente acápite que hace alusión a la situación de control de éste mismo Proponente en otro de los Proyectos que pretende acreditar como experiencia en Concesiones en Proyectos de Infraestructura, por tratarse de idénticas situaciones de hecho, en donde se establece claramente que no existe prueba de la situación de control correspondiente.

1.3.2. *El Proponente no aportó la certificación de la Entidad Deudora exigida en el numeral 3.6.9. (c) del Pliego de Condiciones.*

En efecto, 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.

1.3.3. *Quien suscribe la certificación de la "entidad contratante" no cuenta con la capacidad jurídica para comprometer a la Gobernación de Antioquia, y por tanto debe tenerse por no presentada dicha certificación.*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

A folio 267 de la Propuesta, obra una certificación expedida por el Gerente del Proyecto Desarrollo Vial Aburrá Norte, suscrita por el señor HERNÁN MORENO GÓMEZ. Sin embargo, no obra en la Propuesta constancia alguna de que el señor Moreno Gómez se desempeñe en dicho cargo, ni que dicho cargo conlleve el ejercicio de la representación legal de la Gobernación de Antioquia.

Conforme con lo anterior, se debe tener como no presentada la certificación exigida en el Pliego de Condiciones, numeral 3.6.10. (d) en virtud de la cual se debe acreditar la representación legal o autorización de las personas que firman todas las certificaciones adjuntas a la Propuesta.

Esta omisión implica necesariamente que no quedó probada la experiencia en el "Proyecto de Infraestructura Desarrollo Vial del Aburrá del Norte". Cualquier interpretación en contrario, resultaría violatorio del principio de igualdad, puesto que la Administración Concedente no se estaría sujetando a la literalidad y contenido del Pliego de Condiciones.

1.4. En relación con el Concesión Santa Marta- Riohacha- Paraguachón

1.4.1. No está comprobada la situación de control de la sociedad GRUPO ODINSA S.A. sobre la sociedad CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A. ejecutora del proyecto. Adicionalmente dicha situación debió comprobarse para poder acreditar la experiencia en financiación de Proyectos de Infraestructura presentada.

Según consta en certificación emitida por el Represente Legal de la sociedad CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A. y su revisor fiscal (la cual no es la forma de acreditarlo según lo indicado en el numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones), la participación accionaria de ODINSA S.A cuando tuvo lugar el primer desembolso del crédito, era del 41.562%; en los siguientes seis (6) desembolsos, del 40.830% de la participación accionaria y en los en los restantes desembolsos contaba con el 30% de participación accionaria sobre aquella. Por lo anterior, y teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 3.5.1. del Pliego de Condiciones, no se prueba el control de acuerdo con el Código de Comercio de Colombia.

1.4.2. No se presentaron los documentos exigidos en el Pliego de Condiciones para comprobar la experiencia en Proyectos de Infraestructura y por tanto la

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

experiencia obtenida por la sociedad CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A. no puede ser admitida.

En la acreditación de dicho contrato de concesión como experiencia financiación de Proyectos de Infraestructura, la Propuesta presenta los siguientes errores u omisiones:

- i. La certificación emitida por la entidad Fiduprevisora S.A. actuando en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Banco del Estado en Liquidación, no relaciona las fechas de los desembolsos. Las fechas relacionadas parecieran corresponder a las fechas de los pagarés y no, a las fechas en que se realizaron los desembolsos.
- ii. La certificación emitida por BANCOLOMBIA en calidad de acreedor obrante a folio 281 señala que los desembolsos han sido por COP \$ 252.600.000.000 mientras que la certificación emitida por el Representante Legal de la sociedad CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHON S.A. (que no tiene la calidad de deudora) señala que los desembolsos efectuados por dicho Banco han sido por COP \$232.600.000.000.
- iii. No presentó el aviso de colocación de los bonos.
- iv. Existe una diferencia entre el valor del contrato certificado por el INCO y el valor de los desembolsos los cuales son mayores que el valor del contrato. En este sentido, existe un excedente de recursos obtenidos con la financiación del Proyecto de Infraestructura, de lo cual se infiere que los mismos no fueron destinados de manera exclusiva al proyecto.

La consecuencia evidente de dichas omisiones es que la experiencia obtenida en dicho contrato no se acreditó en los términos y condiciones exigidos por el Pliego de Condiciones lo que impide la comparación objetiva de las Propuestas y por ende la Propuesta en cuestión debe ser rechazada.

2. EL DOCUMENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD FUTURA ES INEXISTENTE POR CARECER DE UN ELEMENTO ESENCIAL.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

A folio 554 de la Propuesta presentada, obra la promesa de la sociedad ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. En el párrafo primero de la cláusula primera de la promesa se establece que:

"Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad, el representante legal de la sociedad concesionaria suscribirá el o los contratos de concesión con la entidad contratante, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, contados desde el día hábil (incluido siguiente a la audiencia de adjudicación). En todo caso, el contrato de promesa de sociedad se elevará a Escritura Pública en la Notaría 25 de Bogotá." (Negrilla fuera de Texto).

Nótese que esta cláusula no establece la fecha o plazo en el cual se constituirá la sociedad prometida.

El numeral 3.3.4 (b) (iv) del Pliego de Condiciones establece:

*"Los aspectos requeridos en los numerales (i) a (iii) anteriores, deberán acreditarse mediante la presentación del contrato de promesa de constitución de sociedad mercantil, en la que se consignen los acuerdos que den cuenta de lo pertinente, con el cumplimiento de los requisitos previstos en tales incisos y en el artículo 119 del Código de Comercio, sujetando la suscripción del contrato de sociedad únicamente a la Adjudicación de la Licitación, **y señalando un término o plazo para la suscripción del contrato de sociedad en dicho evento**, término éste que, en todo caso, deberá permitir el cumplimiento de los plazos máximos establecidos en el numeral 7.3 de estos Pliegos."* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Asimismo, el artículo 119 del código de comercio establece: *"La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y **con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad**. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse."* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Conforme con lo anterior, la promesa de sociedad presentada carece de un elemento esencial determinado por la ley y en consecuencia es inexistente. Sobre el particular el código de comercio en el artículo 898 establece: *"(...) Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales."*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Por ende, es necesario concluir que si la promesa de sociedad se celebró omitiendo uno de los requisitos esenciales del contrato de promesa, dicho acto jurídico es inexistente y por ende, la promesa debe tenerse como no presentada.

La omisión de la presentación implica el rechazo de la Propuesta según lo previsto en el numeral 7.6.4 del Pliego de Condiciones.

3. CUPO DE CRÉDITO NO FUE APROBADO NI CUENTA CON AUTORIZACIÓN ESPECÍFICA DE LOS ÓRGANOS SOCIALES COMPETENTES DEL BANCO PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO RUTA DEL SOL 3.

El cupo de crédito tiene como finalidad original, la comparación objetiva de las Propuestas en términos de la Capacidad Financiera que, a través de un MAP, demuestran que el Sector Financiero está dispuesto a otorgarles un crédito de carácter específico y en firme para la ejecución de un determinado proyecto y desde el punto de vista práctico, su posible utilización para el logro del cierre financiero.

No se trata de un mero requisito de carácter formal como puede ser considerado por algunos. Al contrario, la obtención de un cupo de crédito en firme y de carácter específico permitirá que el futuro concesionario obtenga el cierre financiero del proyecto, lo que en gran medida garantiza el éxito del mismo.

Con base en lo anterior, no resultó suficiente para la Entidad que los Proponentes entregaran el Formato 5 debidamente diligenciado y suscrito (Cupo de Crédito) para comprobar la Capacidad Financiera del Proponente, sino que la Entidad solicitó además, de manera expresa, **copia del extracto del documento** por medio del cual el órgano social competente del Banco, aprobó el cupo de crédito específico si este requisito fuese obligatorio en sus estatutos.

A folio 454 de la Propuesta, obra el cupo de crédito otorgado por BANCOLOMBIA a favor de la sociedad GRUPO ODINSA S.A., como integrante del Proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL.

A folio 456 obra el "extracto de acta de comité de crédito de Junta Directiva" mediante el cual se aprobó el cupo de crédito antes referido. No obstante, dicho extracto está suscrito por una persona de la cual no se acreditan sus facultades como representante legal o en su defecto, como secretaria o presidente de la reunión de la Junta, en abierta contradicción con lo señalado por el Pliego de Condiciones numeral 3.610:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"3.6.10. Las personas que suscriban las certificaciones deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para lo cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción."

En conclusión, no se presentó copia de los estatutos del banco donde se compruebe que no es necesaria una autorización de junta directiva o asamblea para la aprobación del cupo de crédito otorgado.

De conformidad con lo señalado por el Pliego de Condiciones, "Cuando se omitan requisitos, contenidos o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Propuestas", la Entidad Concedente rechazará de plano la Propuesta.

En cumplimiento de lo anterior, el INCO debe proceder a rechazar la Propuesta presentada por ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. P.S.F., por cuanto ésta no presentó "copia del extracto del documento por medio del cual el órgano competente del Banco del Sector Financiero aprobó el cupo de crédito" ni probó siquiera sumariamente que dicho requisito no era necesario de acuerdo con los Estatutos del Banco, según lo indicado en el Pliego de Condiciones. Así mismo, no presentó prueba de que la persona que firma dicha acta de aprobación tenga las calidades de representante legal o autorización para suscribir dicho documento.

4. NO SE ALLEGÓ CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA QUE PRUEBE LA CAPACIDAD DE QUIEN FIRMÓ EL ANEXO 7.

A folio 542 de la Propuesta obra el Anexo 7 suscrito por el Señor ANDRES EDUARDO MONTOYA. No obstante, no se allegó con la Propuesta el certificado de existencia y Representación Legal de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (CONFIANZA) y en este sentido no es posible corroborar que la persona que suscribió el Anexo 7, cuente con la capacidad para expedir dicha certificación. Consecuencia de dicha omisión es que a la fecha el INCO no conoce las condiciones de colocación del seguro, según lo exigido por el Pliego de Condiciones.

Una vez más el Proponente ha hecho caso omiso a lo expresamente señalado en el Pliego de Condiciones numeral 3.6.10 que señala que:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"Las personas que suscriban las certificaciones deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para la cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción."

5. LA FIANZA NO FUE OTORGADA EN DEBIDA FORMA

A folio 614 de la Propuesta, obra el Anexo 2B correspondiente al modelo de Fianza a ser suscrito por el MAP, la cual presenta un error por cuanto no se encuentra plenamente identificado el otorgante de la misma. En efecto, en el encabezado se señala que la "ORGANIZACIÓN DE INGENIERIA INTERNACIONAL S.A. - GRUPO ODINSA S.A. - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA" es la persona jurídica que se compromete a garantizar las obligaciones de la estructura plural "ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA".

El error señalado, implica que el documento no fue expedido en debida forma pues la sociedad que se identifica en el encabezado de la fianza no corresponde a la persona que firmo efectivamente documento de garantía. La anterior situación conllevará la inejecutabilidad de la fianza, razón por la cual debe ser rechazada la Propuesta.

Por lo anterior, el Proponente no dio cumplimiento a lo exigido en el Pliego de Condiciones que obligaba a los futuros socios que sean MAPs y hayan acreditado experiencia.

Dicha omisión genera una imposibilidad de comparar la Propuesta de manera objetiva puesto que otros Proponentes sí dieron estricto cumplimiento a lo solicitado en el Pliego de Condiciones y por tanto desconoce el derecho de igualdad tal como se ha sostenido en otros acápite de la Propuesta.

6. EL PROPONENTE VIOLÓ LA PROHIBICIÓN ESTABLECIDA EN EL NUMERAL 3.2.2 DEL PLIEGO DE CONDICIONES.

De la manera más respetuosa, queremos poner de presente ante el INCO, una situación que consideramos, debe ser tenida en cuenta para efectos de la Licitación, en tanto constituye una violación al numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, el cual establece:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"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".

La circunstancia sobre la cual llamamos la atención, se resume así:

Hemos evidenciado que el grupo empresarial del Dr. William Vélez participa en dos (2) propuestas. La primera, en la Estructura Plural denominada "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF", a través del miembro "GRUPO ODINSA S.A.", que es "Miembro Acreditativo del Proponente" o "MAP". Y la segunda, en la Estructura Plural denominada "VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF" a través del miembro "HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A."

Su participación en la Estructura Plural denominada "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF", a través de GRUPO ODINSA S.A., se da por el hecho de ser el Dr. Vélez, junto con su hermano Francisco Luis Vélez Sierra, miembros de su Junta Directiva, y éste último habiendo participado, con su voto favorable, en la decisión de dicha Junta, que autoriza la participación de la empresa en la Licitación No. SEA-LP-001-2010. (Folio 074 – Propuesta "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF").

La designación de los doctores Vélez en esta Junta Directiva, obedece a la importante participación que tiene el grupo empresarial del Dr. William Vélez en el capital de GRUPO ODINSA S.A., a través de las sociedades ELÉCTRICAS DE MEDELLIN LTDA. y TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.

Respecto de la Estructura Plural denominada "VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF", el grupo empresarial del Dr. William Vélez controla a la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.

La conclusión obvia de este análisis, es que de llegar a ser adjudicataria cualquiera de las dos Estructuras Plurales referidas, uno de los beneficiarios en cualquiera de las dos circunstancias, sería el grupo empresarial del Dr. William Vélez.

La participación del grupo empresarial del Dr. William Vélez, en las dos (2) propuestas, se detalla en la Gráfica que se adjunta como **Anexo No. 1** al final del presente documento.

Finalmente, cabe advertir que el ejercicio de poder decisorio en la Junta Directiva del MAP de un Proponente, ejerciendo paralelamente al control de un miembro de otro Proponente

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

distinto, evidencia un grave conflicto de interés que debe dar lugar al rechazo de las propuestas respectivas, por constituir violaciones a las manifestaciones hechas por dichos Proponentes y sus miembros en el literal (a) de la Carta de Presentación de la Propuesta (Anexo 5), a lo previsto en el Pliego de Condiciones en el punto citado, así como a las declaraciones hechas voluntariamente en las Cartas de Compromiso de Probidad suscritas.

II. CONSORCIO VÍAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL.

1. EL MIEMBRO DEL PROPONENTE CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V, EN ADELANTE CONOISA, NO ACREDITA DEBIDAMENTE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Establece el Pliego de Condiciones en el numeral 3.3.2 que:

"... (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*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay". (Subraya y cursiva fuera de texto).

De la lectura, análisis e interpretación de la disposición citada, podemos concluir que el Pliego de Condiciones exige acreditar a las sociedades extranjeras:

- *Existencia y representación legal.*
- *Objeto.*
- *Fecha de constitución.*
- *Vigencia.*
- *Nombre del representante legal de la sociedad y sus facultades.*

Así mismo, el Pliego de Condiciones contempla tres (3) situaciones de hecho que conllevan a tres modalidades de acreditación de dichos requisitos de capacidad jurídica:

- i. La presentación de **un** documento emitido por autoridad competente de la jurisdicción que contenga **todos** los requisitos exigidos, o,
- ii. En el evento en que conforme a la jurisdicción de incorporación de la sociedad no hubiese **un** documento que contenga **la totalidad de los requisitos exigidos**, el Proponente deberá presentar **todos** los documentos que sean necesarios para acreditar lo solicitado, expedidos por **varias** autoridades competentes, o
- iii. Si en la jurisdicción de incorporación, no existiese **ninguna autoridad o entidad** que certifique la información exigida, se deberá presentar una declaración juramentada de una persona con Capacidad Jurídica para vincular y representar a la sociedad en la que conste:
 - a. Que no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado.
 - b. La existencia y representación legal, objeto, fecha de constitución, vigencia y nombre del representante legal de la sociedad y sus facultades.
 - c. La capacidad jurídica de la persona que efectúa la declaración para vincular y representar a la sociedad.



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

A folio 113, el miembro del Proponente CONOISA, adjunta cinco (5) declaraciones juramentadas. La primera de ellas, que obra a folio 116, establece:

A) Que en la jurisdicción de incorporación de la sociedad no existe un documento que contenga la totalidad de la información solicitada en el numeral (1), acápite (ii) del literal (b), numeral 3.3.2. del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 del Instituto Nacional de Concesiones, INCO, en la República de Colombia, por lo que estamos adjuntando los siguientes documentos para acreditar lo solicitado:

1. Escritura pública número 84,145, de fecha 22 de diciembre de 2000, otorgada ante la fe de la Notaría Pública número 103 del Distrito Federal.
2. Escritura pública número 167,703 de fecha 9 de marzo de 2009, otorgada ante la fe de la Notaría Pública número 38 del Distrito Federal,
3. Escritura pública número 169,231 de fecha 12 de mayo de 2010, otorgada ante la fe de la Notaría Pública número 38 del Distrito Federal.

Nótese que el Proponente en cuestión, declaró que:

"...NO EXISTE DOCUMENTO QUE CONTENGA LA TOTALIDAD DE LA INFORMACIÓN SOLICITADA..."

El Proponente **debió agotar** la posibilidad de aportar **diversos documentos expedidos por una diversidad de autoridades con competencia** para expedir las certificaciones correspondientes a la información solicitada. Es decir, el hecho de que no existiera **un documento** que contuviera la totalidad de la información solicitada, generaba, de acuerdo con el Pliego, la consecuencia y posibilidad de presentar en **diversos documentos**, (*los documentos necesarios*) emitidos por autoridad competente.

Ahora bien, de no existir ninguna autoridad que certificase la información solicitada, era en esa circunstancia, cuando el Pliego permitía la presentación de declaraciones juramentadas, expresando que no existía autoridad o autoridades que expidiesen las certificaciones correspondientes y acreditando por declaración y certificación propia los requisitos de capacidad jurídica.

Es muy importante resaltar, que en la jurisdicción de los Estados Unidos Mexicanos, sí existe una autoridad que expide certificaciones donde se reúne parcialmente la información solicitada.

De acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles de México:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"Artículo 2o.- Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. (Negrilla y subraya fuera de texto.)

(...)

Artículo 6o.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;

II.- El objeto de la sociedad;

III.- Su razón social o denominación;

IV.- **Su duración;**

V.- El importe del capital social;

VI.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.

Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije;

VII.- El domicilio de la sociedad;

VIII.- La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;

(...)

Artículo 7o.- Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante Notario, pero contuviere los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 6º, cualquiera persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura correspondiente. **En caso de que la escritura social no se presentare dentro del término de quince días a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, cualquier socio podrá demandar en la vía sumaria dicho registro.** Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva, contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones". (Negrilla y subraya fuera de texto).

Así mismo, de acuerdo con el REGLAMENTO DEL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

ARTÍCULO 2o.- El Registro Público de Comercio tiene por objeto dar publicidad a los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran para surtir efectos contra terceros. Para la inscripción de los actos mercantiles que conforme a las leyes sean susceptibles de ello, se utilizarán las formas pre-codificadas que la Secretaría, en términos de lo dispuesto por el artículo 20 del Código de Comercio, dé a conocer mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación. Los responsables de las oficinas del Registro, no podrán solicitar otros requisitos distintos a los que se incorporen en dichas formas. (Negrilla y subraya fuera de texto).

De lo anterior, podemos concluir que SÍ existe una autoridad competente de acuerdo con la jurisdicción de incorporación del miembro del Proponente en cuestión, que expida un documento que incluye al menos parcialmente la información exigida en el Pliego. Entonces el Proponente bajo análisis ha debido presentar un documento expedido por el Registro Público de comercio, y manifestar que no existe otra autoridad competente para expedir certificación de la información faltante **y ahí** sí, proceder a auto certificar la información faltante.

Por esta razón, consideramos que el Comité Evaluador debe sostenerse en su decisión de rechazar la Propuesta del Proponente estudiado.

2. 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.

2.1. CONCESIÓN ACUEDUCTO II QUERETARO

En la certificación de la Entidad Deudora, a folio 224, el Señor MANUEL PAREDES MARTINEZ, junto con el Sr. ALEJANDRO ANAYA son quienes pretenden certificar la información requerida por el Pliego de Condiciones, de la siguiente forma.

MA



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Los abajo firmantes, Ingeniero Manuel Paredes Martínez, actuando en nombre y representación de SUMINISTRO DE AGUA DE QUERETARO, S.A. DE C.V., en su carácter de Acreditado conforme al Contrato de Apertura de Crédito de fecha 17 de mayo de 2007 suscrito con Banco Santander (México), S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Santander, como Banco Agente y acreedor, y Contador Público Certificado Alejandro Anaya Quiroz, actuando en su calidad de auditor de la citada sociedad, por medio de la presente certificamos lo siguiente, con relación al referido contrato de crédito:

Sin embargo, la certificación es ineficaz, pues la misma es indebidamente firmada, a folio 228, por el Señor GABRIEL SANCHEZ RAMIREZ, quien definitivamente no participó de la certificación que pretende suscribir.

Las dos firmas que aparecen en el documento son las siguientes:

Alientamento,

SUMINISTRO DE AGUA DE QUERETARO, S.A. DE C.V.

Galaz, Yamazaki,
Urquiza S.C.


Uc. Gabriel Sánchez Ramírez
Representante Legal


C.P.C. Alejandro Anaya Quiroz
Cédula Profesional No. 2092032

Esta evidente inconsistencia en el documento, lo invalida y adicionalmente no permite al INCO verificar la información contenida en éste. Claramente el Sr. Sánchez no puede firmar la certificación que los Señores Paredes y Anaya pretendieron realizar en el encabezado del documento.

Adicionalmente, el Revisor Fiscal que firma el documento, Sr. Alejandro Anaya, aparentemente es funcionario de Galaz, Yamazaki, Urquiza S.C., pero el Proponente bajo análisis, no certifica en su Propuesta esta circunstancia, de conformidad con el numeral 3.6.10 del Pliego de Condiciones que a la letra establece:

"3.6.10. Las personas que suscriban las certificaciones deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para lo cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción."

Esta grave inconsistencia e incumplimiento del Pliego de Condiciones respectivamente, no permiten al INCO establecer la veracidad y la validez de la Certificación de la Entidad

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Deudora, por consiguiente la misma es ineficaz. La ineficacia de la mencionada certificación, debe traer como consecuencia que el INCO tenga por no presentada la experiencia mencionada.

2.2. CONCESIÓN QUERÉTARO – IRAPUATO

En la certificación de la Entidad Deudora, a folio 286, el Señor ALEJANDRO ANAYA certifica la información requerida por el Pliego de Condiciones, en la condición presunta de Revisor fiscal. Como puede observarse en el mencionado folio, cuyo aparte se transcribe a continuación, el mencionado señor, aparentemente es funcionario de Galaz, Yamazaki, Urquiza S.C.

Manifiesto.

CONCESIONARIA DE VÍAS IRAPUATO QUERÉTARO,
S.A. DE C.V.

Galaz, Yamazaki, Ruiz
Urquiza S.C.

Ing. Gilberto Ortiz Gallardo
Representante Legal

C.P.C. Alejandra Anaya Quiroz
Cédula Profesional No. 2032032

Sin embargo, el Proponente bajo análisis, no certifica en su Propuesta esta circunstancia, de conformidad con el numeral 3.6.10 del Pliego de Condiciones que a la letra establece:

"3.6.10. Las personas que suscriban las certificaciones deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para lo cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción."

Este incumplimiento del Pliego de Condiciones, no permite al INCO establecer la veracidad y la validez de la Certificación de la Entidad Deudora, por consiguiente debe traer como consecuencia que el INCO tenga por no presentada la experiencia mencionada.

Adicionalmente a lo mencionado sobre los documentos presentados para acreditar experiencia en financiación de Proyectos de Infraestructura, el Proponente omitió certificar la conversión de moneda por el Banco Central. Esta situación ocurre en extrañamos en las cuatro (4) experiencias presentadas por el Proponente en cuestión.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

3. EL PROPONENTE NO ACREDITÓ EN LOS TÉRMINOS EXIGIDOS POR EL PLIEGO DE CONDICIONES QUE CUENTA CON LA CAPACIDAD FINANCIERA.

1.1. NO SE ACREDITA LA CALIDAD DE REPRESENTANTE LEGAL DE EL SEÑOR LEONARDO ARIZA QUIEN DICE SER FUNCIONARIO DE DELOITTE, CUANDO SUSCRIBE LA CERTIFICACIÓN (FOLIO 699) DONDE SE ACREDITA LA CAPACIDAD FINANCIERA DEL PROPONENTE.

El señor Leonardo Ariza certifica, presuntamente en nombre de la firma de auditores DELOITTE, que el Sr. Ramón Arturo García Chávez, es socio del área de auditoría de la mencionada firma.

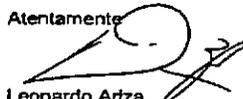
Sin embargo, el Proponente bajo análisis, no certifica en su Propuesta esta circunstancia, de conformidad con el numeral 3.6.10 del Pliego de Condiciones que a la letra establece:

"3.6.10. Las personas que suscriban las certificaciones deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para lo cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción."

Galaz, Yamazaki, Ruiz Urquiza, S.C. (DELOITTE), Auditor Externo de la Sociedad CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE C.V. (CONOISA), certifica que el señor Ramón Arturo García Chávez, con Cédula Profesional No. 1318107 y con Registro de Contadores Públicos ante la Administración General de Auditoría Fiscal Federal No. 06945, de fecha 09 de marzo de 1989, es Socio del área de Auditoría en esta organización.

Se extiende la presente solo para efectos de licitaciones en las que concurre la Firma.

Atentamente


Leonardo Ariza
Director de Administración
y Finanzas

De acuerdo con lo anterior, el INCO no puede verificar la información, por lo tanto deberá considerar como no presentada la certificación en mención, lo que trae como consecuencia que el Formato 2A, se encuentre a su vez indebidamente suscrito. En conclusión deberá el INCO, considerarlo como no presentado.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

1.2. EL PROPONENTE MODIFICÓ DE MANERA ARBITRARIA DEL FORMATO 5. CUPO DE CRÉDITO QUE NO ES DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA PARA EL PROYECTO

El Formato número 5, correspondiente al Cupo de crédito es como sigue:

"Que _____ (nombre completo e identificación tributario del Proponente), (en caso de Estructuras Plurales agregar: integrante de la Consorcio/Unión Temporal (relacionar nombre de la Estructura Plural) conformada por (relacionar los miembros de la Estructura Plural)) tiene con nuestra entidad, un cupo de crédito por valor de (\$) _____ (valor en números y letras) **para la Licitación SEA-LP-001-2010** abierta por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, que tiene por objeto "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." (Negrilla y subraya fuera de texto)

De la lectura del Formato transcrito y específicamente del aparte subrayado en el párrafo anterior, se desprende claramente la destinación específica que el Cupo de Crédito tiene que tener para el proyecto que resulte de la adjudicación de la licitación referida. El INCO a través de diferentes respuestas a preguntas de los

Proponentes y de Adendas a los Pliegos de Condiciones, estableció con toda claridad que la destinación del Cupo de Crédito debería ser específica y exclusiva para el presente proceso licitatorio.

Ahora bien, transcribiremos igualmente, el Cupo de Crédito presentado por el Proponente bajo análisis para poner en evidencia (i) que el Formato fue indebidamente modificado y (ii) que dicha modificación tiene como consecuencia que el mencionado Cupo de Crédito ya no sea de destinación específica:



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Que CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A de C.V, CONOISA, integrante del CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL conformada por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A de C.V, CONOISA Y CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES CONCISA S.A.S tiene con nuestra entidad, un cupo de crédito por valor de USD 100.000.000 (CIEN MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA).

Este cupo de crédito en firme no estará sujeto a aprobaciones posteriores y no está sujeto a ninguna condición. Estará vigente hasta que el INCO le apruebe al Concesionario conformado por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A de C.V, CONOISA Y CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES CONCISA S.A.S el cierre financiero en los términos y condiciones señalados en el Contrato de Concesión de la Licitación SEA-LP-001-2010 abierta por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, que tiene por objeto "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."

Nótese que el Proponente bajo análisis modificó arbitrariamente el Formato 5, eliminando la destinación específica del Cupo de Crédito, pues dividió el documento en dos párrafos diferentes a los ordenados por el Formato original, logrando que se pierda el sentido que pretende darle el INCO al texto del Cupo de Crédito.

El Formato original del Pliego dice: "...tiene con nuestra entidad un cupo de crédito por valor de (\$) _____ (valor en números y letras) **para la Licitación SEA-LP-001-2010 abierta por el Instituto Nacional de Concesiones INCO** que tiene por objeto "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."" (Negrilla y subraya fuera de texto).

El Formato modificado y presentado por el Proponente dice:

"...tiene con nuestra entidad un Cupo de Crédito por valor de USD\$100.000.000 (CIEN MILLONES DE DÓLARES.

El siguiente párrafo del Cupo de Crédito del Proponente bajo análisis, trae la descripción del objeto social, no vinculado a la declaración de la destinación específica como lo establece el

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Formato "...para la Licitación SEA-LP-001-2010 abierta por el Instituto Nacional de Concesiones INCO que tiene por objeto..." sino lo hace, vinculando la descripción del objeto a la vigencia del Cupo de Crédito cuando en el segundo párrafo manifiesta:

Este cupo de crédito en firme no estará sujeto a aprobaciones posteriores y no está sujeto a ninguna condición. Estará vigente hasta que el INCO le apruebe al Concesionario conformado por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A de C.V, CONOISA Y CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES CONCISA S.A.S el cierre financiero en los términos y condiciones señalados en el Contrato de Concesión de la Licitación SEA-LP-001-2010 abierta por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, que tiene por objeto "el

En conclusión el Cupo de Crédito presentado por el Proponente bajo revisión, no es un Cupo de destinación exclusiva y específica para el Proyecto, violándose así claras disposiciones de la Licitación Pública, que deben dar lugar al rechazo de la Propuesta, por ser este un elemento esencial para la comparación de las Propuestas.

1.3. NO OBRA COPIA DEL EXTRACTO DEL DOCUMENTO POR MEDIO DEL CUAL EL ÓRGANO COMPETENTE DEL BANCO APROBÓ EL CUPO DE CRÉDITO.

La certificación del Cupo de Crédito, obrante a folio 766, no está acompañada por una copia del extracto del acta, mediante la cual el órgano competente del Global Bank autoriza el otorgamiento del mencionado Cupo de Crédito.

El Pliego de Condiciones establece que:

"3.8.2. La certificación deberá estar acompañada de: (a) una copia del extracto del documento por medio del cual el órgano competente del Banco del Sector Financiero (i) aprobó el cupo de crédito, si este requisito es necesario conforme a los estatutos del respectivo Banco; y (ii) aprueba al Proponente o al MAP si es una Estructura Plural; y (b) el documento donde se demuestre que la persona que suscribe la Certificación dirigida al INCO es representante legal de la misma, que para los Bancos colombianos será el certificado de existencia y representación legal y el certificado emitido por la Superintendencia Financiera, para el caso de Bancos extranjeros corresponderá a lo señalado en el numeral 3.3.2(b)(ii)(1)". (Negrilla y subraya fuera de texto).

Este requisito es de obligatorio cumplimiento, mientras no se demuestre con la presentación de los Estatutos del Respectivo banco, que no es necesario. Como el



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Proponente bajo análisis no presentó prueba de lo anterior, el Comité Evaluador, tiene que considerar que el Proponente incurrió en la omisión de presentar ya sea el acta de aprobación, o los mencionados estatutos.

1.4. EL GLOBAL BANK, NO CUENTA CON LA CALIFICACIÓN MÍNIMA REQUERIDA OTORGADA POR CALIFICADORA DE RIESGO.

El Pliego de Condiciones en su capítulo de definiciones trae la siguiente:

*Sector Financiero. Son (a) las sociedades colombianas de servicios financieros vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, o (b) las sociedades extranjeras de servicios financieros que se encuentren en el listado que lleva el Banco de la República colombiano de entidades financieras admitidas para prestar a residentes colombianos, cuya deuda de largo plazo cuente con una calificación global de crédito **de al menos BBB de Standard & Poor's Corporation, o su equivalente si es otorgada por una agencia calificadora distinta, caso en el cual deberá ser de reconocida reputación internacional.***

La calificación que tiene el Global Bank Corporation es de A+ (pa) (folio789) tal y como lo certifica el Proponente:

FitchRatings
KNOW YOUR RISK



Bancos
Panamá
Análisis de Crédito

Calificaciones

	Calificación Actual
Global Bank	
Largo Plazo	A+(pa)
Corto Plazo	F1(pa)

Perspectiva

Negativa

Indicadores Financieros

Global Bank US\$ millones	31/12/08	30/06/08
Activos	1,219	1,207
Patrimonio	104	104
Utilidad Neta	8.6	20.3
ROAA	1.0	1.4
ROAE	16.6	20.4
Suficiencia Patrimonial	12.3	12.2

CA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

La calificación de Fitch Ratings A+ (pan) equivale BB- Internacional de Standard and Poors Corporation, calificación menor a la exigida por los pliegos de BBB Standard and Poors Internacional.

Al respecto, cabe señalar que la calificación crediticia dentro de un mismo mercado local o país no es comparable a la calificación crediticia internacional. La calificación local, aunque considera cierta percepción de riesgo de acuerdo con la regulación y el mercado dentro de un mismo país, no coincide con la calificación internacional, ya que el país puede incorporar un riesgo soberano que para un inversionista extranjero puede afectar el retorno de su capital, así la calificación local considere dicha inversión con la más alta calidad crediticia.

Por ejemplo, una calificación de una industria de cierto país puede ser AAA (de la más alta calidad crediticia para el inversionista local) comparable a la misma calificación de su gobierno local; sin embargo, la calificación internacional del gobierno donde se encuentra la industria puede ser B+. Si un inversionista extranjero percibe que tanto el gobierno como la industria tienen calificación de la más alta calidad (AAA) a nivel local, debe considerar que a nivel internacional el AAA se convierte en B+ (calificación más riesgosa), lo cual hace que tanto el país como la industria de ese país no alcancen el grado de inversión.

Para encontrar la equivalencia de la calificación local y la calificación internacional se puede realizar un "mapeo", reexpresando la calificación local en términos de la calificación internacional más el descuento por riesgo país. En el ejemplo anterior, si la calificación local de la industria es AAA local, de acuerdo con el descuento por riesgo país la calificación internacional de la industria es B+; si la calificación de la industria local cambia a AA+ entonces la calificación internacional de la industria es B; si la calificación de la industria local cambio a AA entonces la calificación internacional de la industria es B- y así sucesivamente.

Teniendo en cuenta que el Banco Global Bank Corporation no cumple con la calificación mínima exigida por el Pliego de Condiciones, el INCO no podrá considerar el Cupo de Crédito presentado y por lo tanto deberá rechazar la Propuesta.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

2. EL PROPONENTE NO ACREDITÓ DE LA SITUACION DE CONTROL EN LAS SOCIEDADES EJECUTORAS DEL PROYECTO DE CONCESIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA.

2.1. CONCESIÓN NUEVO NEXACA – TIHUATLAN.

El Pliego de Condiciones en el numeral que a continuación se transcribe, establece determinados mecanismos para probar el control de una sociedad sobre otra. Nótese que el verbo rector de la segunda frase del literal es "verificar".

Es decir, la intención del INCO, al proponer los mencionados mecanismos de prueba, fue verificar que ha ocurrido la situación de control que el Proponente pretendió probar.

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

A folio 206, encontramos que en la Certificación de la Entidad Contratante se establece que CONOINSA tiene una participación del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) en la Sociedad Autovía Necaxa – Tihuatlan S.A.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

2. Que con fecha 7 de agosto de 2007, el Gobierno Federal mexicano por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, suscribió con la sociedad concesionaria AUTOVIA NECAXA – TIHUATLÁN, S.A. DE C.V. AUNETI, constituida de acuerdo con lo establecido en los numerales 2.11.1 y 2.12.1 de las Bases del Concurso Público Internacional No. 00009076-003-06 por Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V. CONOISA, con una participación accionaria de 49.5%, INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS, S.A. de C.V., ICA con una participación accionaria de 0.5% y FCC CONSTRUCCION S.A. con una participación accionaria del 50%, el Título (contrato) de Concesión para: (i) Construir, operar, mantener y conservar el tramo carretero "Nuevo Necaxa-Ávila Camacho" de 36.646 kms de longitud (Tramo Carretero 1) con inicio en el entronque Nuevo Necaxa, kilómetro 139+603 y terminación en el entronque Ávila Camacho, kilómetro 178+000; (ii) Explotar, operar, mantener y conservar el tramo carretero "Ávila Camacho-Tihuatlán" de 48.136 kms de longitud (Tramo Carretero 2) con inicio en el Entronque Ávila Camacho, kilómetro 178+000 y terminación en el Entronque Tihuatlán, kilómetro 225+968, en los Estados de Puebla y Veracruz, en la República Mexicana, por un plazo de 30 años.

De acuerdo con lo que hemos venido sosteniendo a lo largo del presente documento, y dado que la Sociedad Autovía Necaxa – Tihuatlan es una sociedad anónima y no una forma de asociación, de acuerdo con el Pliego de Condiciones se debía probar el control de acuerdo a los criterios establecidos en el numeral 3.5.1. que transcriben el artículo correspondiente al Código de Comercio Colombiano.

A folio 814, el Proponente declara que CONOISA controla a la Sociedad Autovía Necaxa – Tihuatlan S.A. en virtud de que tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y que ejerce a su vez, dicho control en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada:

Que AUTOVIA NECAXA – TIHUATLAN S.A DE C.V, AUNETI, es sociedad controlada por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA, S.A. DE C.V, CONOISA porque:

- (i) Tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas.
- (ii) 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.

Si bien estas dos formas de acreditar control, eran permitidas por parte del Pliego de Condiciones, debemos reiterar que dado que la sociedad concesionaria es una sociedad anónima y no una forma de asociación (Unión Temporal, Consorcio, Etc.), su participación accionaria de 49.5% no le permite acreditar control de acuerdo con el numeral 3.5.1 (i).

Así mismo, y si bien el miembro del Proponente pretende acreditar control a través del numeral 3.5.1. (ii) y (iii), la sola declaración de estas situaciones de hecho no bastan para que el Comité Evaluador pueda verificar la situación de control acreditada. Si el miembro del Proponente en cuestión, pretendía acreditar que tiene la capacidad de emitir los votos

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y que ejerce a su vez, dicho control en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, DEBIA adjuntar los documentos necesarios para que el INCO pueda verificar dicha situación de control.

Al no poder el INCO y los competidores verificar dicha situación de control por la omisión de documentos que prueben las dos declaraciones realizadas, el Comité Evaluador debe tener por no presentada dicha experiencia y proceder a descartar dicho contrato acreditado.

2.2. CONCESIÓN ACUEDUCTO II QUERETARO

A folio 249, encontramos que en la Certificación de la Entidad Contratante se establece que CONOINSA tiene una participación del treinta y seis punto nueve por ciento (36.9%) en la Sociedad Suministro de Agua de Querétaro S.A.

2. Con fecha 24 de Mayo de 2007, la Comisión Estatal de Aguas Gobierno del Estado, (CEA), suscribió con la sociedad SUMINISTRO DE AGUA DE QUERÉTARO, S.A. DE C.V., cuyos accionistas son: CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA, S.A. de C.V., CONOISA, con una participación accionaria del 36,9%, INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS, S.A. de C.V., ICA, con una participación accionaria del 0.1%, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., con una participación accionaria del 24%, FCC CONSTRUCCIÓN, S.A., con una participación accionaria del 1% AQUALIA, GESTION INTEGRAL DE AGUA, S.A., con una participación accionaria del 1%, PROACTIVA MEDIO AMBIENTE MEXICO, S.A. de C.V., con una participación accionaria del 11%, SERVICIOS DE AGUA TRIDENT, S.A., con una participación accionaria del 26%, el contrato cuyo objeto es PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE CONDUCCIÓN Y POTABILIZACIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO II, SU OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO QUE INCLUYE LA ELABORACIÓN DE LOS PROYECTOS EJECUTIVOS, CONSTRUCCIÓN, EQUIPAMIENTO ELECTROMECÁNICO, PRUEBAS, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DEL ACUEDUCTO II CON UNA CAPACIDAD NOMINAL DE 1.5 M3/SEG; DE LA PLANTA POTABILIZADORA CON CAPACIDAD NOMINAL DE 1.5 M3/SEG; DE LAS OBRAS DE ALMACENAMIENTO Y DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS.

De acuerdo con lo que hemos venido sosteniendo a lo largo del presente documento, y dado que la Sociedad Suministro de Agua de Querétaro S.A. es una sociedad anónima y no una forma de asociación, de acuerdo con el Pliego de Condiciones se debía probar el control de acuerdo a los criterios establecidos en el numeral 3.5.1. que transcriben el artículo correspondiente al Código de Comercio Colombiano.

A folio 819, el Proponente declara que CONOISA controla a la Sociedad Suministro de Agua de Querétaro S.A. en virtud de que tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y que ejerce a su vez, dicho control en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada:

Que SUMINISTRO DE AGUA DE QUERETARO S.A DE C.V, es sociedad controlada por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA, S.A. DE C.V, CONOISA porque:

- (i) Tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas
- (ii) 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.

Si bien estas dos formas de acreditar control, eran permitidas por parte del Pliego de Condiciones, debemos reiterar que dado que la sociedad concesionaria es una sociedad anónima y no una forma de asociación (Unión Temporal, Consorcio, Etc.), su participación accionaria de 36.9% no le permite acreditar control de acuerdo con el numeral 3.5.1 (i).

Así mismo, y si bien el miembro del Proponente pretende acreditar control a través del numeral 3.5.1. (ii) y (iii), la sola declaración de estas situaciones de hecho no bastan para que el Comité Evaluador pueda verificar la situación de control acreditada. Si el miembro del Proponente en cuestión, pretendía acreditar que tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y que ejerce a su vez, dicho control en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, **DEBIA** adjuntar los documentos necesarios para que el INCO pueda verificar dicha situación de control.

Al no poder el INCO y los competidores verificar dicha situación de control por la omisión de documentos que prueben las dos declaraciones realizadas, el Comité Evaluador debe tener por no presentada dicha experiencia y proceder a descartar dicho contrato acreditado.

Aunado a lo anterior, no está acreditada la representación legal del señor Carlos Benjamín Méndez Bueno como representante de la concesionaria. Como obra a folio 819 la certificación de control emitida por el Proponente es firmada correctamente por el representante legal de la sociedad controlada, por la cual se acredita la experiencia en financiación de Proyectos de Infraestructura:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Para Constancia de lo anterior se suscribe a los (17) días del mes de mayo del 2010.

Doctor José Luis Guerrero Álvarez
Vicepresidente Ejecutivo CONOISA

Licenciado Luis Castro Románola García
Abogado General CONOISA

Ing. Carlos Benjamín Méndez Bueno
Apoderado

SOCIEDAD SUMINISTRO DE AGUA DE QUERETARO S.A DE C.V

Sin embargo, no se prueba que el Señor CARLOS BENJAMIN MENDEZ BUENO sea el representante legal de la sociedad controlada tal y como lo exige el Pliego de Condiciones en su numeral 3.6.10. Por esta razón, dicha certificación debe ser tenida como no presentada, pues no permite al INCO establecer que dicha sociedad sea efectivamente controlada por el miembro del Proponente en cuestión. Al no probar dicha situación de control, el INCO debe descartar dicha experiencia.

2.3. CONCESIÓN QUERETARO -IRAPUATO

A folio 825, el Proponente declara que CONOISA controla a la Sociedad Concesionaria de Vías Irapuato Querétaro S.A. en virtud de que tiene el noventa y nueve por ciento (99%) de la participación accionaria de dicha sociedad:

Que CONCESIONARIA DE VIAS IRAPUATO QUERETARO S.A DE C.V, COVIQSA, es sociedad controlada por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA, S.A. DE C.V, CONOISA porque:

- (i) Tiene el noventa y nueve por ciento (99%) de la participación accionaria.

Si bien esta forma de acreditar control, era permitida por el Pliego de Condiciones, la sola declaración de esta situación de hecho no basta para que el Comité Evaluador pueda verificar la situación de control acreditada.

Si el miembro del Proponente en cuestión, pretendía acreditar que tiene el noventa y nueve por ciento (99%) de la participación accionaria de dicha sociedad, **DEBIA** adjuntar los documentos necesarios para que el INCO pueda verificar dicha situación de control.

Al no poder el INCO y los competidores verificar dicha situación de control por la omisión de documentos que prueben las dos declaraciones realizadas, el Comité Evaluador debe tener por no presentada dicha experiencia y proceder a descartar dicho contrato acreditado.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

2.4. CONCESIÓN RIO VERDE

A folio 830, encontramos que en el miembro del Proponente en cuestión declara que CONOINSA tiene una participación del noventa y ocho por ciento (98%) en la sociedad Desarrolladora de Proyectos de Infraestructura S.A. y que está a su vez tiene el noventa y nueve por ciento (99%) en la Sociedad ICA San Luis S.A.

Que ICA SAN LUIS S.A. DE C.V. es sociedad controlada por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA, S.A. DE C.V. CONOISA porque:

- (i) Tiene el 88% de participación accionaria en la sociedad DESARROLLADORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V., que a su vez es poseedora del 99,998 % de la sociedad CONCESIONARIA ICA SAN LUIS S.A. DE C.V.
- (ii) Tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas.
- (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.

Para Constancia de lo anterior se suscribe a los (17) días del mes de mayo del 2010,

Doctor José Luis Guerrero Álvarez,
Vicepresidente Ejecutivo CONOISA

Licenciado Luis Carlos Tomalá Barón,
Abogado General CONOISA

Mg. Filiberto Ortiz Galindo
Apoderado

SOCIEDAD DESARROLLADORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V.

Mg. Filiberto Ortiz Galindo
Apoderado

SOCIEDAD ICA SAN LUIS S.A. DE C.V.

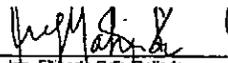
Si bien esta forma de acreditar control para acreditar Requisitos Habilitantes a través de sociedades controladas, era permitida por el Pliego de Condiciones, la sola declaración de esta situación de hecho no basta para que el Comité Evaluador pueda verificar la situación de control acreditada.

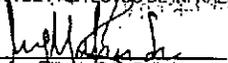
Si el miembro del Proponente en cuestión, pretendía acreditar que tiene el noventa y ocho por ciento (98%) de la participación accionaria en Desarrolladora de Proyectos de Infraestructura S.A. y que ésta a su vez tiene el noventa y nueve por ciento (99%) de la participación accionaria en ICA San Luis S.A., CONOISA **DEBIA** adjuntar los documentos necesarios para que el INCO pueda verificar dicha situación de control.

Al no poder el INCO y los competidores verificar dicha situación de control por la omisión de documentos que prueben las declaraciones realizadas, el Comité Evaluador debe tener por no presentada dicha experiencia y proceder a descartar dicho contrato acreditado.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Aunado a lo anterior, NO ESTÁ ACREDITADA LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL SEÑOR FILIBERTO ORTIZ GALINDO COMO REPRESENTANTE DE LA SUBORDINADA Y DE LA CONCESIONARIA. Como obra a folio 830 la certificación de control emitida por el Proponente es firmada correctamente por el representante legal de la sociedad controlada, por la cual se acredita la experiencia en financiación de Proyectos de Infraestructura:


Ing. Filiberto Ortiz Galindo
Apoderado
SOCIEDAD DESARROLLADORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V.


Ing. Filiberto Ortiz Galindo
Apoderado
SOCIEDAD ICA SAN LUIS S.A. DE C.V.

Sin embargo, no se prueba que el Señor FILIBERTO ORTIZ GALINDO sea el representante legal de la sociedad subordinada ni de la concesionaria tal y como lo exige el Pliego de Condiciones en su numeral 3.6.10. Si bien el Proponente en cuestión adjunto sendas escrituras de las sociedades involucradas en la cadena de control, tal y como lo exige el Pliego de Condiciones, luego de una revisión exhaustiva encontramos que el Señor FILIBERTO ORTIZ GALINDO fue nombrado como Director de Mantenimiento de CONOISA pero no obra prueba de que dicha persona tenga capacidad y facultad para emitir una certificación en nombre de la Sociedad Desarrolladora de Proyectos de Infraestructura S.A. ni de la Sociedad ICA San Luis S.A.

Por esta razón, dicha certificación debe ser tenida como no presentada, pues no permite al INCO establecer que dicha sociedad sea efectivamente controlada por el miembro del Proponente en cuestión. Al no probar dicha situación de control, el INCO debe descartar dicha experiencia.

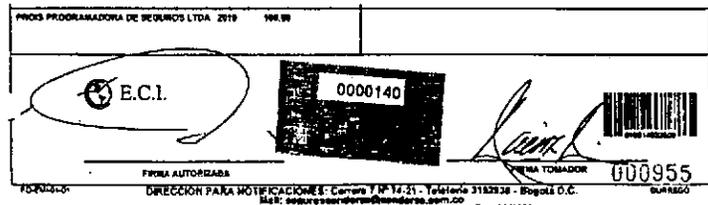
UA



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

- 3. LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES PUESTO QUE NO SE ACREDITA QUE LA PERSONA QUE FIRMA LA PÓLIZA PRESENTADA, SEA EFECTIVAMENTE EL REPRESENTANTE LEGAL DE CONDOR DE ACUERDO CON EL CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL.**

Tal y como obra a folio 955, la firma del representante legal de Condor S.A. es la siguiente:



Así mismo, tal y como obra a folio 965 los representantes legales de Condor S.A. son:

NOMBRE	IDENTIFICACION	CARGO
Eudoro Carvajal Ibañez	CC-117068539	Presidente
José Ancizar Jiménez Gutiérrez	CC-19313003	Primer Suplente del Presidente
Maria Cecilia Del Pilar Gaitan Reyes	CC-51594107	Segundo Suplente del Presidente

Como puede observarse claramente, de la firma de la póliza no se puede verificar cual es la identidad del representante legal de la compañía aseguradora, pues no aparece impreso el nombre de quien firma, por lo tanto no se puede verificar la representación legal del firmante.

Por esta razón, dicha póliza debe ser tenida como no presentada, pues no permite al INCO establecer que dicha compañía aseguradora esté debidamente representada para suscribir la póliza de seriedad de la oferta. Esta grave omisión genera el rechazo de la Propuesta.

WA

[Handwritten signature]

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

III. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A.

1. IMPREGILO

1.1. LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA, ARTESANADO Y AGRICULTURA DE MILÁN, NO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE APOSTILLADA, POR LO TANTO ES UN DOCUMENTO CARENTE DE VALIDEZ EN JURISDICCIÓN COLOMBIANA.

Pese a que en la traducción de la Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura de Milán, aparece como si se hubiera realizado la apostilla de dicho documento, se extraña que en las copias del documento en italiano, no aparezca el sello que compruebe que el trámite de legalización del mismo se haya realizado.

Es probable que falte una copia dentro de los documentos entregados por el INCO y el sello de apostilla conste allí, puesto que no se encuentra foliado el anverso de las páginas; en caso contrario, se puede concluir que se incorporó el texto de la apostilla en el documento traducido sin que se pueda comprobar en el documento original, circunstancia que trae como consecuencia inobjetable, la declaratoria de invalidez del documento en Colombia, que a su vez conlleva al rechazo de la Propuesta por tratarse de un documento que acredita la capacidad jurídica para presentar Propuesta.

Al respecto el Pliego de Condiciones ha señalado de manera expresa que:

"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".

A su vez, y con no menos contundencia, el Decreto 2474 de 2008 señala como causal de rechazo de la oferta, la falta de capacidad jurídica para presentarla así como la imposibilidad de la Entidad Concedente de permitir su subsanación. En este sentido el tenor literal de la norma reza:

Artículo 10

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

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. (Subrayado fuera de texto).

1.2. LA TRADUCCIÓN DEL DOCUMENTO DE CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA, ARTESANADO Y AGRICULTURA DE MILÁN, NO SE ENCUENTRA TRADUCIDO POR UN TRADUCTOR OFICIAL COLOMBIANO, NI EL CÓNSUL COLOMBIANO SEÑALA QUE LA PERSONA QUE HACE LA TRADUCCIÓN ES UN TRADUCTOR OFICIAL EN ITALIA.

El Pliego de Condiciones señala en el numeral 5.2.8. que:

El idioma de la Licitación será el castellano, y por lo tanto, se solicita que todos los documentos y certificaciones a los que se refiere este Pliego, emitidos en idioma diferente al castellano, sean presentados en su idioma original y traducidos al castellano por un traductor oficial, salvo por los Anexos (mas no los documentos que se adjunten a los Anexos) a estos Pliegos que podrán ser prestados en traducción simple. Adicionalmente, el INCO acoge el concepto emitido por la Cancillería colombiana y también admitirá que las traducciones sean efectuadas por traductores oficiales en el país de origen del Proponente o miembro de la Estructura Plural siempre que el sello de la apostilla o la autenticación que efectúe el cónsul colombiano señale que la persona que hace la traducción es un traductor oficial en dicho país. (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, contrario a lo expresamente exigido por el Pliego de Condiciones, los documentos que se encuentran en italiano (Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura de Milán, así como los extractos de los estatutos) se presentaron traducidos por *Giorgio Gatti* y *Flavia Carissimi*, respectivamente, traductores que no son Oficiales en Colombia, ni el cónsul colombiano señaló que dichas personas se desempeñan como traductores oficiales en Italia.

Aparece eso sí, un "acto juramentado de traducción extra juicio" por medio del cual *Flavia Carissimi* (y no *Giorgio Gatti*) declara que se desempeña como traductora oficial de la lengua italiana a la lengua española lo que, sin lugar a equívocos, no puede equipararse a la certificación que debió haber sido proferida por el cónsul colombiano y presentado con la respectiva Propuesta al cierre de la licitación.

MA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En consecuencia y de conformidad con el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil¹³ que señala que "*para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por un traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente*", pues de lo contrario no tendrán validez probatorio de conformidad con la legislación colombiana.

2. INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A. INFRACON S.A. NO SUSCRIBIÓ LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA

El nombre y razón social de la sociedad referenciada en el enunciado, según consta en el certificado de Cámara de Comercio obrante a folio 160 de la Propuesta, es **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A. INFRACON S.A.**, sin que se encuentre inscrito ningún tipo de sigla que permita identificarla de manera diferente.

Sin embargo, a folio 8 de la Propuesta, "*Carta de Presentación de la Propuesta*", aparece que "*El (los) abajo firmante (s) actuando en nombre y representación de (...) **INFRACON S.A.***", esto es una sociedad diferente a la que el señor CARLOS EDUARDO VERGARA EMILIANI (quien obra como representante legal de la sociedad objeto de análisis) puede representar, y que aparentemente funge como miembro de la estructura plural.

En igual sentido, en la promesa de sociedad futura aparece **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A** como promitente socio, en tanto que según se señalo en precedencia, su nombre completo es **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A. INFRACON S.A.**, de lo que se colige que el poder otorgado en nombre de INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A. no concede la facultad a los apoderados especiales de actuar en nombre de INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A. INFRACON S.A.

¹³ A falta de legislación especial que regule la materia, se hace imperioso acudir, a través de la analogía *legis*, a la regulación de circunstancias similares (en este caso, a la ley procesal civil) a fin de reglamentar las consecuencias jurídicas de la omisión del trámite de legalización de documentos provenientes del exterior.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En consecuencia, según lo señalado en el Pliego de Condiciones, "Cuando exista cualquier error u omisión en los documentos que acrediten la capacidad jurídica de los interesados", la Propuesta debe ser rechazada.

3. FONDO DE CAPITAL PRIVADO RUTA DEL SOL.

3.1. LOS FONDOS DE CAPITAL PRIVADO NO TIENEN CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO.

El artículo 6 de la Ley 80 de 1.993 es claro al establecer que la capacidad para contratar con el Estado está circunscrita a las personas que de acuerdo con el ordenamiento jurídico sean "consideradas legalmente capaces", y sólo por excepción habilita para contratar con el Estado, a dos tipos específicos de entes que no tienen personalidad jurídica: consorcios y uniones temporales.

Al respecto, el texto de la referida norma es el siguiente:

"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."

Sobre la capacidad para contratar con el Estado, se ha pronunciado la jurisprudencia indicando que "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 aquélla la constituye la capacidad para contratar.

La ley 80 de 1.993 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

UA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

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.¹⁴ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, del artículo 6 de la Ley 80 de 1.993, y de acuerdo con las manifestaciones jurisprudenciales contenidas en la sentencia que se acaba de transcribir, se deriva que la posibilidad de "intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas" con el Estado se reconoce a los sujetos que reúnan acumulativamente las siguientes dos condiciones: 1) Ser persona, lo que se traduce en gozar de personalidad jurídica (excepción hecha de la habilitación específica que se otorga a consorcios y uniones temporales), y 2) Ostentar capacidad.

De esta manera, y por jerarquía normativa, el Pliego de Condiciones no puede atribuir capacidad jurídica a sujetos que, o no son personas, o que a pesar de ser personas, son incapaces, incluyendo aquellos incursos en causal de inhabilidad o incompatibilidad.¹⁵

De acuerdo con lo dicho, no obstante que en el numeral 3.2. del Pliego se pretenda introducir una habilitación para reconocer capacidad a sujetos que no gozan de personalidad jurídica, esto es, a los Fondos de Capital Privado, lo cierto es que tal

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-178/96

¹⁵ En este sentido, es indudable que la capacidad para contratar se deriva del atributo de la personalidad jurídica, y por ello, éste se constituye en su presupuesto esencial. Así, se reconoce cuando se examina por la jurisprudencia la fijación de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, partiendo siempre de la consideración de la relación inescindible entre las instituciones de la personalidad jurídica y de la capacidad, entre otras en la Sentencia C-415/94 en la que se afirma: "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." (Destacado fuera de texto)

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

previsión no es suficiente para que en efecto dicha categoría de Fondos de Inversión puedan ser admisibles como "sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas" con el Estado, previsión que contraviene el artículo 6 de la Ley 80 de 1.993, y que por ende debe ser inaplicada.

3.2. LOS FONDOS DE CAPITAL PRIVADO NO CUENTAN CON CAPACIDAD JURÍDICA PARA CONSTITUIR SOCIEDADES.

Los fondos de capital privado (FCP, en adelante) son una especie dentro del género de las carteras colectivas. Al respecto, el Decreto 2175 de 2007 Artículo 9º definió qué se entiende por cartera colectiva:

"Definición de cartera colectiva. Para los efectos del presente decreto se entiende por cartera colectiva todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables una vez la cartera colectiva entre en operación, recursos que serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos.

Siendo entonces los FCP un mecanismo o vehículo de captación o administración de activos, y no una "persona" natural ni jurídica, carecen de aptitud legal para constituir cualquier tipo de sociedad civil o comercial de conformidad con la legislación colombiana vigente. En este sentido, basta realizar una interpretación literal de las normas del Código de Comercio, para concluir que la participación en calidad de socios o accionistas de los FCP se encuentra proscrita.

Al respecto, el artículo 98 del Código de Comercio dispone:

"Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en toras bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades en la empresa o actividad social

(...)".

En este mismo orden, el artículo 110 del Código de Comercio señala:

La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

1. Nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las **personas naturales** deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación legal; con el nombre de las **personas jurídicas**, la ley, decreto o escritura que se deriva de su existencia.

En igual sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades respecto de la incapacidad jurídica de los Patrimonios Autónomos (asimilables para los efectos que nos ocupan a los Fondos de Capital privado) para constituir sociedades:

"Sobre el particular, me permito informarle que ha sido criterio inveterado de esta oficina que **sólo quienes gozan de personalidad jurídica tienen capacidad para celebrar contratos de sociedad en las diversas modalidades societarias contenidas en el Código de Comercio, de lo cual se colige que entes tales como los patrimonios autónomos, que no gozan de tal atributo, carecen de capacidad para tal fin**, posición que ha sido plasmada en varios de sus pronunciamientos, tal como el Oficio 220-53163 del 20 de agosto de 2003 (reiterado con el Oficio 220-000754 del 13 de enero de 2005), del cual me permito extraer lo siguiente:

"...Como los interrogantes planteados se dirigen al desarrollo de un trabajo de tipo académico como profesional del derecho, a pesar de que dicha labor no ha sido asignada por la ley a esta Superintendencia, se le sugiere, en primer lugar, un examen del contrato de sociedad (art. 98 Co. de Co.), particularmente de **los elementos que le son propios, uno de ellos, la pluralidad de personas, condición ésta última que se predica tanto del individuo de la especie humana como de la persona jurídica**, la que una vez legalmente constituida, nace a la vida jurídica con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, por consiguiente, sujeto que puede ser representado judicial y/o extrajudicialmente, atributos que también son propios de la persona física o natural (arts. 73, 74, 633 y siguientes del C. C.).

No obstante, con fundamento en el artículo 1233 del Código de Comercio, ésta Entidad ha expresado que "... pese a que **el fiduciario tiene la propiedad de los bienes fideicomitidos, los mismos no se confunden con sus propios activos, sino que deben ser manejados en forma separada e independiente, dando lugar al denominado patrimonio autónomo. Dicho patrimonio no tiene el carácter de persona jurídica, es decir, no es, en sí mismo, un sujeto...**" (Resaltado fuera de

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

texto). (Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000-Superintendencia de Sociedades, Página 333).

Entonces es fácil concluir, en orden a absolver lo solicitado, que si el patrimonio autónomo carece de personalidad jurídica, mal puede concurrir a la celebración de un contrato de sociedad... (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, no solamente el Estatuto de Contratación Pública (régimen especial) impide la contratación con entes que no sean "personas" (con las excepciones ya mencionadas) ni con incapaces jurídicos, sino que además la legislación comercial tampoco ha reconocido el carácter de personas a entes tales como patrimonios autónomos por carecer de capacidad jurídica, inclusive para la conformación de sociedades (contrato típico regulado expresamente por el Código de Comercio).

3.3. CONSECUENCIA JURÍDICA: INAPLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEL PLIEGO DE CONDICIONES Y RECHAZO DE LA PROPUESTA POR FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA PARA CONTRATAR.

Sobre la inaplicación de las disposiciones de un Pliego de Condiciones que contravengan la Ley, el Consejo de Estado ha señalado que: "(...) aunque la Constitución no la contemple expresamente resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos, que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución (...)

La inaplicación, concretamente de las disposiciones del Pliego de Condiciones, encuentra sustento, además, en la ley 80 de 1.993, la cual en el inciso segundo del literal f. del numeral 5 del art. 24, sanciona con la ineficacia, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral.^{16 //17}

¹⁶ Nota de la Cita: "La ineficacia, de pleno derecho, en los términos que establece la ley 80 de 1.993, permite concluir que no siempre habrá necesidad de demandar directamente el Pliego de Condiciones. Basta que en él se estipulen disposiciones que contravengan lo que la ley señala para que se le fulmine esa sanción."

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Con fundamento en lo anterior, el hecho consistente en que de la promesa de sociedad futura YUMA S.A. haga parte un sujeto carente de *"la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas"* contractuales con el Estado, implica que el mismo no pueda ser admitido como Proponente; proceder en sentido contrario supondría que el pliego se atribuye la facultad de otorgarle capacidad jurídica a sujetos no contemplados en el reconocimiento taxativo que realiza el artículo 6 de la Ley 80 de 1.993.

En efecto, de acuerdo con el acápite iii) del literal b) del numeral 3.3.4 del Pliego de Condiciones, los integrantes de la estructura plural deben acreditar su *"capacidad jurídica"* para suscribir el contrato y participar en la sociedad, lo cual es apenas obvio y natural, por cuanto por imposición expresa del artículo 7 de la ley 80 de 1.993, tales PERSONAS, habrán de responder solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la Propuesta y del contrato, lo que *per se* implica la configuración de una *"relación jurídica"* particular de cada una de ellas con el Estado, el que está habilitado para reclamar de todas ellas, de algunas de ellas, o de una sola de ellas, a su arbitrio, el cumplimiento reclamado.

Por consiguiente, en palabras de la jurisprudencia en cita, para que una estructura plural sea admisible, se requiere que todos y cada uno de sus integrantes tenga *"el poder para ser titular de obligaciones"*, siendo diáfano a la luz de nuestro ordenamiento, que un Fondo de Capital Privado carece de la aptitud jurídica para obligarse en los términos en que lo establece imperativamente el artículo 7 de la Ley 80 de 1.993, esto es, para fungir como extremo pasivo al que se le pueda reclamar, en virtud de la solidaridad, el cumplimiento total de las obligaciones contractuales.

Dicha falta de capacidad jurídica se ve reflejada también, en la imposibilidad de presentar Propuesta, que según los términos del Decreto 2474 de 2008, genera irrefutablemente el rechazo de la Propuesta.

En este sentido, el artículo de la norma referida señala que:

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, 27 de noviembre de 2.002, Expediente 13.792. - Citada en la Sentencia de 21 de mayo de 2.008, Radicado 15963, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Artículo 10:

(...)

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.

En razón de lo anterior, la Entidad debe inaplicar la disposición contenida en el Pliego de Condiciones esgrimiendo para ello la excepción de legalidad, no admitir el Fondo de Capital Privado Ruta del Sol, y por falta de capacidad jurídica de uno de los integrantes de la Estructura Plural, proceder al rechazo de la Propuesta PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA.

4. LA EXPERIENCIA ACREDITADA EN PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA DEBE SER RECHAZADA

4.1. LAS CERTIFICACIONES EMITIDAS POR EL DEUDOR Y EL REVISOR FISCAL NO COINCIDEN CON LO SEÑALADO EN EL PROSPECTO DE EMISIÓN DE BONOS NI EN EL FORMATO 3.

Según lo indicado en el Pliego de Condiciones, los Proponentes deberán probar a través de: (i) Formato 3, (ii) copia del prospecto u *offering memorandum* junto con copia del aviso de oferta y (iii) certificación de la Entidad Deudora y su revisor fiscal, la experiencia en concesiones de Proyectos de Infraestructura. Sin embargo, lo certificado en dichos documentos no coinciden entre sí. Veamos:

El prospecto señala que las emisiones de los bonos se efectuaron por un valor de ciento setenta millones de dólares (USD \$170.000.000) (bonos redimibles en el 2004) y de doscientos diez millones de dólares (USD \$ 210.000.000) (para bonos redimibles en el 2009), cifras que suman un valor total de trescientos ochenta millones de dólares (USD \$ 380.000.000), la cual se incluyó en el Formato 3 como valor de los desembolsos efectuados o monto del cierre financiero obtenido en el proyecto de concesión que se acredita como experiencia.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Contrario sensu, las certificaciones emitidas por el representante de la Entidad Deudora y de su revisor fiscal *PriceWaterHouse* manifiestan que el valor de las colocaciones de los bonos emitidos fue de ciento setenta millones de dólares (USD \$ 170.000.000) cada una, de lo cual se infiere que se trata de un desembolso total de trescientos cuarenta millones de dólares (USD\$ 340.000.000) y no de trescientos ochenta millones de dólares (USD \$ 380.000.000) como se diligenció el Formato 3. Adicionalmente, dicha contradicción deja sin fundamento el valor acreditado como monto de colocación.

De lo anterior se colige que al menos uno de los documentos aportados por el Proponente no contiene la información real, y por lo tanto no se acreditó el valor del cierre financiero en los términos exigidos por el Pliego de Condiciones, pues no podría la entidad otorgarle mayor valor probatorio a un documento sobre otro, ni quebrantar el principio de igualdad, al exigirle a los demás Proponentes mayores requisitos para probar una misma situación. Una actuación en contrario por parte de la Entidad, desconocería de manera flagrante la disposición del Pliego de Condiciones que reza al tenor literal así:

"Sin perjuicio de lo establecido por la Ley aplicable, serán rechazada las Propuestas que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos:

(...)

Quando se omiten requisitos, contenidos o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Propuestas".

Dicho error y por tanto omisión de la información exacta sobre los requisitos exigidos por el Pliego de Condiciones, impide la comparación objetiva de las Propuestas lo que debe conducir a su rechazo.

4.2. NO OBRA VALOR DEL CONTRATO QUE SE ACREDITA COMO EXPERIENCIA EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

A folio 208 de la Propuesta se presenta el contrato de concesión para acreditar experiencia en Proyectos de Infraestructura pero no obra valor del contrato, en abierta violación al Pliego de Condiciones numeral 3.6.9 (d), que exige que se presente el contrato de concesión de proyectos de infraestructura que se financió a través del contrato de crédito

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

acreditado, o una certificación de la Entidad Contratante en la que conste, entre otros asuntos, el valor del contrato.

Dicha omisión impide la comparación objetiva de las Propuestas pues no se probó cuál es el valor del contrato de concesión y por ende no se puede comprobar si existe una correlación directa entre el valor del mismo y el monto del cierre financiero obtenido, por lo que resulta imposible afirmar que el Proponente probó su experiencia en financiación en Proyectos de Infraestructura. Por lo anterior la entidad no deberá tener en cuenta la experiencia acreditada.

4.3. LA PARTICIPACIÓN DE LA EMPRESA IMPREGILO S.p.A NO CONTABA CON EL PORCENTAJE EXIGIDO COMO MÍNIMO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES, PARA ACREDITAR EL 100% DE LA EXPERIENCIA OBTENIDA MEDIANTE EL CONTRATO ACCESO NORTE A LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

En primer lugar, es importante señalar que para que el MAP pudiera acreditar dicha experiencia, debía acreditar la situación de control de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y el Código de Comercio de Colombia. Dado que Impregilo S.p.A acredita una participación en la sociedad concesionaria de veintiséis punto noventa y cuatro por ciento (26.94%), es claro que no tiene el control. En gracia de discusión si el INCO aceptara que el MAP puede acreditar dicho control con una participación mayor al veinte por ciento (20%), y menor al cincuenta por ciento, de todas maneras la forma de acreditación está viciada.

El numeral 3.6.7. del Pliego de Condiciones señala que:

"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.

El Proponente en el Formato 3 así como a folio 368 del la Propuesta afirma que cuenta con el 26.94% de participación accionaria en la Sociedad Autopistas del Sol. Dicha afirmación

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

se repite a folio 364 ibídem (página integrante del Prospecto de Emisión de Bonos); sin embargo en este último documento, se presenta seguida de una afirmación que nos permite colegir que, al momento de la emisión de los bonos y que fueron colocados en el mercado público de valores, Impregilo S.p.A no contaba con dicho porcentaje. El texto en su tenor literal el texto referido señala:

"(...)El siguiente cuadro muestra la composición accionaria de la Sociedad [Autopista del Sol] al 16 de mayo de 1997. El 30% del capital accionario ha sido depositado en fideicomiso con Citibank N.A., sucursal Buenos Aires, como para hacer efectiva la oferta de dichas acciones en virtud de la Concesión"

El cuadro que se menciona en dicha cita muestra la composición accionaria a **16 de mayo de 1997**, pero a la fecha de la emisión (31 de julio de 1997) **ya había sido depositado el 30%** del capital social de la Sociedad Autopistas del Sol que, en virtud del Contrato de Concesión, debía poner en una oferta pública dicho porcentaje accionario. A folio 260 (en el anverso) de la Propuesta señala la siguiente obligación para el concesionario:

"Oferta Pública Inicial.

De conformidad con la Concesión, Autopistas del Sol deberá realizar una oferta pública de las acciones representativas del 30% de su capital, antes de agosto de 1999. A los efectos de hacer efectiva la oferta pública la concesión establece que el 30% del capital Sociedad sea depositado con un fiduciario con carácter irrevocable y definitivo para ese propósito. Los accionistas Principales han entregado las acciones en fideicomiso a Citibank, N.A. sucursal Buenos Aires, como fiduciario (...)"

En consecuencia, para el momento de la emisión de bonos la participación que ostentaba Impregilo S.p.A era tan solo del 18.85%, lo que de plano le impide al Proponente acreditar el ciento por ciento del cierre financiero obtenido en el contrato "Acceso Norte a Buenos Aires" y por ende el Proponente no probó su capacidad para desarrollar proyectos en Concesión de Infraestructura.

Dicho contrato, por tanto, no puede ser evaluado ni ser considerado como uno de los Requisitos Habilitantes en los términos del Pliego de Condiciones.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

4.4. NO SE PROBÓ LA SITUACIÓN DE CONTROL DE IMPREGILO S.p.A SOBRE LA SOCIEDAD AUTOPIESTAS DEL SOL.

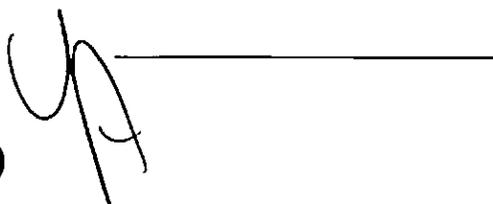
En gracia de discusión, y sólo en caso que la Entidad contratante no tome en cuenta las argumentaciones descritas en el numeral inmediatamente anterior, es menester que la Entidad rechace como experiencia en proyectos de infraestructura, aquella obtenida por Impregilo S.p.A en el contrato de concesión aportado, por cuanto no demostró la situación de control sobre la sociedad Autopistas del Sol, ni de Impregilo Internacional Infraestructures N.V¹⁸, requisito *sine quanon* para que aquella pueda ser acreditada en un 100%.

A folio 522 se encuentra un documento por medio del cual el Proponente manifiesta que no le aplica probar la situación de control. Al respecto nos permitimos disentir de la tal declaración por las siguientes tres razones:

- i. No existe prueba que para la ejecución del proyecto "Acceso Norte a la Ciudad de Buenos Aires" se hubiera utilizado un vehículo de propósito especial, caso en el cual el Proponente debió haber probado, según lo señalado en el Pliego de Condiciones en el numeral 3.6.6, que:

"(...) (a) el vehículo de propósito especial haya sido constituido con el único propósito de obtener financiación; y (b) que los recursos de la financiación obtenida por el vehículo de propósito especial hayan sido destinados de manera única y exclusiva al Proyecto de Infraestructura que se acredita; y (c) que el vehículo de propósito especial controle directamente mediante la participación en el capital social de al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) a la sociedad concesionario que desarrolló el Proyecto de Infraestructura que se acredita".

- ii. No existe prueba de que Impregilo S.p.A, controlara a la sociedad Autopistas del Sol por cualesquiera otros eventos (diferentes a contar con el 50% más uno del capital social) que permita inferir que ésta es una sociedad controlada por aquella. Lo anterior, según lo indicado en numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones:



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

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

Como se manifestó en precedencia, el MAP ni siquiera cuenta con el 20% del capital social de la sociedad Autopistas del Sol, y por tanto la experiencia no puede ser considerada como válida en un 100%.

- iii. Es claro que el Pliego de Condiciones trae una diferenciación expresa para comprobar que se tiene la experiencia, según ésta haya sido adquirida mediante un SPV, una sociedad (diferente a un SPV¹⁹) y las demás formas de asociación (v.gr. *joint venture*, uniones temporales, consorcios, incluidos los patrimonios autónomos).

En el caso en concreto, el contrato presentado como experiencia en proyectos de infraestructura, se ejecutó a través de una sociedad (Sociedad Autopistas del Sol), pero Impregilo no comprobó la situación de control sobre ella. No puede por tanto, trasladarse la experiencia de una persona jurídica a uno de sus socios cuando éste tan solo ha tenido en el mejor de los escenarios, un 26.94 % de participación de la misma y no ha ejercido el control sobre la misma.

¹⁹ Pliego de Condiciones Numeral 1.4, literal (zz). *"SPV. Es una sociedad colombiana o extranjera de cualquier naturaleza constituida de manera previa a la fecha de Cierre de la Licitación en cuyo objeto se incluya la presentación de la Propuesta y la ejecución del Contrato de Concesión en caso de resultar adjudicatario (...)".*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

- iv. Tal como consta a folio 368 de la propuesta, Autopistas del Sol S.A. manifiesta que operó una cesión del 100% de la participación de Impregilo SpA a la Impregilo Internacional Infraestructures N.V., sociedad controlada, aparentemente por Impregilo SpA. Dicha situación de control tampoco se encuentra acreditada según lo estipulado en el pliego de condiciones y por tanto tampoco puede acreditar los desembolsos que tuvieron lugar después del 19 de diciembre del año 2000.

4.5. NO SE ACREDITÓ EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN LOS TÉRMINOS PREVISTOS POR EL PLIEGO DE CONDICIONES.

Adicional a los argumentos ya desarrollados en los numerales anteriores, el Proponente adjuntó una transcripción notarial del contrato de concesión Autopistas del Sol S.A. que quiere acreditarse como experiencia en concesiones, en contravención del pliego que exige que se allegue una **copia debidamente legalizada o certificación de la Entidad Contratante.**

Adicionalmente la transcripción contiene omisiones que ameritan que el INCO solicite una fotocopia auténtica del contrato, entre ellas, la inclusión de puntos suspensivos en el renglón 31 del anverso del folio 210, el renglón 45 del anverso del folio 212, el renglón 17 del folio 219, en los renglones 8 y 9 del folio 228.

La consecuencia, una vez más, es que el Proponente no acreditó la experiencia en proyectos de infraestructura en los términos y condiciones en los que el Pliego de Condiciones solicita. Probar la promesa según el libre arbitrio del Proponente, limita al INCO de realizar la comparación objetiva de las Propuestas y por tanto, debe proceder a su rechazo.

5. OMISIÓN DE ENTREGA DE DOCUMENTOS QUE IMPIDE LA COMPARACIÓN OBJETIVA DE LAS PROPUESTAS.

- 5.1. NO SE ACREDITÓ QUE EL SEÑOR RUBEN VEGA TENGA CAPACIDAD PARA FIRMAR EN NOMBRE DE PRICEWATERHOUSE, LA CERTIFICACION DEL REVISOR FISCAL.**

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

El señor RUBEN VEGA, según obra a folio 334, suscribió la certificación en nombre del Revisor Fiscal de la Entidad Deudora en el Contrato de Financiamiento (o emisión de valores, para el caso en concreto), en ejecución de lo señalado en el Pliego de Condiciones, numeral 3.6.8. literal d. Sin embargo, el Proponente no cumplió con su obligación de probar que las personas que suscriban la certificación, "acrediten su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para lo cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción".

Respecto de este punto, es importante tener en consideración el Concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la omisión de requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones, que señala que:

*"Con base en lo expuesto hasta ahora, estima la Sala que **no es viable hacer ofrecimientos sin cumplir con los Requisitos Habilitantes exigidos para participar, ni en general que la oferta no se ajuste a lo señalado en el Pliego de Condiciones.** Por ello no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su Propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, **"las Propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el Pliego de Condiciones"**, **es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones** y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente."²⁰*

Por tanto, no es el Proponente quien tiene derecho de presentar hasta la adjudicación, los documentos que no aportó al momento del cierre, sino que le corresponde a la Entidad, por expresa facultad conferida por la ley, **solicitar de manera excepcional** la subsanación de documentos que ésta considere necesarios.

 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 1.992 -11001-03-06-000-2010.00034- 00

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Según obra en el informe de evaluación, dicha certificación no fue solicitada por el Comité Evaluador, por tanto el Proponente no se encuentra habilitado para mejorar su Propuesta, modificarla o complementarla a través de la entrega de documentos que no fueron solicitados por la Entidad durante el período de evaluación de las Propuestas.

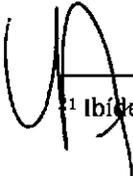
En el mismo concepto de la Sala de Consulta Civil, el Consejo de Estado señaló que:

"No existe el derecho a subsanar. Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su Propuesta a lo largo del proceso contractual."²¹

En consecuencia, no habiéndose probado que quien firma en nombre de *PriceWaterHouse* está facultado para actuar en su nombre, ni que dicha empresa se desempeñe como revisor fiscal de la sociedad Autopistas del Sol, el Proponente no cumplió con su obligación de:

"Adjuntar una certificación de la Entidad Deudora, suscrita por el representante legal y el revisor fiscal o auditor o vicepresidente financiero o su equivalente (o contador en el evento en que (i) la sociedad no tenga revisor fiscal; o (ii) el revisor fiscal o auditor o vicepresidente financiero o su equivalente no pueda suscribir la certificación en los términos señalados en el numeral 3.4.4) en la que conste como mínimo (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado o del valor colocado, (2) los valores y las fechas de los desembolsos o de la colocación, y (3) que el préstamo otorgado o el valor colocado corresponden de manera exclusiva al contrato de Concesión de Proyectos de Infraestructura que se acredita (...)"

La experiencia, por tanto no se encuentra probada y la Entidad debe proceder al rechazo de la Propuesta por cuanto el Proponente no cumple con los Requisitos Habilitantes de la Propuesta que impide su comparación objetiva con la de aquellos Proponentes que sí lo hacen.


²¹ Ibidem.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

5.2. NO SE PROBÓ LA CALIDAD DE MARÍA ANTONIETA RESTREPO PARA ACTUAR EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE BANCOLOMBIA, ENTIDAD OTORGANTE DEL CUPO DE CRÉDITO.

En igual sentido que el punto anterior, a folio 476, obra el extracto del acta de aprobación del cupo de crédito por parte de BANCOLOMBIA. Sin embargo, no se aportó la prueba de que la señora María Antonieta Restrepo Hurtado detente la representación legal o cuenta con autorización expresa para firmar el documento.

En consecuencia, el Proponente tampoco comprobó que cuenta con la capacidad financiera de obtener el cierre financiero del proyecto, pues la omisión de tal certificación impide comprobar que el cupo de crédito haya sido otorgado en firme y de manera especial en cumplimiento de las normas que BANCOLOMBIA tiene para otorgarlo.

Nuevamente nos encontramos ante una omisión de requisito que impide la comparación de las Propuestas, y por tanto, de conformidad con lo señalado en el Pliego de Condiciones, la Propuesta debe ser rechazada.

5.3. EL REVISOR FISCAL QUE FIRMA EL FORMATO 2A NO PROBÓ QUE CUENTA CON CAPACIDAD PARA HACERLO.

A folio 396 de la Propuesta obra el Formato 2A suscrito por el Fondo de Capital Privado, en el cual funge como Auditor Externo del señor JOSÉ DE JESÚS HERNANDEZ HERRERA.

Sin embargo, a pesar de que a folio 408 FAST & ABS certifica por medio del señor JHON EDILBERTO SANCHEZ (en calidad de Director Outsourcing de Nómina) que el JOSE DE JESÚS HERNÁNDEZ se desempeña como empleado de la compañía, a folio 409 (Cámara de comercio de FAST&ABS) se puede corroborar que ni el señor JHON EDILBERTO SANCHEZ ni el SEÑOR JOSE DE JESÚS HERNÁNDEZ cuentan con la capacidad para representar a FAST &ABS ni que dicha Empresa funge como Auditor Externo del Fondo de Capital Privado, incumpliendo de esta manera, con la exigencia contenida en el Pliego de Condiciones en el numeral 3.6.1.

La consecuencia de dicha omisión, según se ha indicado en los numerales precedentes, es el rechazo de la Propuesta por impedir la comparación objetiva de la misma frente a los

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

demás Propuestas que sí acreditaron y cumplieron con los requisitos exigidos por el Pliego de Condiciones.

6. CUPO DE CRÉDITO SE OTORGÓ EN INDEBIDA FORMA

En la certificación de cupo de crédito aprobado por Bancolombia a favor de Impregilo SPA, se identificó a la sociedad con un "NIT" que no consta en los documentos mediante los cuales se acreditan la existencia y capacidad de dicha sociedad.

En consecuencia, Impregilo S.P.A, por ser una sociedad extranjera no tiene NIT²², pero sí cuenta con un número de "Código Fiscal" según obra a folio 91 de la Propuesta y que no coincide con el referenciado en el cupo de crédito. Esto es, el número de identificación de la sociedad utilizado en el cupo de crédito es 900.242.218-1 mientras que el que aparece en los Extractos de los Estatutos Sociales de Impregilo S.P.A. es 00830660155.

7. EL FORMATO 2A DE TECNIVIAL S EN CA NO FUE DILIGENCIADO EN DEBIDA FORMA

A folio 428 de la Propuesta se observa que todos los firmantes, con excepción del representante legal del Proponente, firman en calidad de representante legal, contador y revisor fiscal, respectivamente de la sociedad "CI GRODCO S. en C.A.", y no de la sociedad ADMINISTRADORA RODRIGUEZ GUZMAN CIA LTDA., la que según certificado de Cámara de Comercio, funge como Representante Legal de TECNIVIAL S EN C.A.

8. NO SE CUMPLIERON LOS REQUISITOS EXIGIDOS NI PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA NI PARA EL OTORGAMIENTO DEL PODER A LOS APODERADOS ESPECIALES.

De conformidad con lo señalado en el Pliego de Condiciones, NUMERAL 3.3.4 literal b ordinal (ii), la Promesa de Sociedad Futura deberá cumplir los siguientes requisitos:

 ²² Número de Identificación Tributaria en Colombia. Por tanto, resulta apena obvio y natural, que solo para aquellas sociedades colombianas a quienes se les haya aprobado el Cupo de Crédito en su condición de MAP o de Proponente, aplica tal disposición.



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"Acreditar el nombramiento del(los) representante(s) legal(es) de todas las personas naturales o jurídicas que se comprometan a la constitución de la sociedad futura, con facultades suficientes para la representación sin limitaciones del grupo, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Propuesta hasta la constitución de la sociedad prometida. Este requisito se acreditará con la presentación del documento en el cual conste el otorgamiento del poder al(los) representante(s) común(es) con facultades suficientes para actuar, obligar y responsabilizar a todos y a cada uno de los copartícipes en el trámite de la Licitación. El poder podrá ser otorgado en el contrato de promesa de constitución de sociedad mercantil. El poder deberá contar con presentación personal de los otorgantes y aceptantes, por lo tanto, si el mismo se otorga en el documento de promesa de creación de la sociedad futura, se le deberá hacer presentación personal a dicho documento de promesa".

A folio 578 de la Propuesta, los promitentes accionistas otorgan poder especial a 3 apoderados especiales. Sin embargo los otorgantes del poder, esto es, los representantes legales de la sociedad IMPREGILO S.P.A ni del FONDO DE CAPITAL PRIVADO RUTA DEL SOL realizaron la presentación personal exigida no solo por el Pliego de Condiciones, sino además por expresa disposición legal.

El artículo 65 del Código de Procedimiento Civil:

"(...) El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez de conocimiento, presentado como se dispone para la demanda. (...)"

A su vez, el artículo 84 ibídem, señala que:

"**Las Firmas de la demanda deberá autenticarse por quienes la suscriban, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo...**"

Como consecuencia de dicha omisión los señores MATEO BORDIN, CARLOS LÁZARO UMAÑA y CARLOS EDUARDO VERGARA EMILIANI, **NO TIENEN LA CAPACIDAD DE ACTUAR EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA PLURAL YUMA CONCESIONARIA**

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

S.A., puesto que no todos los miembros de la dicha estructura otorgaron el poder en los términos del Código de Procedimiento Civil ni en los del Pliego de Condiciones.

Aunado a ello, el único de los apoderados que acepta el nombramiento conforme a lo estipulado en el Pliego de Condiciones, es el señor CARLOS UMAÑA TRUJILLO, que si bien no es un requerimiento legal, sí se trata de un requerimiento expreso exigido por el Pliego de Condiciones que debe ser respetado tanto por la Entidad como por los oferentes.

No puede el INCO, por tanto, apartarse de las reglas previamente establecidas en el Pliego de Condiciones pues esto vulnera los principios de igualdad y legalidad que deben primar en las todas las actuaciones administrativas. Dichas normas tienen como finalidad evaluar a los Proponentes en condiciones de igualdad de ofrecimientos a la Entidad, lo cual se vería seriamente afectado si no se respetan y se evalúan a todos los Proponentes bajo los mismos parámetros.

Como si fuera poco lo anterior, el contrato de Promesa de Sociedad Futura no cumple con lo establecido en el subnumeral (iv) del literal b) del numeral 3.3.4 del Pliego de Condiciones, pues no reúne la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 119 del Código de Comercio, que establece que la promesa de Contrato de Sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110 del código de comercio.

Al respecto, se encuentra que en la Promesa de Sociedad:

- i. No se nombran representantes legales.
- ii. No incluyeron causales de liquidación anticipada.
- iii. No establecen lugares de reunión de Asamblea ni Junta Directiva según se puede corroborar en los Arts. 8 y 13.
- iv. Se contradicen límites para que Asamblea y Junta celebren actos relacionados con Contrato de Concesión tal como se corrobora en los Arts. 14 num 9 y art. 15.2.2.2. num. 2:

En consecuencia, la Promesa de Sociedad debe ser considerada ineficaz de pleno derecho, por carecer de un elemento esencial a dicho contrato, de conformidad con lo previsto en los

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

artículos 897 y 898 del Código de Comercio. Las normas enunciadas señalan literalmente que:

*ART. 897 Cuando en este código se expresa que un acto no produce efectos, se entenderá que es **ineficaz de pleno derecho**, sin necesidad de declaración judicial.*

ART. 898 La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de la ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.

*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato **y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.***

Entonces, el escenario es una promesa inexistente, documento que prueba la capacidad jurídica y que resulta insubsanable en razón de lo señalado en el Decreto 2474 de 2008, artículo 10, la Propuesta debe ser rechazada sin lugar a equívocos.

9. LA RECIPROCIDAD NO FUE PROBADA EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY

A folio 612 de la propuesta consta un certificado expedido por el embajador de Colombia en Italia, en el cual se manifiesta:

La Embajada de Colombia en Roma, Italia, certifica que, de acuerdo con la información suministrada por el gobierno de Italia, los bienes y/o servicios de origen colombiano, reciben el trato nacional en las compras estatales, en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de contratos, por parte de las entidades públicas de Italia.

Tal como se deduce del artículo 20 de la ley 80 de 1993 deberá acreditar que:

"las ofertas de bienes y 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."

Nótese que la certificación transcrita no cumple con lo establecido en la ley, por cuanto únicamente certifica el trato igualitario en las compras estatales, dejando por fuera cualquier otro tipo de modalidad contractual.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En tal sentido, según lo señalado en el artículo 10 del decreto 2474, los requisitos que prueben los factores de escogencia y puntuación, no pueden ser objeto de subsanación y por tanto el proponente no se hizo acreedor al puntaje establecido en el numeral 6.3.3 (i) del Pliego de Condiciones.

Como comentarios finales quisiéramos señalar que la fianza suscrita por IMPREGILO no fue suscrita por un apoderado en Colombia, lo que podría dificultar su ejecución por parte del INCO, siendo requisito esencial cuando se trata de empresas extranjeras que no tienen sucursal en Colombia.

IV. CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

1. LA EXPERIENCIA EN CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA – CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE (MHC-ASCENDI) DEBE SER DESCARTADA POR NO HABER SIDO ACREDITA DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES.

1.1. PROYECTO LUSOLISBOA AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A.

1.1.1. Situación De Control.

Para acreditar su experiencia, el Proponente bajo análisis, optó por el mecanismo establecido por el literal c) del Numeral 3.5.2.²³ del Pliego. Adicionalmente, la forma de

²³ 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 previsto en el presente

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

acreditar el control respectivo, lo pretendió hacer mediante el procedimiento permitido por el literal 3.5.2 literal c) numeral romano (ii) número (3). Es decir, optó por acreditar su experiencia a través de empresas controladas de la Matriz, mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del Proponente, la matriz del Proponente y de la sociedad controlada.

Ahora bien, teniendo en cuenta la complejidad que se podría presentar para probar las múltiples cadena de control internacionales, en este y en todos los casos [literales a), b) y c) del mencionado numeral 3.5.2] el INCO manifestó: "para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas"(subraya fuera de texto).

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)

UA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Lo anterior facilitaría, la recolección de la prueba en documentos separados y adicionalmente aclara que todas las sociedades involucradas deben contar con certificaciones suscritas por el correspondiente representante legal. Y esto tuvo todo el sentido, pues cuando los Proponentes optan por este mecanismo, la única manera de probar el control de una Matriz, ejercido a través de una cadena de sociedades hasta llegar a la controlada final, es mediante la declaración de todos los representantes legales de todas las sociedades involucradas.

Ejemplo:

Manifiesta un Proponente que: La MATRIZ **A**, controla a la Sociedad **B**, quien controla a la Sociedad **C**, quien controla a la Sociedad **D**. Se trata entonces de probar, que **D** (sociedad Concesionaria a través de la cual pretende acreditarse la experiencia) es finalmente controlada por **A**.

Para probarlo, el Pliego de Condiciones obliga a que todos los representantes legales de las compañías involucradas certifiquen en un solo documento o en documentos separados dichas circunstancias de control.

Es decir, en primer lugar, debe haber tres certificaciones (en uno o varios documentos separados) de **A** de **B** y de **C** así:

- Que: (i) **A** controla a **B**; (ii) **que B** controla a **C** y (iii) que **C** controla a **D**.

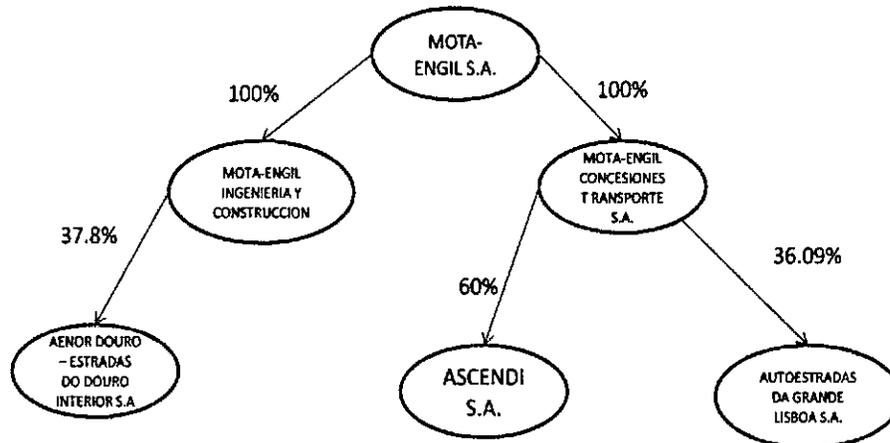
De otra parte deberá haber otras tres certificaciones (en uno o varios documentos separados) de **D**, de **C** y de **B** así:

- Que (i) **D** es controlada por **C**; (ii) Que **C** es controlada por **B** y (iii) Que **B** es controlada por **A**.

Ahora bien, ¿Cuál es la situación que pretende probar ASCENDI S.A.?:

UA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.



Como se puede observar, todos los casos de experiencia que pretende probar el Miembro del Proponente, tienen fundamentos de hecho idénticos a los del ejemplo hipotético recién transcrito.

El Miembro de la Estructura Plural, es ASCENDI S.A. A su vez, dicha compañía pretende acreditar toda la experiencia a través de la MOTA ENGIL SGPS S.A., quien aceptamos que sea la Sociedad Matriz de ASCENDI S.A.

Como se puede observar en el diagrama anterior, la compañía MOTA ENGIL SGPS S.A. es quien encabeza todas las situaciones de control que se configuran en las cadenas allí diagramadas y a través de un grupo numeroso de sociedades llega hasta: (i) la sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A.; y (ii) la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO - ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A.

El Pliego de Condiciones en su numeral 3.5.1. establece que los miembros de una Estructura Plural podrán presentar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas o de su Matriz, o de Sociedades controladas por su Matriz. En el Formato 3A, que obra a folio 228 se establece que el "porcentaje de participación en la forma de asociación" del proyecto Concensao Grande Lisboa, ejecutado por la sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. es del treinta y seis punto cero nueve por ciento (36.09%).

Esta declaración prueba claramente que MOTA-ENGIL CONCESIOENS DE TRANSPORTES SGPS S.A. no tiene el control sobre la sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. de acuerdo con lo establecido por el Pliego de Condiciones donde se regula el caso específico de acreditación de experiencia a través de una sociedad.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Es claro que el Pliego de Condiciones exige en el numeral 3.5.1²⁴, cuando se acredite experiencia a través de una sociedad controlada por la matriz, que se tenga el control en los términos del Código de Comercio de Colombia. Así mismo, el Pliego de Condiciones también reguló el supuesto de hecho cuando se va a acreditar experiencia a través de la participación en una forma de asociación.

"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".

Analizando la disposición citada, se llega a la conclusión que el Pliego diferenció entre acreditar experiencia a través de una sociedad, caso en el cual se debe probar el control en los términos del Código de Comercio de Colombia; y acreditar experiencia a través de la participación en una forma de asociación, caso en el cual se debe probar la participación no menor al veinte por ciento (20%).

Esta diferenciación realizada por el Pliego de Condiciones, tiene razón y sentido pues sólo cuando se tiene el control, el manejo y la dirección de una sociedad, se podría afirmar que se adquiere experiencia en la materia de la ejecución contractual, pues obviamente los contratos son ejecutados exclusivamente por las sociedades y nunca por los accionistas o socios de las mismas. Tampoco están obligados a hacerlo, en razón a que son personas diferentes. Un accionista minoritario no puede declarar o asegurar que ha adquirido experiencia en la materia de la ejecución contractual de la sociedad de la cual es socio o

²⁴ 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 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.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

accionista, pues su rol es eminentemente pasivo y en el mejor de los casos podrá deliberar en ciertas instancias de la administración, pero jamás tomará, ni orientará por derecho propio decisiones definitivas. Por el contrario, un socio mayoritario controlante, sí puede asegurar que mediante el ejercicio de su posición dominante ha acumulado la experiencia de la sociedad en los diversos contratos que esta ejecute.

No sucede lo mismo cuando se pretende acreditar experiencia a través de una forma asociativa tal como una Unión Temporal, Consorcio u otras modalidades de actuación mancomunada y colectiva, pues en esas formas asociativas, todos los miembros de la forma, ejecutan o participan activamente de la ejecución del contrato, razón por la cual, sí adquieren la correspondiente experiencia en la ejecución del contrato que se pretenda acreditar.

De otra parte es fundamental comprender, que las Entidades estatales tienen la obligación de traer contratistas idóneos y expertos a la contratación estatal. Al respecto, la ley 1150 de 2007 en su artículo 5 numeral 1 establece que "(...) *La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor (...)*". Esta norma de la ley 1150 de 2007 pretende que la entidad exija en el Pliego de Condiciones requisitos de experiencia que sean proporcionales y adecuados al objeto que se pretende ejecutar. Teniendo en cuenta lo anterior, es obligación de la entidad concedente exigir en el Pliego de Condiciones que las experiencias acreditadas sean proporcionales a la magnitud y alcance del contrato a adjudicar. Tuvo entonces razón el INCO al requerir que cuando se acreditase experiencia a través de sociedades controladas por la matriz, se debiera probar el control en los términos del Código de Comercio de Colombia y cuando se acreditase experiencia por medio de formas de asociativas donde la matriz tuviera participación exigiera una participación no menor al veinte por ciento (20%).

Podemos afirmar entonces, que MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. no tiene el control, en los términos del Código de Comercio de Colombia, sobre la sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. Tampoco podemos afirmar que aquella participa en ésta mediante una forma asociativa (Unión Temporal, Consorcio, etc.). Es simplemente una persona jurídica que es accionista de un treinta y seis punto cero nueve por ciento (36.09%) en una sociedad anónima.

Ahora bien, sólo en gracia de discusión: si el Comité Evaluador acepta que se acredite la experiencia de una sociedad concesionaria, a través de una supuesta Matriz "controlante" que apenas detenta una participación accionaria del 36.09% y que esto significa que la

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

controla en los términos del numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones (situación totalmente irregular y violatoria de los pliegos de condiciones y de la Ley), nuevamente en gracia de discusión, encontramos que de todas maneras dicha experiencia se encuentra indebidamente acreditada pues se omiten algunas certificaciones exigidas por el Pliego, tendientes a **acreditar la situación de control de todas las sociedades involucradas en la cadena de control.**

En el caso que nos ocupa, el miembro de la estructura plural ASCENDI S.A. (MAP) pretende probar Requisitos Habilitantes (experiencia en financiación de proyectos de infraestructura) a través de la Sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., sociedad supuestamente controlada por MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. quien a su vez es controlada por MOTA-ENGIL SGPS S.A. supuestamente la Matriz de ASCENDI S.A. (MAP).

Para poder probar dicha situación de control, de acuerdo a lo establecido expresamente por el Pliego de Condiciones, es menester probar tres situaciones de control:

- i. La que existe entre MOTA ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. sobre la Sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. acreditada por MOTA ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A.
- ii. La que existe entre MOTA ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. sobre la Sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. acreditada por AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A.
- iii. La que existe entre MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. sobre ASCENDI S.A. acreditada por ASCENDI S.A.

Esta cadena de controles debe ser acreditada con el fin de demostrar la condición de Matriz de MOTA - ENGIL SGPS S.A. frente a ASCENDI S.A. y frente a AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A.

A folio 537 obra una certificación firmada por los representantes legales de MOTA - ENGIL SGPS S.A., de MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. y de MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. Esta certificación acredita el control de MOTA - ENGIL SGPS S.A. sobre MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. y sobre MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. pero no sobre ASCENDI SGPS S.A.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Desafortunadamente, no se terminó de probar la cadena de control, pues no se certificó el control que sobre ASCENDI SGPS S.A tuviese alguna de las anteriores personas jurídicas, violando lo expresamente establecido en el Pliego de Condiciones cuando establece que:

"(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". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Es por todo lo anterior, que el INCO no podrá tener en cuenta para efectos de evaluación, ninguna de las experiencias presentadas por el Proponente bajo análisis.

1.1.2. Las alternativas para acreditar experiencia de sociedades controladas por la matriz y de acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales anteriores, no pueden combinarse sin participación directa y situación de control por parte del miembro del proponente

YA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Sin perjuicio de lo señalado en numeral anterior, en caso de que el INCO no acepte tal argumentación, se quiere poner de presente que a folio 410, se establece que la participación accionaria de MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. en la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A es del 37.08%. De igual manera, a folio 306 se establece que la participación accionaria de MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. en la Sociedad LUSOLISBOA – AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA, S.A. es del 36.09%. Más adelante, a folio 538 se establece que MOTA – ENGIL SGPS, S.A.: *"es la matriz de Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. (...)"*

De esta manera, cuando ASCENDI – CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., pretende acreditar para sí la experiencia de las Concesiones de Proyectos de Infraestructura "ESTRADAS DO DOURO INTERIOR" y "AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA", que fueron ejecutadas por otras sociedades sujetas a control común de su matriz, pero en las cuales dichas sociedades tienen porcentajes de participación menores al cincuenta por ciento (50%) más uno (37.08% y 36.09%, respectivamente), **incurriendo en una violación adicional a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, porque pretende combinar, como si fueran una sola, dos alternativas distintas e independientes que el Pliego ofrece en los Numerales 3.5.1. y 3.6.7. a los Proponentes para acreditar la experiencia requerida en Concesiones de Proyectos de Infraestructura.**

Por un lado, utiliza el numeral 3.5.1., el cual establece la posibilidad de acreditar experiencia de matrices, controladas o sociedades controladas por la matriz, siempre que se demuestre debidamente la situación de control. Es decir, puede utilizar experiencia de la Matriz, sólo si controla al vehículo que tiene la experiencia específica y al miembro del Proponente que pretende acreditarla, de acuerdo con lo previsto en el citado numeral.

Por otro lado, combina la alternativa anterior con la posibilidad de acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales anteriores, que establece el numeral 3.6.7., pero desconociendo la previsión expresa que establece ese mismo numeral, cuando exige que sea el Proponente o MAP del Proponente, el que tenga tal participación en la forma de asociación, **de manera directa**. Es decir, pretende acreditar el miembro del Proponente o MAP, una experiencia de su Matriz, a través de la participación de ésta, sin control en los términos del numeral 3.5.1., en un vehículo del cual es socio, cuando el Pliego y las previsiones del proceso, han establecido que tal posibilidad sólo es permitida para acreditar experiencia, cuando el miembro del Proponente de manera directa, no a través de su Matriz o vinculadas, tiene una participación de al menos el 20%.

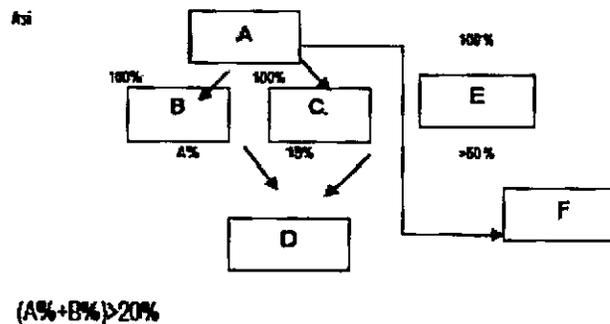


ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En conclusión, si pretende hacerlo con la Matriz, ésta debe mostrar control directo a través de una participación del 50% o superior, sobre el vehículo que acredita y sobre el proponente, pero nunca combinar las opciones, porque dejaría sin efecto disposiciones expresas del Pliego, que se dirigen expresamente a diferenciar situaciones.

Esta interpretación del Pliego de Condiciones, fue integralmente acogida por el INCO en su respuesta a la **Pregunta no. 1 de la Sexta Ronda de Preguntas y Respuestas** de la Licitación, en la cual se le preguntó:

De lo anterior concluimos que, se podría acreditar la experiencia de la sociedad matriz del miembro del Proponente, quien a través de dos sociedades controladas cien por ciento por la sociedad matriz tiene indirectamente más del 20% de la figura asociativa que ejecuta el Contrato de Concesión del Proyecto de infraestructura.



De acuerdo con lo anterior, la matriz del miembro del Proponente (F) es la sociedad A, en la medida en que la sociedad A a través de la sociedad E tiene el control de la sociedad F, por tener más del 50% del capital social.

El miembro del Proponente F podría acreditar la experiencia de la sociedad matriz A quien a través de dos sociedades (B y C) totalmente controladas por la matriz A, tiene más del 20% de la sociedad D (la figura asociativa), sociedad que ejecuta el contrato de concesión.

A esta pregunta, la entidad respondió:

"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

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

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. **A juicio del INCO no es viable combinar las dos alternativas, como tampoco se podrían sumar participaciones menores entre empresas de un mismo grupo hasta llegar al porcentaje mínimo requerido para los efectos del numeral (ii) de esta respuesta.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De esta manera, ASCENDI - CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., miembro del Proponente CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE (MHC-ASCENDI), no puede acreditar las dos (2) experiencias analizadas, ya que: (i) ni participa directamente en las dos sociedades concesionarias con el 20% o más; (ii) ni su Matriz controla, directa o indirectamente, en los términos del numeral 3.5.1. dichas sociedades concesionarias, tal como se certifica en los folios 306 y 410.

1.1.3. CERTIFICACIÓN DE ENTIDAD DEUDORA ES INVALIDA PUES FUE EXPEDIDA POR UNA PERSONA SIN PODER PARA REPRESENTAR A LA SOCIEDAD.

A folio 233 obra la certificación de Entidad Deudora, la cual está suscrita conjuntamente por los presuntos representantes legales de la sociedad concesionaria. En virtud de lo dispuesto por el numeral 3.6.10., las personas que firmen los documentos presentados en la Licitación deberán acreditar su representación legal o autorización para suscribir dichas certificaciones.

Luego de la revisión de los documentos presentados por el miembro del Proponente, con los cuales pretende probar la representación legal de las personas que firman el documento, encontramos a folio 248, que el señor JOSÉ HENRIQUE PARENTE DE SOUSA REVÉS si bien fue nombrado vocal del Consejo de Administración, su mandato tenía un término definido restringido como obra a folio 255. El mandato del señor JOSÉ HENRIQUE PARENTE DE SOUSA REVÉS tenía una plazo de duración (2006/2009), razón por la cual el

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

firmante en cuestión, para la fecha en que expidió el documento de certificación no tenía poder para hacerlo. Adicionalmente, tal y como obra a folio 247, la única forma de que la certificación expedida obligue y comprometa a la sociedad, es mediante la firma conjunta de dos administradores.

En conclusión, dado que el señor JOSÉ HENRIQUE PARENTE DE SOUSA REVÉS no tenía poder para firmar la certificación y dado que la certificación solo tiene validez si es firmada conjuntamente por dos administradores, la certificación carece de validez y debe tenerse como no presentada. Por ende, la Comité Evaluador, debe descartar la experiencia acreditada, pues el miembro del Proponente en cuestión no adjunto una certificación esencial para la verificación de la información acreditada en la propuesta.

1.2. SOCIEDAD SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A

Ratificamos el argumento planteado en el numeral anterior, luego de la revisión del documento que obra a folio 404 y de la información acreditada en el Formato 3A, donde se establece que la participación accionaria de MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. en la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A es del treinta y siete punto ocho por ciento (37.8%).

Así como en el caso anterior, el miembro de la estructura plural ASCENDI S.A. (MAP) pretende probar Requisitos Habilitantes (experiencia en financiación de proyectos de infraestructura) a través de la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A sociedad supuestamente controlada por MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. quien a su vez es controlada por MOTA-ENGIL S.A.

Tal y como lo hemos mencionado y dado que la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. es una sociedad anónima, el Pliego establece que se debe tener Control en los términos del Pliego de Condiciones y su remisión al Código de Comercio de Colombia.

Como ya lo hemos mencionado, el Miembro del Proponente declara en el Formato 3A que la participación accionaria de un sociedad controlada por su matriz (MOTA-ENGIL

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A.) en la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. es de 37.8%. Esta experiencia declarada, no cumple con los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, pues es sólo en el caso en que se pretenda acreditar experiencia a través de una "Forma Asociativa", que la participación de la Matriz del MAP en dicha "Forma Asociativa" que ejecuta el contrato, se permite con menos del cincuenta por ciento (50%) .

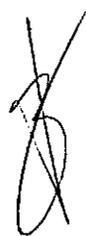
Ahora bien, sólo en gracia de discusión: si el Comité Evaluador acepta que se acredite la experiencia de una sociedad concesionaria, a través de una supuesta Matriz "controlante" que apenas detenta una participación accionaria del treinta y siete punto ocho por ciento (37.8%) y que esto significa que la controla en los términos del numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones (situación totalmente irregular y violatoria de los pliegos de condiciones y de la Ley), nuevamente en gracia de discusión, encontramos que de todas maneras dicha experiencia se encuentra indebidamente acreditada pues se omiten algunas certificaciones exigidas por el Pliego, tendientes a acreditar la situación de control de **todas las sociedades involucradas en la cadena de control.**

Tal y como obra a folio 538, se establece por parte de los representantes legales de MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. de MOTA-ENGIL S.A. y de MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. que existe la situación de control sobre ASCENDI S.A. por parte de MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A.

Tal y como lo dispone el Pliego de Condiciones, se deben adjuntar certificaciones de todas las empresas involucradas en la situación de control. De los documentos anexados por el Proponente, extrañamos las certificaciones de:

- i. ASCENDI S.A. indicando que es controlada por MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A.
- ii. La certificación de la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. indicando que es controlada por MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A.
- iii. La certificación de MOTA-ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. indicando que es controlante de la Sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A.

MA



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En consecuencia, dichas omisiones que impiden la comparación objetiva de las Propuestas, deben llevar al Comité Evaluador a descartar la experiencia presentada por ASCENDI y por tanto, de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones, proceder a rechazar la Propuesta.

1.2.3. NO SE ADJUNTA CERTIFICACIÓN DE ENTIDAD ACREEDORA BANCO EUROPEU DE INVETIMENTO. SE DEBE DESCARTAR LA EXPERIENCIA POR INDEBIDA ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA EN FINANCIACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA.

A folio 237 obra certificación de la Entidad Deudora donde se establece que la:

Concesionaria LUSOLISBOA – AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA, S.A., en cuyo capital social Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A., accionista desde la fecha de constitución, detenta, en esta fecha, y detentaba en la fecha en que ocurrió el cierre financiero ("financial closing") del proyecto, la participación Individual más significativa, con el 36.09% de las acciones representativas del mismo, contrató un paquete de financiaciones de largo plazo en un total de EUR 172.700.000,00 – USD 224.302.760¹, de los cuales EUR 67.700.000,00 – USD 87.928.760¹ – son otorgados por un sindicato internacional de bancos comerciales y EUR 105.000.000 – USD 136.374.000¹ – son otorgados por el Banco Europeu de Investimento. 

Así mismo, a folio 238 se establece que "el sindicato internacional es compuesto por los siguientes bancos en la calidad de "Arrangers": Banco Espiritu Santo de Investimento S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (actuando a través de su representación permanente en Portugal) Mizuho Corporate Bank, Ltd. e ING Belgium SA/NV – Sucursal Portugal".

De lo anterior, nótese que en la certificación de la Entidad Deudora se establece que el paquete de financiaciones son otorgadas, en primera instancia, por el Sindicato Internacional de Bancos antes mencionados y en segunda instancia por el Banco Europeu de Investimento. Nótese además, que según la certificación de la Entidad Deudora, el Banco Europeu de Investimento no hace parte de del Sindicato Internacional de Bancos.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

A folio 306, en la certificación de Entidad Acreedora suscrita por el Banco Espiritu Santo S.A. se establece que: "el Banco Espiritu Santo S.A. en su calidad de "Global Agent" y en representación de todos los bancos que suscriben la financiación ("Lenders") confirma que para el proyecto "Concessao Grande Lisboa", la Concesionaria LUSOLISBOA - AUTOESTRADAS DE GRANDE LISBOA S.A. (...) contrató un paquete de financiaciones de largo plazo en un total de EUR 172.700.000 - USD 224.302.760 de los cuales, EUR 67.700.000 - USD 87.928.760 son otorgados por un sindicato internacional de bancos comerciales y EUR 105.000.000 - USD 136.374.000 son otorgados por el Banco Europeu de Investimento. El sindicato bancario internacional es compuesto por los siguientes bancos en la calidad de "Arrangers": Banco Espiritu Santo de Investimento S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (actuando a través de su representación permanente en Portugal) Mizuho Corporate Bank, Ltd. e ING Belgium SA/NV - Sucursal Portugal".

De lo anterior podemos concluir:

- i. Que el Banco Espiritu Santo actuó en calidad de Agente Global frente al deudor y frente a los miembros del sindicato internacional de bancos.
- ii. Que el Banco Europeu de Investimento no hace parte del sindicato internacional de bancos.

A partir de estas conclusiones, se puede decir claramente que el Banco Europeu de Investimento es también una Entidad Acreedora frente a la concesionaria. En este sentido y de acuerdo con el Pliego de Condiciones, el Banco Europeu de Investimento debía presentar una certificación como Entidad Acreedora, certificación que no obra en los documentos presentados por el Proponente.

En virtud de lo anterior claramente se deduce que los montos desembolsados por el *Banco Europeu de Investimento*, no pueden ser considerados como parte del cierre financiero, y en virtud de ello, **el Proponente no cuenta con la experiencia exigida en el Pliego de Condiciones**, situación que a todas luces impide la comparación objetiva con otras Propuestas.

Nuevamente se reitera que el cumplimiento del Pliego de Condiciones materializa el principio de legalidad imperante en todas las actuaciones administrativas y que de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia, es ley para las partes:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que, en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante²⁵, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes²⁶, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva.²⁷

De acuerdo con lo anterior, el Comité Evaluador debe descartar la mencionada experiencia pues no está debidamente acreditada, ya que un importante acreedor de la Entidad Deudora, por medio de la cual se acredita la experiencia en financiación de proyectos de infraestructura, no está certificando la operación de crédito.

2. LA APOSTILLA DE LOS DOCUMENTOS QUE PRUEBAN CAPACIDAD JURÍDICA, APARENTEMENTE, NO SE PRESENTARON EN ORIGINAL.

De las copias a color que han sido escaneadas por el INCO, se infiere que las apostillas de los documentos otorgados en el exterior no se presentaron en original, tal como lo exige el Pliego de Condiciones. En consecuencia, se solicita respetuosamente al INCO realizar la correspondiente verificación y, en virtud del principio de publicidad y transparencia, ponerla información pertinente a disposición de todos los interesados en el proceso licitatorio en curso.

²⁵Sentencia de 29 de enero de 2004. Sección Tercera del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 10.779. Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES C. F. Ltda.

²⁶ Sentencia de 26 de marzo de 1992, Sección Tercera del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Carlos BETANCUR Jaramillo. Exp. 6.353. Actor: CEAT GENERAL DE COLOMBIA S. A. Ver en el mismo sentido concepto de 16 de mayo de 1967 de la de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora (Anales Tomo LXXII pág. 23).

²⁷ Consejo de Estado, Sentencia 15005 proferida el 8 de junio de 2006.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Así, en caso que el INCO llegare a comprobar que las apostillas aportadas por el Proponente no fueron presentadas en original, deberá tenerlas como no presentadas de conformidad con los señalado en el numeral 3.3.2.:

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

Tal como se ha manifestado con anterioridad, el Decreto 2474 de 2008 y el Pliego de Condiciones, argumento corroborado recientemente mediante Concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *"el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, **respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible,** y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente"*,²⁸

En consecuencia, si los documentos carecen de validez en Colombia y por tanto, la Entidad los tiene como no presentados, la consecuencia inobjetable es la imposibilidad de subsanación por tratarse de documentos que prueban la capacidad jurídica del Proponente.

3. LA SOCIEDAD MEYAN NO APORTÓ TODOS LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA COMPROBAR QUE CUENTA CON CAPACIDAD JURÍDICA PARA PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN PÚBLICA.

A folio 142 de la Propuesta, se adjuntó por parte del Proponente CONCESION VIAL DEL CARIBE el certificado de existencia y representación legal de la sociedad MEYAN S.A. en el cual se establece como facultades del representante legal las siguientes: *"(...) E. Realizar libremente y sin limitación alguna todos los actos operaciones y contratos comprendidos en el objeto social que sean (sic) necesarios o convenientes para que la sociedad cumpla sus fines a cabalidad, con excepción de los que sean de competencia de la Junta Directiva o de la Asamblea General de Accionistas"*.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 1.992 -11001-03-06-000-2010.00034- 00.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Nótese que el representante legal de la sociedad Meyan S.A. tiene la facultad de realizar todos los actos y contratos, "*con excepción de los que sean de competencia de la Junta Directiva o de la Asamblea General de Accionistas*".

Conforme con la previsión anterior se torna indispensable conocer los estatutos de la sociedad Meyan S.A. con el fin de determinar cuáles actos o contratos están reservados exclusivamente a la Junta o a la Asamblea.

El Proponente adjuntó un Acta de la Junta Directiva de la sociedad (folio 145) en virtud de la cual se autorizó al representante legal para actuar en el proceso que nos ocupa; sin embargo, el evaluador no tiene cómo corroborar que en efecto es la Junta Directiva la que tiene la facultad estatutaria para autorizar al representante para participar en el proceso SEA-LP-001-2010.

Dicha circunstancia, por tratarse de un requisito de capacidad jurídica, no puede ser objeto de subsanación según lo indicado en el Pliego de Condiciones y en el Decreto 2474 de 2008 artículo décimo que señalan, respectivamente que:

"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:"

(...)

Cuando exista cualquier error u omisión en los documentos que acrediten la Capacidad Jurídica de los Interesados (...)".

Artículo décimo del Decreto 2474 de 2008:

"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 jurídica para presentar oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso."

4. EL FORMATO 2A DE LA SOCIEDAD ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A. SE ENCUENTRA INDEBIDAMENTE DILIGENCIADO.

La sociedad MOTA ENGIL SGPS SA no es un miembro de la Estructura de la plural, sino que funge como matriz de la sociedad ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

SGPS SA. Contrario a dicha situación fáctica, el Formato 2 A obrante a folio 474 de la Propuesta, se encuentra diligenciado como si fuera MOTA ENGIL SGPS SA el miembro del Proponente y no ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A.

Aunado a lo anterior, la señora **MARÍA MANUELA MOTA** firmó como **Representante del Proponente (CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA)** y **MARIA TERESA MOTA** firmó en calidad de **representante del Miembro del Proponente**, cuando claramente ninguna de las dos cuenta con la **capacidad jurídica** para comprometer ni al Proponente, ni al miembro de la Estructura que, según consta en la Carta de Presentación de la Propuesta, es la sociedad ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A.

De igual manera, como revisor fiscal del **Miembro del Proponente** figura ANTONIO MARTINS AMARAL, cuya capacidad de representación de Deloitte se acredita a folio 476. Sin embargo nunca se acredita que Deloitte sea revisor fiscal de MOTA ENGIL SPGS S.A. que aparece como "Miembro del Proponente para efectos del Formato 2 A.

Como si fuera poco lo anterior, en certificación de Deloitte que obra a folio 476 firmada por Juan Manuel Araujo de Beja se certifica que ANTONIO MANUEL MARTINS es el revisor fiscal de ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A. No obstante lo anterior el Sr. JUAN MANUEL ARAUJO DE BEJA no acredita su condición de representante legal o autorización para emitir esta certificación, tal y como lo establece el Pliego de Condiciones en el numeral 3.6.10.

En Conclusión, el Formato 2A presenta las siguientes inconsistencias:

- i. Como representante legal del Proponente, firma la representante legal de MOTA ENGIL SGPS SA.
- ii. Como representante legal del Miembro del Proponente, firma la representante legal de MOTA ENGIL SGPS S.A.
- iii. Como Revisor Fiscal del Miembro del Proponente, firma el revisor fiscal de ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A. pero no existe prueba que quien certifica tal situación, tenga la capacidad de representar a la firma DELLOITE.

MA Con base en lo expuesto, la Entidad debe corroborar dicha información y si llegare a encontrar **"inconsistencia definitiva entre la información suministrada por el**

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Proponente y la efectivamente obtenida o suministrada a la entidad por la fuente de donde proviene la información relativa a la experiencia que se pretende acreditar en la Licitación, el documento que la contenga se entenderá como no presentado".²⁹

5. EL PROPONENTE NO PRESENTÓ TODOS LOS DOCUMENTOS PROVENIENTES DE AUTORIDAD COMPETENTE QUE CERTIFIQUEN LA CAPACIDAD JURÍDICA DE MOTA ENGIL SGPS S.A.

A folios 165 y siguientes MOTA ENGIL SGPS S.A. suscribe la Fianza a favor de su controlada, la sociedad ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A. Resulta apenas lógico y concordante con lo establecido en el Pliego de Condiciones para temas de acreditación de la experiencia (numeral 3.6.10), que las personas que suscriban las Fianzas se sean capaces jurídicamente de suscribir dicho documento.

Si bien se encuentra probado que las personas que suscriben la fianza tienen la Representación Legal de la sociedad MOTA ENGIL SGPS S.A., no se encuentra probado que MOTA ENGIL GSPS S.A. cuente con plenas aptitudes jurídicas para poder 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.

El Proponente a pesar de que aportó el "Registro Permanente" de la sociedad MOTA ENGIL SGPS S.A., obrante a folios 174 a 191 de la Propuesta, no se acreditó de ninguna manera la vigencia de la sociedad, por tanto no puede el INCO, bajo ningún entendido, **presumir que dicha sociedad cuenta con el período de vigencia suficiente para honrar las obligaciones adquiridas con la suscripción del contrato de fianza**, que por lo menos deberá permanecer vigente el mismo plazo que tendrá el contrato de Concesión, esto 25 años más cinco años más.

Al respecto, jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha señalado que:

"Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la escogencia del contratista, se desarrollan mediante

²⁹ Numeral 5.7 INFORMACIÓN INEXACTA" del Pliego de Condiciones.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

*la sujeción de la licitación pública a la ley y al Pliego de Condiciones, sin perjuicio de que éste último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él.*¹³⁰

Por lo anterior, no es de perogrullo afirmar que **la capacidad jurídica** en este proceso licitatorio, dadas las especialísimas condiciones de estructuración que presenta, no solamente debía ser acreditada por los Proponentes y aquellos personas (jurídicas y naturales) que forman parte de las Estructuras Plurales, sino además porque aquellos sujetos de derecho que directa o indirectamente, en calidad de matrices y controladas, acrediten condiciones de experiencia, capacidad financiera y garanticen las obligaciones del Proponente o Miembros del Proponente a través de la suscripción de la Fianza.

6. EL PROPONENTE NO CERTIFICÓ EN DEBIDA FORMA LA RECIPROCIDAD Y POR TANTO NO SE LE PUEDE OTORGAR EL PUNTAJE CORRESPONDIENTE.

A folio 614 de la Propuesta, se adjuntó por parte del Proponente CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE una certificación en la cual se manifiesta:

"(...) la administración portuguesa admitirá a licitación a las personas colombianas que se presenten a concursos suministros de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas portuguesas sean admitidas a licitación en concursos convocados por la Administración de la República de Colombia."

Nótese que lo que establece la certificación transcrita es que en Portugal se admite que las empresas colombianas participen en *concursos suministros de bienes, obras y servicios*, pero no se certifica que esa participación sea bajo las mismas condiciones de las empresas portuguesas. En este sentido la certificación aportada no cumple con el numeral 3.3.2 (v) (2) del Pliego de Condiciones, cuyo texto es el siguiente:

"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

¹³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercer. M.P. MAURICIO FAJARDO. 14 de abril de 2010. Expediente 16.432.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales de su país." (Subrayado fuera de texto).

Conforme con lo anterior el INCO deberá tener como no acreditada la reciprocidad por los efectos establecidos en el numeral 7.5.2. del Pliego de Condiciones según el cual "Se preferirá la Propuesta presentada por un Proponente colombiano o extranjero que acredite la reciprocidad sobre aquella presentada por un extranjero que no acredite la reciprocidad. En caso de Estructuras Plurales se entenderá que la oferta colombiana cuando el CINCUENTA POR CIENTO (50%) o más de la participación esté en cabeza de personas colombianas o de extranjeros que acrediten la reciprocidad." En el caso que nos ocupa, y según se desprende de los documentos aportados con la Propuesta (promesa de sociedad que obra a folios 580 a 609) la sociedad portuguesa, ASCENDI-CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPA, S.A. ostentará el 50% de la participación accionaria de la sociedad prometida.

7. LA GARANTÍA DE SERIEDAD PRESENTA VICIOS INSUBSANABLES, POR LO TANTO SE DEBE CONSIDERAR COMO NO PRESENTADA Y EN CONSECUENCIA PROCEDER AL RECHAZO DE LA PROPUESTA.

La garantía bancaria que obra a folio 567 de la Propuesta señala que "...cualquier solicitud de pago bajo esta garantía deberá recibirse en esta institución antes de las fechas límites que en esta garantía se hacen referencia".

En el mismo documento se señala que "Esta garantía estará vigente desde el 10 de junio de 2010 fecha de cierre de la licitación y expirará el día 14 de diciembre de 2010 a las 3:00 p.m. (...)"

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:

Las entidades públicas podrán aceptar el otorgamiento de garantías bancarias a primer requerimiento para garantizar la seriedad de los ofrecimientos (...) siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

(...)

22.2 La garantía deberá ser efectiva a primer requerimiento cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos, se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito"

El contratista u oferente deberá acreditar la constitución de la garantía mediante la entrega del documento contentivo de la misma, (...) y en ella deberá constar... (iii) la forma de hacer exigible la garantía, en la cual no podrá imponer a la entidad contratante condiciones más gravosas a las contenida en este decreto".

Resulta apenas lógico que la entidad pública, en este caso el INCO, pueda acudir al garante para obtener el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del oferente, así se haya vencido el período durante el cual el Banco garantizó que el oferente cumpliría con las obligaciones que tiene a su cargo, eso sí, cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos, se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito.

Sin embargo, el oferente confunde el período cobijado con la garantía, con el período durante el cual puede hacerse la reclamación por parte de la entidad estatal, que según los términos del Decreto señalado, corresponderá a aquel en que la misma ponga en conocimiento del establecimiento de crédito, los hechos constitutivos de incumplimiento.

Claramente bajo estas condiciones, el oferente ha impuesto a la entidad contratante condiciones más gravosas que las contenidas en el Decreto 4828 de 2008 y ha presentado solamente en apariencia, un garantía de seriedad, pues ésta no se acomoda a los términos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones, por lo que debe tenerse como no presentada y por tanto declarar rechazada la propuesta.

Sería inconcebible, además de ilegal, permitir que la garantía de seriedad pudiera llegar a ser subsanada en estos términos, puesto que el oferente estaría acreditando circunstancias que ocurrieron con posterioridad al cierre de la licitación ya que para ese momento no contaba con una garantía de seriedad del ofrecimiento de su oferta, lo cual en virtud del Decreto 4828 tantas veces citado, genera el rechazo de la oferta:

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

"La no presentación de la garantía de seriedad en forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última"

8. LA APODERADA ÚNICA, NI EL SUPLENTE ACEPTAN EL PODER OTORGADO MEDIANTE EL DOCUMENTO DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

A folio 609 a 611 no aparece la aceptación del poder conferido a los señores MARCELA CASTRO y GUSTAVO CASTILLA en calidad de apoderados especiales del Proponente en abierta contradicción a lo señalado expresamente en el Pliego de Condiciones NUMERAL 3.3.4 literal b ordinal (ii), la Promesa de Sociedad Futura deberá cumplir los siguientes requisitos:

"Acreditar el nombramiento del(los) representante(s) legal(es) de todas las personas naturales o jurídicas que se comprometan a la constitución de la sociedad futura, con facultades suficientes para la representación sin limitaciones del grupo, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Propuesta hasta la constitución de la sociedad prometida. Este requisito se acreditará con la presentación del documento en el cual conste el otorgamiento del poder al(los) representante(s) común(es) con facultades suficientes para actuar, obligar y responsabilizar a todos y a cada uno de los copartícipes en el trámite de la Licitación. El poder podrá ser otorgado en el contrato de promesa de constitución de sociedad mercantil. El poder deberá contar con presentación personal de los otorgantes y aceptantes, por lo tanto, si el mismo se otorga en el documento de promesa de creación de la sociedad futura, se le deberá hacer presentación personal a dicho documento de promesa".

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

1. INSUFICIENCIA DEL OBJETO SOCIAL DE HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION CO. LTD.

A folio 39 de la Propuesta obra un "certificado de registro de compañía" correspondiente a la sociedad Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. En dicho documento se relacionan los "propósitos para los cuales se constituye la compañía" dentro de los cuales no se encuentra la posibilidad de constituir sociedades y otorgar garantías a favor de terceros.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

El Pliego de Condiciones establece en el numeral 3.3.1 (3) que el objeto social de los miembros del Proponente debe *"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."* Este punto cobra real importancia si se tiene en cuenta que Hyundai en su calidad de miembro del Proponente se obligó a constituir una sociedad (la sociedad prometida), operación NO incluida en su objeto social. Adicionalmente, Hyundai, en calidad de MAP otorgó, a través de su apoderada, una fianza (garantía a favor de terceros), actividad tampoco permitida dentro de su objeto social.

Conforme con lo anterior, la sociedad Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. no tiene capacidad jurídica suficiente para participar en la licitación pública que aquí nos ocupa, y en este sentido, al tenor del numeral 7.6.4 del Pliego de Condiciones la Propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Autopista del Sol S.A.S debe, necesariamente, rechazarse.

2. AUSENCIA DE CAPACIDAD DE REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD SAINC S.A.

La sociedad SAINC S.A. no presentó acta alguna de la Junta Directiva, la cual era necesaria según el contenido del certificado de existencia y representación legal. En efecto es necesario que la Junta Directiva de la sociedad autorice al Gerente para *"que presente y suscriba licitaciones y cotizaciones que excedan la suma de de 10.000 salarios mínimos mensuales vigentes en la fecha en que la autorización sea dada, requisito sin el cual el acto o contrato es inoponible a la sociedad"* (Folio 246 de la Propuesta). Nótese que el valor del contrato es de COP \$2.300.000.000.000 lo cual excede notablemente de 10.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

Asimismo es necesario, según el texto del certificado de existencia y representación legal, que la Junta Directiva de la sociedad autorice la participación de la sociedad para *"constituirse en garante de obligaciones de terceros"*. (folio 246). Tal como se manifestó anteriormente, la sociedad SAINC no aportó acta de Junta Directiva.

La omisión en la presentación del extracto del acta de Junta Directiva contraviene lo dispuesto en el Pliego de Condiciones a numeral 3.3.1 (4) (ii) que establece: *"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*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

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”.

La entidad debe tener en cuenta que el numeral 7.6.4 del Pliego establece que “Cuando exista cualquier error u omisión en los documentos que acrediten la Capacidad Jurídica de los interesados” será causal de rechazo de la Propuesta.

3. PODER INDEBIDAMENTE OTORGADO POR PARTE DE LA SOCIEDAD SAINC.

La autorización otorgada por el señor Gilberto Saa Navia, en calidad de representante legal de la sociedad SAINC S.A., al señor Francisco José de Angulo Angulo (folio 250 de la Propuesta) no contiene la presentación personal del documento por parte del otorgante, ni la aceptación (y por consiguiente tampoco la presentación personal) por parte de apoderado.

En relación con el particular, el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil (norma aplicable por analogía, al no haber regulación especial) establece:

“(...) El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez de conocimiento, presentado como se dispone para la demanda. (...)”.

Al haberse conferido indebidamente el poder este debe tenerse por no presentado. En consecuencia SAINC S.A. no acreditó la capacidad jurídica necesaria para participar en el proceso, razón por la cual, en virtud del numeral 7.6.4 la entidad debe rechazar la Propuesta presentada por la promesa de sociedad Autopista del Sol S.A.S.

4. NO ACREDITACIÓN DE LA RECIPROCIDAD.

A folio 238 de la Propuesta presentada, obra una comunicación proferida por la Embajada de la República de Corea en Colombia en cuyo texto se establece que “actualmente se encuentra en negociaciones el Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y la República de Colombia, el cual tiene como objetivo la fomentación de la relación económica

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

y comercial, la consolidación de la cooperación y de los acuerdos bilaterales entre las dos naciones." Es evidente que dicha certificación no cumple el objetivo de una certificación de tratamiento recíproco de bienes y servicios colombianos en Corea, pues en ella se menciona únicamente 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 este sentido la certificación aportada no cumple con el numeral 3.3.2 (v) (2) del Pliego de Condiciones, cuyo texto es el siguiente: "*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.*" (Subrayado fuera de texto).

Conforme con lo anterior, la entidad deberá tener como no acreditada la reciprocidad, razón por la cual en caso de empate, el INCO no podrá dar aplicación al numeral 7.5.2 del Pliego cuyo texto es el siguiente:

"7.5.2. Se preferirá la Propuesta presentada por un Proponente colombiano o extranjero que acredite la reciprocidad sobre aquella presentada por un extranjero que no acredite la reciprocidad. En caso de Estructuras Plurales se entenderá que la oferta es colombiana cuando el CINCUENTA POR CIENTO (50%) o más de la participación esté en cabeza de personas colombianas o de extranjeros que acrediten la reciprocidad."

En este mismo sentido hacemos notar que la entidad tampoco podrá dar aplicación al numeral 6.3.3. del pliego, y en consecuencia no podrá otorgarle a la estructura plural, el puntaje correspondiente a la participación del miembro de nacionalidad coreana, la cual es del 25% según consta en el contrato de promesa que obra a folio 258 de la Propuesta.

5. AUSENCIA DE UN REQUISITO ESENCIAL DE LA PROMESA DE SOCIEDAD.

A folio 258 de la Propuesta presentada, obra la promesa de la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. En la cláusula tercera de la promesa se establece: "*una vez verificado el cumplimiento de la anterior condición, los Accionistas Promitentes celebrarán el contrato de sociedad de la Sociedad Prometida, a más tardar, treinta (30) días después de la notificación de la Adjudicación*"

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Nótese que esta cláusula no establece la fecha en el cual se construirá la sociedad prometida.

El numeral 3.3.4 (b) (iv) del pliego establece: "Los aspectos requeridos en los numerales (i) a (iii) anteriores, deberán acreditarse mediante la presentación del contrato de promesa de constitución de sociedad mercantil, en la que se consignen los acuerdos que den cuenta de lo pertinente, con el cumplimiento de los requisitos previstos en tales incisos y en el artículo 119 del Código de Comercio, sujetando la suscripción del contrato de sociedad únicamente a la Adjudicación de la Licitación, y señalando un término o plazo para la suscripción del **contrato de sociedad** en dicho evento, término éste que, en todo caso, deberá permitir el cumplimiento de los plazos máximos establecidos en el numeral 7.3 de estos Pliegos." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Asimismo el artículo 119 del código de comercio establece: "La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición **que fije la fecha** en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse."

Conforme con lo anterior, la promesa de sociedad presentada carece de un **elemento esencial** determinado por la ley y en consecuencia es inexistente. Sobre el particular el código de comercio en el artículo 898 establece: "(...) *Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.*"

Por ende, es necesario concluir que si promesa de sociedad se celebró omitiendo uno de los requisitos esenciales del contrato de promesa, dicho acto jurídico es inexistente y en consecuencia la promesa debe tenerse como no presentada. La omisión de la presentación implica el rechazo de la Propuesta según lo previsto en el numeral 7.6.4 del Pliego de Condiciones.

6. EXPERIENCIA EN FINANCIACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

6.1. FERROCARRIL DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE IN CHEON.

6.1.1. Entidad Acreedora.

De la revisión de la experiencia acreditada por el Proponente en cuestión se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- i. No obra documento original expedido en idioma coreano o ingles emitido por la Entidad Acreedora, el cual debería venir debidamente apostillado. Simplemente obra traducción al español de un presunto documento traducido del idioma coreano al inglés el cual no obra en la Propuesta.
- ii. Como obra a folio 351 a 353, en 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 otorgo 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.
- iii. A folio 357, el notario público de Corea no certifica la veracidad e idoneidad de la información contenida en la certificación que pretenden hacer los presuntos representantes legales del referido MAP:

2.

is (are) true and correct.

is (are) true translation for the text(s) originally written in the English language conscientiously believing the same to true and correct.

Signature

J. F. Kim 



ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

6.1.2. Entidad Deudora.

Luego de la revisión de la certificación de la Entidad Deudora se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- i. Como obra a folio 358 (declaración irregular de los presuntos representantes legales del referido MAP) al parecer la Entidad Deudora es IN CHEON INTERNATIONAL RAILROAD LTD:

CONTRATISTA: INCHEON INTERNATIONAL RAILROAD CO. LTD

INTEGRANTES	%
Hyundai Engineering & Construction Co , Ltd	27,00%
Daelim Industrial Co., Ltd	17,50%
POSCO Engineering & Construction Co , Ltd	11,87%
KCC Corporation	7,66%
Dongbu Corporation	5,78%
Samhwan Corporation	5,40%
Sambu Construction Co , Ltd	5,00%
Korea Development Corporation Co., Ltd	1,38%
Chungsuk Engineering Co , Ltd	1,20%
Sampyo E&C Ltd	1,00%
Ministro de asuntos prediales, de transporte y marítimos	9,90%
Dongbu Insurance Co., Ltd	5,00%
Hyundai marine & fire insurance Co., Ltd	1,30%

- ii. Tal y como obra en la Propuesta, la certificación de la Entidad Deudora no es suscrita efectivamente por el deudor (IN CHEON INTERNATIONAL RAILROAD LTD) sino por los presuntos representantes legales del referido MAP. Este acto de los presuntos representantes legales del referido MAP, constituye una declaración en nombre de un tercero que no obliga a dicho tercero. No existe declaración de la Entidad Deudora.
- iii. No obra certificado de Entidad Deudora en el idioma coreano original, el cual ha debido venir apostillado.

6.2. CONTRATO DE CRÉDITO.

YA Como obra a folio 374, se adjunta un documento llamado "acta de concertación" que en nada se asemeja a un contrato de crédito o un contrato de financiamiento de acuerdo con

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

la costumbre financiera nacional o internacional. En este documento, que no tiene carácter de contrato de crédito, como si fuera poco tampoco obra una constancia de desembolso.

Luego de la revisión de los documentos presentados por el Proponente para acreditar experiencia en financiación de Proyectos de Infraestructura, debemos advertir al INCO el grave riesgo que correría la entidad si decidiera declarar admisible la experiencia acreditada en la Propuesta.

La omisión de múltiples requisitos y documentos que no es menester recopilar, por lo evidente, notorio y contundente que resultan las omisiones, falencias y violaciones al Pliego de Condiciones, deben llevar inexorablemente al INCO a rechazar esta incompleta Propuesta, no solo en virtud del Pliego de Condiciones que regula la presente Licitación Pública, sino en virtud de la ley 80 de 1993, y demás normas complementarias.

6.3. CAPACIDAD FINANCIERA

A folio 602 obra el Formato 2A del miembro Vergel y Castellanos S.A. No certifican en los términos del 3.6.10 la representación legal o autorización para firmar dicho documento de:

Firma:		Firma:	
Nombre:	MULTIPLUS CERENA	Nombre:	EMERSON VERGEL CASTELLANOS
Tarjeta Profesional:	43.437-T	Tarjeta Profesional:	40.207-T
Cargo:	Contacto del Miembro del Proponente	Cargo:	Abogado Fiscal

A folio 608, obra declaración de notario público de Corea donde se establece que la información financiera del MAP referido es una traducción fiel al idioma inglés. Sin embargo, el documento que se presenta viene diligenciado en español por lo que resulta incongruente la declaración del notario.

A folio 609 se presenta el Formato 2A correspondiente al patrimonio neto del MAP referido. En ninguna de las firmas del mencionado documento puede apreciarse el nombre del suscriptor ni el número de su identificación, por lo tanto es imposible para el INCO o para

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

los observantes de esta Propuesta, verificar si quienes firman tienen representación legal o autorización para hacerlo en los términos del Pliego de Condiciones.

A folio 623, no se acredita que quien suscribe la certificación en nombre de Deloitte esté autorizado para hacerlo. No hay una certificación de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.6.10 del Pliego. A folio 628, obra Formato 2A de SAINC S.A. pero no se acredita la representación legal o autorización del contador y revisor fiscal para suscribir dicho Formato en los términos establecidos en el numeral 3.6.10.

A folio 637 obra el Formato 5 – Cupo de Crédito presuntamente suscrito por un funcionario “Gerente de Cuenta” del Korea Exchange Bank. No obra adicionalmente en la Propuesta la prueba de la representación legal o autorización del funcionario para firmar el documento en los términos del Pliego de Condiciones sino simplemente una firma registrada de un presunto empleado del Banco.

Como si fuera poco, el banco que otorga 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 - 83³¹, dicho banco no tiene la autorización requerida por el Pliego de Condiciones (ver listado en nota el pie).

7. ACREDITACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONTROL.

7.1. NO SE ACREDITA SITUACIÓN DE CONTROL DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR EL PLIEGO DE CONDICIONES, RAZON POR LA CUAL

³¹<https://quimbaya.banrep.gov.co/secinternet/servlet/co.gov.banrep.cambios.internet.SecInternet?modulo=sde&operacion=servicios&funcion=consultaNoResidentes&servicio=998>

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

DEBE SER DESCARTADA LA EXPERIENCIA QUE SE PRETENDE ACREDITAR.

Luego de la revisión de la totalidad de la Propuesta presentada por el Proponente en cuestión se llega a la conclusión de que el MAP HYUNDAI ENGINEERING AND CONSTRUCTION LTD. pretende probar una experiencia ejecutada por el sociedad IN CHEON INTERNATIONAL RAILROAD LTD. en donde presuntamente tiene el veintisiete por ciento (27%) de la participación accionaria de dicha sociedad.

Tal y como lo hemos sostenido a lo largo del documento, y dado que la empresa IN CHEON INTERNATIONAL RAILROAD LTD., es una sociedad limitada, se debía acreditar de forma verificable por parte del INCO que el miembro del Proponente, efectivamente tiene el control de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio de Colombia.

Dado que el miembro del Proponente tiene menos del cincuenta por ciento (50%) en la sociedad que ejecuta el contrato acreditado, y dado que no acredita tener la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría decisoria en el órgano competente o que ejerce dicho control en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada, es imposible que el miembro del Proponente pueda acreditar la situación de control de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones.

Así mismo, la empresa controlante y la empresa controlada debían suscribir una certificación conjunta o separada declarando dicha situación de control, documento que no obra en la Propuesta.

Estas graves omisiones en documento de acreditación de control, deben dar lugar al rechazo de la Propuesta en virtud del Pliego de Condiciones, y acogiéndose a lo dispuesto en la ley general de contratación pública.

VI. VÍAS DE COLOMBIA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

1. EXTRALIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL.

Como soporte de autorización para participar en el presente proceso licitatorio, la sociedad Latinoamericana de Construcciones S.A., (en adelante LATINCO), miembro del Proponente plural Vías de Colombia Promesa de Sociedad Futura, aportó un extracto del Acta de Junta Directiva No. 84 del 28 de mayo de 2010, visible a folios 30 y siguientes.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Al revisar las autorizaciones otorgadas al Representante Legal, contenidas en el extracto de Acta referida, destacamos que la Junta Directiva lo autorizó a suscribir: "(...) el contrato de obra pública que se desprenda de la eventual adjudicación" (subraya fuera de texto). Igualmente, en el mismo documento, fue autorizado para "Asumir la responsabilidad solidaria o cualquiera otra que exijan los pliegos de condiciones de las licitaciones y los respectivos contratos de obra pública bien sea que participe como Proponente individual, consorcio, unión temporal, sociedad, promesa de sociedad futura o cualquier otra forma de asociación." (Subraya fuera de texto). Se puede entonces afirmar de forma clara y contundente, que la Junta Directiva de LATINCO, autorizó a su representante legal para suscribir un Contrato de Obra Pública. Tampoco cabe ninguna duda en el sentido que el contrato que se suscribirá como resultado del presente proceso licitatorio será un Contrato de Concesión.

No obstante la redundancia, considerando el respeto profesional que Ustedes nos merecen, adicionalmente llamamos la atención del INCO, en el sentido de que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tipifica claramente los Contratos de Obra³² y de Concesión³³.

Al continuar con la revisión de la Propuesta, particularmente de los documentos mediante los cuales se pretende acreditar la capacidad jurídica, encontramos el poder que el Representante Legal de LATINCO, doctor Ramiro Alberto Pérez Restrepo otorgó al doctor Miguel Ricarte Lombana (visible a folio 1019 y siguientes de la Propuesta) para que funja como Representante Legal Único de la Estructura Plural. Analizado el documento de promesa de sociedad futura (donde consta el respectivo poder) observamos que no obstante haberle otorgado la Junta Directiva de LATINCO poder a su Representante Legal para la suscripción de un Contrato de Obra Pública, éste otorgó a su vez poder para que

³² Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

³³ Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

fuera suscrito un Contrato de Concesión, extralimitando claramente la autorización que le fue otorgada y que reposa en Acta de Junta No. 84.

Por lo tanto afirmamos sin temor a equivocarnos, que el representante legal de la sociedad LATINCO, no contaba con facultades para otorgar poder para la suscripción del contrato que se prevé adjudicar en el curso del presente proceso licitatorio y no un Contrato de Obra, claramente tipificado por la Ley de contratación Pública y totalmente ajeno al que será adjudicado para la ejecución del Sector 3 del proyecto denominado Ruta del Sol, un Contrato de Concesión, también inequívocamente tipificado por el reglamento aplicable.

De esa forma y por lo indicado, consideramos que la Propuesta presentada por la estructura plural Vías de Colombia Promesa de Sociedad Futura, debe ser rechazada ya que el representante legal de uno de sus miembros (la sociedad LATINCO) no contaba con facultad para otorgarle poder al doctor Ricaurte Lombana, situación que no podrá ser subsanada al corresponder a un requisito de capacidad jurídica de acuerdo con el numeral 3.1.1 de los Pliegos de Condiciones.

2. LA SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., LATINCO S.A., SOLO PODRÁ SER GARANTE DE OBLIGACIONES DE TERCEROS Y CONSTITUIR CUALQUIER CLASE DE GARANTÍA PARA ELLO, PREVIA APROBACIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS CON EL VOTO FAVORABLE DEL SESENTA Y DOS PORCIENTO (62%) DE LAS ACCIONES SUSCRITAS.

La Sociedad Latinco S.A. es un miembro de la Estructura Plural que nos ocupa. Siendo la Estructura Plural una Promesa de Sociedad Futura, sus miembros constituyentes, son solidariamente responsables por todas las obligaciones que en virtud de la presentación de la oferta se adquieran, la constitución de la Compañía Prometida y las capitalizaciones ofrecidas, entre otras.

Con relación a la circunstancia anterior, el Proponente aportó un extracto del Acta de Junta Directiva de dicha compañía, identificada con el No. 84 del 28 de mayo de 2010, visible a folios 30 y siguientes, donde la Junta Directiva lo autorizó a "*Asumir la responsabilidad solidaria o cualquiera otra que exijan los pliegos de condiciones de las licitaciones y los respectivos contratos de obra pública bien sea que participe como Proponente individual,*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

consorcio, unión temporal, sociedad, promesa de sociedad futura o cualquier otra forma de asociación.” (Subraya fuera de texto).

Adicionalmente, en la carta de presentación de la Propuesta declararon: manifiesto (amos) que, en caso de resultar Adjudicatarios, nos obligamos solidaria e incondicionalmente a asumir todas las obligaciones emanadas de nuestra Propuesta y de la Adjudicación hasta la efectiva suscripción del Contrato de Concesión, principalmente la de constituir la sociedad que firmará y ejecutará el Contrato de Concesión y capitalizarla en los montos señalados en los Pliegos. Una vez suscrito el Contrato de Concesión con la sociedad así constituida, las obligaciones que de él se desprendan serán asumidas por la nueva sociedad, sin perjuicio del cumplimiento de lo previsto en el Pliego de Condiciones. (subraya fuera de texto).

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

La solidaridad de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado es una forma de garantía personal. 34 Es personal la garantía cuando una persona distinta del deudor asume la obligación en caso de que éste no lo haga. Como ejemplo de garantía personal podemos mencionar la fianza y la solidaridad pasiva. Existe unanimidad doctrinal al respecto. Se ha entendido por garantía personal, la adición de uno o varios deudores a un deudor principal, quien(es) garantiza(n) el cumplimiento de la obligación, sumando sus recursos a los del obligado.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, C. P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ, SENTENCIA DEL 26 DE JUNIO DE 2008, NÚMERO INTERNO: 15507.

De otra parte, el hecho de que el crédito garantizado con hipoteca o crédito hipotecario, se garantice también con el patrimonio del deudor hipotecario y con el patrimonio de un deudor solidario, mediante la manifestación expresa en la escritura hipotecaria (artículo 2434 del Código Civil), en donde también conste el contrato de mutuo, o a través del otorgamiento de un pagaré que instrumente el préstamo, no significa que el codeudor se convierta en deudor hipotecario.

Lo anterior, porque aun cuando debe el monto de toda la obligación y para obtener su pago, el acreedor puede dirigirse contra éste y el deudor hipotecario, o contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, (artículo 1571 del Código Civil), el codeudor no interviene como hipotecante del inmueble y su garantía es personal, no real.

Sobre el carácter de garante del deudor solidario, ha dicho la doctrina que a favor especial de que goza la solidaridad pasiva en el comercio jurídico obedece al hecho de que ofrece ventajas al acreedor, "siendo la principal de ellas la garantía, que constituye para éste la circunstancia de que el sujeto pasivo de la obligación se multiplica, así como también los patrimonios que directamente responden del cumplimiento total de la obligación. Por este aspecto, la solidaridad pasiva es en sí una verdadera caución¹ más aún, es la caución personal por excelencia²".

A su vez, refiriéndose a las ventajas de la solidaridad pasiva, también ha precisado la doctrina que es una forma especial de garantía personal, "puesta que el acreedor, en lugar de un solo deudor, tiene varios por el todo, contra los cuales puede accionar separada y principalmente, su "derecho de prenda general" en lugar de un patrimonio, tendrá tantos cuantos sean los deudores solidarios³".

UP

El artículo 65 del Código Civil dispone que la caución es cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena y que son especies de caución, la fianza, la hipoteca y la prenda.

Guillermo Ospina Fernández, "Regímenes General de las Obligaciones", Edición TEMIS, reimpresión de la cuarta edición 1987, páginas 260 y 261.

Alvaro Pérez Vives, *Tratado General de las Obligaciones*, Segunda Edición, Volumen III, parte segunda, Editorial Temis 1955, página 105.

34

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

En este orden de ideas, es ahora menester mencionar que de acuerdo con lo establecido en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa Latinco S.A. (cuyo original se anexa al presente escrito), se establece en el párrafo segundo de la declaración de OBJETO SOCIAL:

"(...)PARÁGRAFO SEGUNDO: la sociedad solo podrá ser garante de las obligaciones de terceros y constituir cualquier clase de garantía para ello, previa aprobación de la Asamblea General de Accionistas con el voto favorable del sesenta y dos por ciento (62%) de las acciones suscritas." (subraya fuera de texto). Ver Anexo 2.

La sociedad Latinco S.A. , no presentó acta alguna de Asamblea general de Accionistas donde conste la autorización para presentarse en el presente proceso licitatorio, como Proponente plural asumiendo las obligaciones solidarias que las características, reglas y condiciones del proceso le imponen y le impondrán en caso de resultar adjudicatarios del Contrato de Concesión. Por el contrario, presentaron una autorización de la Junta directiva donde se obtuvo autorización para: *"Asumir la responsabilidad solidaria o cualquiera otra que exijan los pliegos de condiciones de las licitaciones y los respectivos contratos de obra pública bien sea que participe como Proponente individual, consorcio, unión temporal, sociedad, promesa de sociedad futura o cualquier otra forma de asociación..."* , incumpliendo flagrantemente la voluntad del máximo órgano de administración de la compañía, plasmada en sus Estatutos Sociales.

En conclusión, la Asamblea General de Accionistas no ha dado autorización alguna, por lo tanto el representante legal carece de capacidad para obligar a la compañía en el otorgamiento del poder al representante legal único de la Estructura Plural, ni tampoco para hacer que Latinco S.A. participe en el proceso licitatorio que nos ocupa mediante la forma de Promesa de Sociedad futura, ni mucho menos suscribir o autorizar la suscripción de ningún documento que exprese o implique la asunción de la solidaridad como garantía personal.

Teniendo en cuenta que existe un grave error (la Junta Directiva autorizó la asunción de la solidaridad, por encima de sus atribuciones estatutarias) y la omisión con respecto a la presentación de la autorización de la Asamblea General de Accionistas para poder ser garante de las obligaciones de terceros, solicitamos que la Propuesta de este Proponente plural sea rechazada, en virtud de lo establecido en el numeral 7.6.4 u otros que considere la entidad contratante.

YA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Por ser un asunto de capacidad, no será subsanable, al tenor de lo dispuesto por los Pliegos de Condiciones.

3. EL PROPONENTE VIOLÓ LA PROHIBICIÓN ESTABLECIDA EN EL NUMERAL 3.2.2 DEL PLIEGO DE CONDICIONES.

De la manera más respetuosa, queremos poner de presente ante el INCO, una situación que consideramos, debe ser tenida en cuenta para efectos de la Licitación, en tanto constituye una violación al numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, el cual 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 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".

La circunstancia sobre la cual llamamos la atención, se resume así:

Hemos evidenciado que el grupo empresarial del Dr. William Vélez participa en dos (2) propuestas. La primera, en la Estructura Plural denominada "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF", a través del miembro "GRUPO ODINSA S.A.", que es "Miembro Acreditativo del Proponente" o "MAP". Y la segunda, en la Estructura Plural denominada "VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF" a través del miembro "HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.".

Su participación en la Estructura Plural denominada "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF", a través de GRUPO ODINSA S.A., se da por el hecho de ser el Dr. Vélez, junto con su hermano Francisco Luis Vélez Sierra, miembros de su Junta Directiva, y éste último habiendo participado, con su voto favorable, en la decisión de dicha Junta, que autoriza la participación de la empresa en la Licitación No. SEA-LP-001-2010. (Folio 074 - Propuesta "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF").

LA designación de los doctores Vélez en esta Junta Directiva, obedece a la importante participación que tiene el grupo empresarial del Dr. William Vélez en el capital de GRUPO ODINSA S.A., a través de las sociedades ELÉCTRICAS DE MEDELLIN LTDA. y TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Respecto de la Estructura Plural denominada "VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF", el grupo empresarial del Dr. William Vélez controla a la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.

La conclusión obvia de este análisis, es que de llegar a ser adjudicataria cualquiera de las dos Estructuras Plurales referidas, uno de los beneficiarios en cualquiera de las dos circunstancias, sería el grupo empresarial del Dr. William Vélez.

La participación del grupo empresarial del Dr. William Vélez, en las dos (2) propuestas, se detalla en la Gráfica que se adjunta como **Anexo No. 1** al final del presente documento.

Finalmente, cabe advertir que el ejercicio de poder decisorio en la Junta Directiva del MAP de un Proponente, ejerciendo paralelamente el control de un miembro de otro Proponente distinto, evidencia un grave conflicto de interés que debe dar lugar al rechazo de las propuestas respectivas, por constituir violaciones a las manifestaciones hechas por dichos Proponentes y sus miembros en el literal (a) de la Carta de Presentación de la Propuesta (Anexo 5), a lo previsto en el Pliego de Condiciones en el punto citado, así como a las declaraciones hechas voluntariamente en las Cartas de Compromiso de Probidad suscritas.

4. SE ACREDITA EXPERIENCIA A TRAVÉS DE UNA SOCIEDAD A LA QUE DENOMINAN MATRIZ, SIN EMBARGO LA SITUACIÓN DE CONTROL PRESENTA UNA GRAVE INCONSISTENCIA.

De conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones en el numeral 3.5.1: *"El Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) podrá(n) presentar los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas o de su matriz, . 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.*

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

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

Al analizar la experiencia que pretende ser acreditada por el miembro de la estructura plural OHL Colombia Ltda, se advierte que se acredita experiencia ejecutada por la sociedad extranjera Obrascon Huarte Lain S.A., ante lo cual se establece que dicha sociedad pretende acreditar los Requisitos Habilitantes de su matriz. Por lo indicado y al ser el miembro del Proponente una sociedad colombiana, se procedió a analizar al Certificado de Cámara de Comercio, para verificar la existencia de la situación de control. Al analizar dicho documento, se advirtió que si bien, se hace mención a la matriz Obrascon Huarte Lain S.A., al aclararse la situación de control se dispone: "SE ACLARA LA SITUACION DE CONTROL DEL 13 DE ABRIL DE 2010, INSCRITA EL 22 DE ABRIL DE 2010 DEL LIBRO IX, EN EL SENTIDO DE INDICAR QUE ESTA SE EJERCE A TRAVÉS DE LA SOCIEDAD OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U Y QUE ESTA SE CONFIGURÓ DESDE EL 19 DE DICIEMBRE DE 2008." (Mayúsculas fijas y subraya por fuera de texto).

Frente a lo indicado, parecería posible concluir que Obrascon Huarte Lain S.A., quien cuenta con la experiencia que se acreditó dentro del presente proceso licitatorio, ejerce control

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

sobre OHL Colombia Ltda. a través de Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U., circunstancia supuestamente corroborada por la respectiva Cámara de Comercio.

No obstante lo anterior podría no ser cierto. A continuación pasaremos a argumentar la aseveración anterior:

Como se advierte, la sociedad OHL Colombia Ltda. se constituyó el día 17 de diciembre de 2008 y en el Certificado de Cámara de Comercio, cuyo aparte fue antes citado, se advierte que la situación de control de Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U. se configuró desde el 19 de diciembre de 2008. Lo anterior nos lleva a una hipótesis preliminar: si la sociedad se constituyó el 17 de diciembre de 2008 y la situación de control se configuró desde el 19 de diciembre de 2008, entre esas dos fechas posiblemente se produjo una cesión de cuotas entre alguno o algunos socios originales de OHL Ltda. y la sociedad Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U.

Teniendo en cuenta, que la Sociedad OHL Colombia Ltda, como su nombre lo indica es una sociedad de responsabilidad limitada, dicha cesión de cuotas debió haberse realizado mediante una reforma estatutaria elevada a Escritura Pública, circunstancia que nunca ocurrió. En efecto el código de Comercio colombiano establece en su artículo 362, lo siguiente:

"Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas. Cualquier estipulación que impida este derecho se tendrá por no escrita. La cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria. La correspondiente escritura pública será otorgada por el representante legal de la compañía el cedente y el cesionario" (subraya por fuera de texto).

Prueba de que lo anterior nunca ocurrió, es el mismo certificado de Existencia y Representación Legal allegado al proceso licitatorio, donde puede advertirse esa circunstancia. En efecto, en el Certificado de Cámara de Comercio, figuran reformas a los estatutos con fechas: 17 de marzo de 2009, 30 de abril de 2010 y 13 de mayo de 2010. Entonces, o no se realizó la mencionada cesión de cuotas, o nunca fue elevada a escritura pública, siendo en el primer caso inexistente y en el segundo inoponible a terceros.

De haber ocurrido los hechos planteado en esta hipótesis, no estaría debidamente configurado el control, porque los cedentes, la sociedad Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U. y el representante legal de la compañía, no elevaron a escritura pública

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

la cesión de las cuotas adquiridas en la Sociedad OHL Colombia Ltda por parte de la Sociedad Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U.

No se podría entonces afirmar, que Obrascon Huarte Lain S.A. ejerce control sobre OHL Colombia Ltda. a través de Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U, pues esta última no formalizó su condición de socio en la forma prescrita por la ley colombiana.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos al INCO requerir al Proponente, con el fin de verificar si los hechos que dieron lugar a la situación de control son los ensayados en los párrafos anteriores. De ser así, deberá abstenerse de considerar que Obrascon Huarte Lain S.A es la matriz de OHL Colombia limitada, con todas las consecuencias que dichos efectos deberán tener sobre la experiencia que se pretendió acreditar a través de la misma. En ese caso, esta Propuesta deberá ser rechazada.

5. CUPO DE CRÉDITO NO FUE APROBADO NI CUENTA CON AUTORIZACIÓN ESPECÍFICA DE LOS ÓRGANOS SOCIALES COMPETENTES DEL BANCO PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO RUTA DEL SOL 3

Cabe resaltar que el cupo de crédito tiene como finalidad original, la comparación objetiva de las Propuestas en términos de capacidad financiera que, a través de un MAP, demuestran que el sector Financiero está dispuesto a otorgarles un crédito de carácter específico y en firme para la ejecución de un determinado proyecto y desde el punto de vista práctico, su posible utilización para el logro del cierre financiero. No se trata de un mero requisito de carácter formal como puede ser considerado por algunos. Al contrario, la obtención de un cupo de crédito en firme y de carácter específico permitirá que el futuro concesionario obtenga el cierre financiero del proyecto, lo que en gran medida garantiza el éxito del mismo.

Con base en lo anterior, no resultó suficiente para la Entidad la entrega del Formato 5 debidamente diligenciado y suscrito (Cupo de Crédito) para comprobar la capacidad financiera del Proponente, sino que la Entidad solicitó además, de manera expresa, **copia del extracto del documento** por medio del cual el órgano social competente del Banco, aprobó el cupo de crédito específico si este requisito fuese obligatorio en sus estatutos y aprobó al MAP.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

De conformidad con lo señalado en el documento con membrete del Banco BBVA, no es necesaria ninguna aprobación especial por los órganos sociales del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. para la aprobación de "una línea de crédito multititular que está debidamente formalizada..." y a disposición de OHL Colombia Ltda. Esta certificación no tiene nada que ver con si se requiere o no autorización para el otorgamiento de un cupo de crédito, que es lo que finalmente otorga el Banco de acuerdo con el diligenciamiento que al efecto hiciera el Proponente del Formato 5.

Es necesario advertir, que una cosa es una línea multititular de crédito y otra muy distinta es un cupo de crédito, con una cuantía determinada, y vigente por un plazo determinable.

En conclusión:

- i. No se presentó copia de los estatutos donde se demostrara que no es requisito la aprobación por parte de los órganos sociales del Banco, cuando se otorga un Cupo de Crédito.
- ii. Se presentó en cambio, una certificación en la cual se manifestó que no se requería aprobación alguna, para el otorgamiento de una línea de crédito multititular.
- iii. No se presentó certificación alguna donde conste que la aprobación de un cupo de crédito como el presentado en el Formato 5, no requiere de aprobación por los órganos sociales del banco respectivo.

De conformidad con lo señalado por el Pliego de Condiciones, "cuando se omitan requisitos, contenidos o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Propuestas", la Entidad Concedente rechazará de plano la Propuesta.

En cumplimiento de lo anterior, el INCO debe proceder a rechazar la Propuesta presentada por VÍAS DE COLOMBIA promesa de sociedad futura, por cuanto ésta no presentó "copia del extracto del documento por medio del cual el órgano competente del Banco del Sector Financiero aprobó el cupo de crédito" ni probó siquiera sumariamente que dicho requisito no era necesario de acuerdo con los Estatutos del Banco, según lo indicado en el Pliego de Condiciones.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Adicionalmente es necesario resaltar que en el proceso de licitación SEA LP 002-2009 (Transversal de las Américas), un proponente constituido por los mismos miembros, presenta aparentemente la misma certificación, ratificando que la línea de crédito multititular no es de destinación específica ya que dicha línea es utilizada en dos procesos diferentes, lo cual elimina su especificidad.

6. 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.

La garantía bancaria a primer requerimiento presentada por VÍAS DE COLOMBIA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, al tenor literal señala que:

*En caso de incumplimiento por parte del Ordenante de todas o cualquiera de las obligaciones y las demás actividades inherentes a tales obligaciones a su cargo derivadas de la presentación de requerimiento de seriedad de la garantía bancaria a primer requerimiento de seriedad de la Propuesta a los que alude el primer párrafo de la presente garantía bancaria a primer requerimiento de seriedad de la Propuesta, en adelante "las obligaciones garantizadas", el beneficiario deberá comunicar dicho incumplimiento a BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. en sus oficinas...**dentro de la vigencia de la presente garantía.** Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a aquel en que nos sea entregada **la comunicación de incumplimiento, acompañada del acto administrativo debidamente ejecutoriado,** en el que conste el incumplimiento del Proponente u (sic) del contratista, procederemos a pagar..." (Subrayado, negrilla y cursiva fuera de texto).*

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 que 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 tal sentido, no solamente se reduce práctica y evidentemente el período de vigencia de la garantía exigido por el Pliego de Condiciones, sino que además la efectividad de dicha

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

garantía, se encuentra condicionada a que el acto administrativo se encuentre ejecutoriado durante el período de vigencia de la póliza, circunstancia no exigida por el Decreto 4828 de 2008.

Tal limitación, esto es, la de realizar la reclamación con el acto administrativo ejecutoriado 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:

Las entidades públicas podrán aceptar el otorgamiento de garantías bancarias a primer requerimiento para garantizar la seriedad de los ofrecimientos (...) siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

(...)

22.2 La garantía deberá ser efectiva a primer requerimiento cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos, se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito"

El contratista u oferente deberá acreditar la constitución de la garantía mediante la entrega del documento contentivo de la misma, (...) y en ella deberá constar... (iii) la forma de hacer exigible la garantía, en la cual no podrá imponer a la entidad contratante condiciones más gravosas a las contenida en este decreto".

Resulta apenas lógico que la entidad pública, en este caso el INCO, pueda acudir al garante para obtener el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del oferente, así se haya vencido el período durante el cual el Banco garantizó que el oferente cumpliría con las obligaciones que tiene a su cargo, eso sí, cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos, se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito.

Sin embargo, el oferente confunde el período cobijado con la garantía, con el período durante el cual puede hacerse la reclamación por parte de la entidad estatal, que según los términos del Decreto señalado, corresponderá a aquel en que la misma ponga en conocimiento del establecimiento de crédito, los hechos constitutivos de incumplimiento.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Claramente bajo estas condiciones, el oferente ha impuesto a la entidad contratante condiciones más gravosas que las contenidas en el Decreto 4828 de 2008 y ha presentado solamente en apariencia, un garantía de seriedad, pues ésta no se acomoda a los términos y condiciones exigidos en el Pliego de Condiciones, por lo que debe tenerse como no presentada y por tanto declarar rechazada la Propuesta.

Sería inconcebible, además de ilegal, permitir que la garantía de seriedad pudiera llegar a ser subsanada en estos términos, puesto que el oferente estaría acreditando circunstancias que ocurrieron con posterioridad al cierre de la licitación ya que para ese momento no contaba con una garantía de seriedad del ofrecimiento de su oferta, lo cual en virtud del Decreto 4828 tantas veces citado, genera el rechazo de la oferta:

"La no presentación de la garantía de seriedad en forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última".³⁵

7. EXPERIENCIA EN CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA

Para acreditar su experiencia, el Proponente bajo análisis, optó por el mecanismo establecido por el literal c) del Numeral 3.5.2³⁶ del Pliego de Condiciones. Adicionalmente,

³⁵ Decreto 4828 de 2008, artículo 7.

³⁶ 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 previsto en el presente literal (a), la matriz deberá suscribir la Fianza y adjuntarla en la Propuesta.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

la forma de acreditar el control respectivo, lo pretendió hacer mediante el procedimiento permitido por el literal 3.5.2 literal c) numeral romano (ii) número (3). Es decir, optó por acreditar su experiencia a través de empresas controladas de la Matriz, mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del Proponente, la matriz del Proponente y de la sociedad controlada.

Ahora bien, teniendo en cuenta la complejidad que se podría presentar para probar las múltiples cadena de control internacionales, en este y en todos los casos [literales a), b) y c) del mencionado numeral 3.5.2] el INCO manifestó: "*para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas*"(subraya fuera de texto).

(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)

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Lo anterior facilitaría, la recolección de la prueba en documentos separados y adicionalmente aclara que todas las sociedades involucradas deben contar con certificaciones suscritas por el correspondiente representante legal. Y esto tuvo todo el sentido, pues cuando los Proponentes optan por este mecanismo, la única manera de probar el control de una Matriz, ejercido a través de una cadena de sociedades hasta llegar a la controlada final, es mediante la declaración de todos los representantes legales de todas las sociedades involucradas.

Ejemplo:

Manifiesta un Proponente que: La MATRIZ **A**, controla a la Sociedad **B**, quien controla a la Sociedad **C**, quien controla a la Sociedad **D**. Se trata entonces de probar, que **D** (sociedad Concesionaria a través de la cual pretende acreditarse la experiencia) es finalmente controlada por **A**.

Para probarlo, el Pliego de Condiciones obliga a que todos los representantes legales de las compañías involucradas certifiquen en un solo documento o en documentos separados dichas circunstancias de control.

Es decir, en primer lugar, debe haber tres certificaciones (en uno o varios documentos separados) de **A** de **B** y de **C** así:

Que: (i) **A** controla a **B**; (ii) **que B** controla a **C** y (iii) que **C** controla a **D**.

De otra parte deberá haber otras tres certificaciones (en uno o varios documentos separados) de **D**, de **C** y de **B** así:

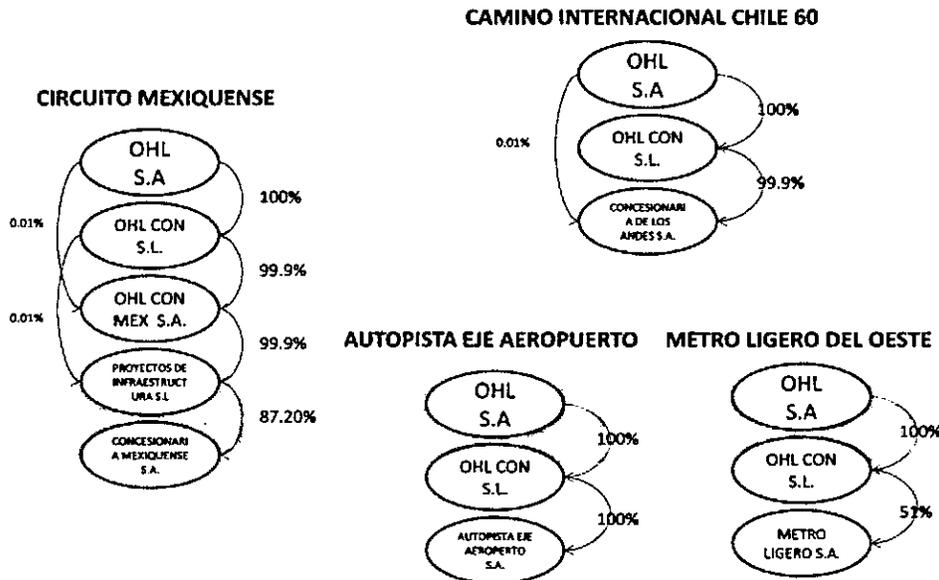
Que (i) **D** es controlada por **C**; (ii) Que **C** es controlada por **B** y (iii) Que **B** es controlada por **A**.

Esta es la única manera de cumplir con lo prescrito por el Pliego de Condiciones: "...*(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...*" Obviamente, la anterior regulación se debe aplicar, en un caso como el del ejemplo recién transcrito, cuando hay muchas sociedades controladas involucradas en la cadena de control.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Ahora bien, ¿Cuál es la situación que pretende probar la Estructura Plural Vías del Sol SAS?

SITUACIONES DE CONTROL



Como se puede observar, todos los casos de experiencia que pretende probar la Estructura Plural Vías del Sol SAS, tienen fundamentos de hecho idénticos a los del ejemplo hipotético recién transcrito.

El miembro del Proponente plural que fue presentado por la mencionada estructura plural y que ostenta la calidad de MAP, es la Compañía colombiana OHL Colombia Ltda. A su vez, dicha compañía colombiana pretende acreditar toda la experiencia a través de la Compañía Española Obrascon Huarte Lain S.A., quien, solo en gracia de esta discusión (ver punto 3 del presente documento de observaciones) aceptamos que sea la Sociedad Matriz de OHL Colombia Ltda.

Como se puede observar en el cuadro adjunto, la compañía Obrascon Huarte Lain S.A. es quien encabeza todas las situaciones de control que se configuran en las cadenas allí diagramadas y a través de un grupo numeroso de sociedades llega hasta: (i) la Concesionaria Mexiquense S.A., ejecutora del proyecto CIRCUITO MEXIQUENSE; (ii) la Concesionaria de los Andes S.A., ejecutora del proyecto CAMINO INTERNACIONAL RUTA 60 CHILE; (iii) la Concesionara Autopista Eje Aeropuerto S.A., ejecutora del proyecto

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

AUTOPISTA EJE AEROPUERTO; y (iv) la Concesionaria Metro Ligero S.A., ejecutora del proyecto METRO LIGERO DEL OESTE.

¿Cuáles son las pruebas que presenta la Estructura Plural bajo análisis para comprobar toda la cadena de control?

Vamos a tomar como ejemplo el caso de Concesionaria Mexiquense S.A. el cual se replica en todas las otras situaciones de control que hay que probar: Concesionaria de los Andes S.A., Autopista Eje Aeropuerto S.A. y Metro Ligero S.A.,

8.1. CONTROL SOBRE CONCESIONARIA MEXIQUENSE

La compañía Obrascon Huarte Lain S.A., a través de certificación expedida por su apoderado en Colombia presenta una certificación donde indica cómo se desarrolla la cadena desde Obrascon Huarte Lain S.A hacia abajo hasta llegar a Concesionaria Mexiquense S.A. (folio 987 A).

Y Concesionaria Mexiquense S.A. a través de su representante legal, presenta una certificación donde indica cómo se desarrolla la cadena hacia arriba desde Concesionaria Mexiquense S.A. hasta llegar a Obrascon Huarte Lain S.A. (folio 990).

Infortunadamente omitieron en éste y en todos los demás casos mediante los cuales se pretende demostrar la experiencia, las certificaciones de todas las demás personas jurídicas involucradas en las diferentes cadenas de control no pudiendo obviamente probar dicha circunstancia.

Recordemos, tal y como lo demostramos con nuestro ejemplo, qué es lo que se ha debido certificar y cómo:

El Pliego de Condiciones obliga a que todos los representantes legales de las compañías involucradas certifiquen en un solo documento o en documentos separados dichas circunstancias de control.

Es decir, en primer lugar, debe haber cuatro certificaciones (en uno o varios documentos separados) suscritas por los representantes legales de: **Obrascon Huarte Lain S.A.**, de

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

OHL Concesiones S.L., de **OHL Concesiones Mexico S.A.**, y de **Proyectos de Infraestructura S.L.** así:

(i) Que **Obrascon Huarte Lain S.A.** controla a **OHL Concesiones S.L.**, (ii) que **OHL Concesiones S.L.** controla a **OHL Concesiones Mexico S.A.** (iii) que **OHL Concesiones México S.A.** controla a **Proyectos de Infraestructura S.L.** y (iv) que **Proyectos de Infraestructura S.L.** controla a **Concesionaria Mexiquense S.A.**

En segundo lugar debe haber otras cuatro certificaciones (en uno o varios documentos separados) suscritas por los representantes legales de **Concesionaria Mexiquense S.A.** de **Proyectos de Infraestructura S.L.**, de **OHL Concesiones México S.A.** y de **OHL Concesiones S.L.** así:

(i) Que **Concesionaria Mexiquense S.A.** es controlada por **Proyectos de Infraestructura S.L.**, (ii) que **Proyectos de Infraestructura S.L.**, es controlada por **OHL Concesiones México S.A.** (iii) que **OHL Concesiones México S.A.** es controlada por **OHL Concesiones S.L.** y (iv) que **OHL Concesiones S.L.** es controlada por **Obrascon Huarte Lain S.A.**

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el INCO deberá rechazar y no tener en cuenta ninguna de las experiencias presentadas, por haber acreditado indebidamente y de manera incompleta las diferentes situaciones de control que se plantean en las diferentes experiencias que el Proponente Plural bajo análisis, pretendió acreditar.

Lo anterior deberá dar lugar al rechazo de la Propuesta.

9. PROYECTO CIRCUITO MEXIQUENSE

9.1. LEONARDO ARIZA NO ACREDITA SU REPRESENTACIÓN LEGAL O AUTORIZACIÓN PARA SUSCRIBIR DOCUMENTO QUE ACREDITA A SERGIO VARGAS VARGAS COMO AUDITOR DE LA ENTIDAD DEUDORA.

Las personas que suscriban las certificaciones, deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento. Para lo anterior deberán adjuntar el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.6.10 de los Pliegos de

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Condiciones. Para efectos de acreditar experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura, se estableció que la presentación de una certificación suscrita por la Entidad Deudora, parte en el contrato de crédito, mediante el cual se financió el respectivo contrato de concesión de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.6.9 c) de los Pliegos de Condiciones. Esta certificación debió haber sido suscrita por el representante legal de la Entidad Deudora y por el revisor fiscal o el auditor de la misma de acuerdo con el mismo numeral de los mencionados pliegos. Como obra a folio 307 de la Propuesta bajo análisis, el Sr. Sergio Vargas Vargas, suscribió dicha certificación en calidad de Auditor de la sociedad concesionaria respectiva. A su vez, como obra a folio 308, el Sr. Leonardo Ariza de la entidad denominada Galaz Yamazaki Ruiz y Urquiza, certifica que el Sr. Sergio Vargas Vargas labora para dicha organización como auditor, desde 1.989.

Sin embargo, en la Propuesta se omitió y por lo tanto no obra documento alguno que acredite la representación legal o la autorización con que cuenta el Sr Leonardo Ariza, para expedir y emitir dicha certificación. Esta omisión, tiene como consecuencia que el INCO no puede tener en cuenta la experiencia presentada, por cuanto la Certificación de la Entidad Deudora omitió el requisito establecido en los Pliegos de Condiciones en el numeral 3.6.9 c) de los Pliegos de Condiciones.

9.2. EN EL CUERPO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN CORRESPONDIENTE AL PROYECTO CIRCUITO MEXIQUENSE, NO OBRA EL VALOR DEL MISMO.

El Pliego de Condiciones en el numeral 3.6.9 (d), exige que se presente el contrato de concesión de proyectos de infraestructura que se financió a través del contrato de crédito acreditado. Así mismo, el citado literal establece que en el contrato de concesión debe constar el valor de dicho contrato. Luego de la revisión del contrato de concesión del proyecto Circuito Mexiquense, se llega a la conclusión que no consta en el contrato el valor del mismo, por lo tanto dicha experiencia debe descartarse pues no cumple con el requisito establecido en el numeral 3.6.9(d).

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

10. PROYECTO CAMINO INTERNACIONAL RUTA 60 CHILE

10.1. APODERADOS DE LA ENTIDAD ACREEDORA NO TIENEN LA FACULTAD DE EMITIR CERTIFICACIÓN DE ENTIDAD ACREEDORA.

De acuerdo con el numeral 3.6.10 del Pliego de Condiciones: *"Las personas que suscriban las certificaciones deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para lo cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción"*.

Tal y como obra a folio 541 de la Propuesta en cuestión, en la certificación de la Entidad Acreedora, los Señores Alejandro Espinosa Gonzales y Rafael Carvalho Pérez son apoderados **CLASE B** de acuerdo con el sistema de apoderamiento del Banco Santander.

Así mismo, nótese que a folio 527, el sistema de apoderamiento del Banco Santander establece que los apoderados **CLASE A**, pueden emitir todo tipo de documentos relacionados con el giro ordinario de los negocios del banco. La Propuesta en cuestión, a folio 527 establece que:

estructura de poderes, facultándolo para designar a los apoderados. PRIMERO: Poder a los Apoderados "Clase A" para actuar dos conjuntamente. Facultades : Uno. Suscribir todo tipo de documentos públicos y privados y celebrar y ejecutar todo tipo de actos y contratos relacionados al giro de negocio bancario permitido por la Ley en el cual tenga interés el Banco, pudiendo en consecuencia, pactar todas las cláusulas de la esencia, de la naturaleza o accidentales de dichos contratos. Dos. Celebrar actos y contratos y contraer obligaciones

A lo largo del sistema de apoderamiento del Banco Santander, no se establece ni se deduce que los apoderados CLASE B tengan la facultad y/o autorización para emitir certificaciones, que sí pueden emitir los apoderados CLASE A, cuando se establece que pueden *"...suscribir todo tipo de instrumentos públicos y privados..."*.

A folio 531 se establecen las facultades de los apoderados CLASE B y no se encuentra que dichos apoderados cuenten con la capacidad para suscribir este tipo de certificaciones, como sí la tendrían los apoderados tipo A.

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Dado que los Señores Alejandro Espinosa Gonzales y Rafael Carvalho Pérez, son apoderados CLASE B y por ende no tenían la facultad de emitir y suscribir la certificación de la Entidad Acreedora, el Comité Evaluador debe entender que no se cumple con el requisito del numeral 3.6.10 del Pliego y por ende debe descartar la experiencia presentada.

10.2. EL SEÑOR ARTURO PLATT A. DE DELOITTE NO ACREDITA QUE TIENE PODER PARA FIRMAR EL INFORME PRESENTADO.

De acuerdo con el numeral 3.6.10 del Pliego de Condiciones: *"Las personas que suscriban las certificaciones deberán acreditar su condición de representantes legales o de personas autorizadas para suscribir tal documento, para lo cual adjuntarán el documento que así lo demuestre según la respectiva jurisdicción"*.

Tal y como obra a folio 557, el Señor Arturo Platt A., firma un informe de Deloitte, empresa que funge como auditor de la sociedad concesionaria-Entidad Deudora. Luego de la revisión de la mencionada Propuesta, no obra documento que acredite que el Señor Platt tenga la condición de representante legal o autorización para firmar dicho informe de auditoría. La omisión del requisito establecido en el numeral 3.6.10 del Pliego, hace que la certificación de la Entidad Deudora adolezca de un elemento esencial y por ende debe ser descartada la experiencia que se pretende acreditar con dicha certificación.

10.3. EL VALOR DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ESTA EN UF (UNIDADES DE FOMENTO) Y NO HAY CONVERSIÓN, POR ENDE NO SE PUEDE CONTATAR EL VALOR DEL CONTRATO.

El Pliego de Condiciones en el numeral 3.6.9 (d), exige que se presente el contrato de concesión de proyectos de infraestructura que se financió a través del contrato de crédito acreditado.

Así mismo, el citado literal establece que en el contrato de concesión debe constar el valor de dicho contrato. Luego de la revisión del contrato de concesión del proyecto Camino Internacional Ruta Chile 60, se llega a la conclusión, que si bien existe un valor del contrato expresado en Unidades de Fomento (UF) no consta en el mismo una conversión de moneda que permita constatar el valor del contrato tal y como lo exige el Pliego, por lo tanto dicha

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

experiencia debe descartarse pues no cumple con el requisito establecido en el numeral 3.6.9 (d).

11. PROYECTO METRO LIGERO DEL OESTE

11.1. NI LA INFORMACIÓN CONSIGNADA EN EL FORMATO 3 ES CONSISTENTE CON LA INFORMACIÓN CONSIGNADA EN LA CERTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD DEUDORA NI NINGUNA DE LAS DOS COINCIDEN CON LA TABLA DE DESEMBOLSOS RELACIONADA EN LA MISMA CERTIFICACIÓN

Luego de la revisión de la Propuesta en cuestión, se encuentra que la información consignada en el Formato 3 a folio 93, concerniente al Proyecto Metro Ligero del Oeste no es consistente con la información del valor total desembolsado establecido en la certificación de la Entidad Deudora que obra a folio 811.

Es así como el Formato 3 (información al 18 de mayo de 2010) en la casilla correspondiente a Monto total Desembolsado, se consigna un valor de US\$ 581.694.640.00. y en la Certificación de la Entidad Deudora se establece que "El monto desembolsado a la fecha corresponde a QUINIENTOS CATORCE MILLONES DE EUROS (514.000.000 euros); (fecha de suscripción del contrato de Crédito contentivo de la obligación dineraria: Diciembre 12 de 2006 equivalente a US\$ 680.741.600.00".

Adicionalmente ninguna de las dos cifras anteriores, coincide con la tabla de desembolsos presentada por el Proponente bajo análisis en el folio 811.

Fecha	Monto (Euros)
21-12-06	242.700.000
19-03-07	38.500.000
10-04-07	26.500.000
15-06-07	70.000.000
31-12-07	35.000.000
31-07-08	14.500.000
13-08-08	5.000.000
31-08-08	1.800.000
30-09-08	35.000.000
30-11-08	24.000.000
29-12-08	9.000.000
30-06-09	7.000.000
Total Desembolsado	509.00.000

YA

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Solicitamos al Comité Evaluador descartar la experiencia acreditada pues estos errores no permiten la comparación objetiva de las Propuestas.

12. PROYECTO AUTOPISTA DE PEAJE EJE AEROPUERTO

Luego de la revisión de la Propuesta en mención, se encuentra una grave inconsistencia en la manera de acreditar la experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura.

A folio 641, se establece en la Certificación de Entidad Acreedora, suscrita por el representante legal del Banco de Crédito Español, Banesto, en su calidad de Banco Agente y Acreedor, que el deudor es la sociedad AEROPISTAS S.L. tal y como se demuestra a continuación:

Para la ejecución del mencionado proyecto de infraestructura, las citadas entidades acreedoras otorgaron un crédito en dos (2) Tramos –Tramo A y Tramo B- a la sociedad AEROPISTAS, S.L., conformada en un ochenta por ciento (80%) por Obrascón Huarte Lain S.A. y en un veinte por ciento (20%) por la Empresa Nacional de Autopistas S.A. (ENA), al momento de la suscripción del contrato de concesión.

No obstante la claridad en cuanto a las partes del contrato de crédito, que se desprende de la certificación anterior, a folio 651, los representantes legales de una persona jurídica denominada AUTOPISTA EJE AEROPUERTO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A. (quien claramente no es la Entidad Deudora) produce una Certificación (que el Proponente bajo análisis pretende presentar como la Certificación de la Entidad Deudora) y expide sin título o razón una declaración en la que manifiesta que la Entidad Deudora es AEROPISTAS S.L., tal como se demuestra a continuación:

Para la ejecución del mencionado proyecto de concesión de infraestructura, el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. ("Banesto"), la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID ("Caja Madrid") y THE ROYAL BANK OF SCOTLAND Plc ("RBS") (conjuntamente los "acreedores"), otorgaron el 11 de diciembre de 2003 un crédito en dos (2) Tramos –Tramo A y Tramo B- a la sociedad AEROPISTAS, S.L., conformada en un ochenta por ciento (80%) por Obrascón Huarte Lain S.A. y en un veinte por ciento (20%) por la Empresa Nacional de Autopistas S.A. (ENA), al momento de la suscripción del contrato de concesión.

De acuerdo con el numeral 3.6.9 del Pliego de Condiciones *"para acreditar la experiencia en Concesiones de Proyectos de infraestructura, los Proponentes deberán: ... (c) Adjuntar una certificación de la Entidad Deudora..."* (Subraya fuera de texto). Es entonces absolutamente claro y obligatorio que la certificación de la Entidad Deudora, ha debido ser suscrita por

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

AEROPISTAS S.L y no por AUTOPISTA EJE AEROPUERTO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A. quien no tiene ningún título ni en el contrato de Crédito, ni en el Contrato de Concesión.

De lo anterior se deriva una flagrante violación al Pliego de Condiciones, pues éste exige que la Certificación de Entidad Deudora, sea expedida por el ente jurídico que efectiva y jurídicamente contrajo la deuda y no por un tercero. Es decir, tal y como lo establece el representante de las Entidades Acreedoras, el deudor real del crédito presentado para acreditar experiencia en proyectos de infraestructura fue la sociedad AEROPISTAS S.L. y no AUTOPISTA EJE AEROPUERTO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A.

Esta incomprensible y grave inconsistencia, obliga al Comité Evaluador a descartar la experiencia que se pretende acreditar, pues no existe la Certificación de la Entidad Deudora, sino otra certificación, suscrita por un tercero no solicitada por el Pliego de Condiciones.

VII. VULNERACIÓN FLAGRANTE AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD, IGUALDAD, ECONOMÍA Y AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y DE CONTRADICCIÓN.

Luego de analizado todo lo anterior, llama profundamente la atención por qué el INCO no procedió al rechazo y descalificación automáticos de varias de las Propuestas analizadas anteriormente.

No obstante lo anterior, considerando la evidente dificultad que se presenta para la comparación de las Propuestas y ante la omisión en la presentación de documentos y requisitos por varios de los Proponentes, respetuosamente consideramos que el INCO debe proceder de acuerdo con el Pliego de Condiciones y rechazar las Propuestas que no cumplen los Requisitos Habilitantes.

Con relación a lo anterior, debemos hacer énfasis especial en el principio de publicidad y el principio de transparencia y el derecho al debido proceso, según el cual la entidad estatal

ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

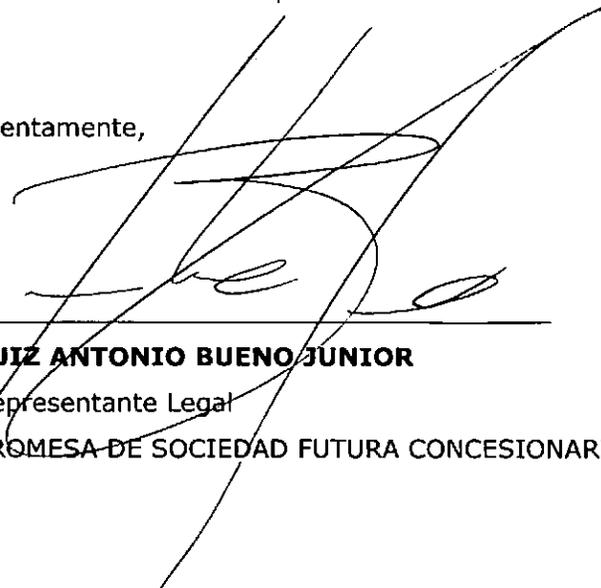
"corre traslado" de las ofertas de los Proponentes, junto con su primer dictamen de evaluación. Lo que se pretende en esta etapa, es que los Proponentes tengan acceso y se pronuncien en cuanto al contenido de las Propuestas de sus competidores, así como, de los resultados preliminares de la evaluación.

En lo que se refiere a las Propuestas presentadas, son tan numerosas las solicitudes de aclaración, complementación, de aportación documental para la solución de errores, inconsistencias u omisiones en los documentos aportados y aun en los documentos no aportados, que puede sostenerse, sin ninguna duda, que los nosotros como Proponentes, no vamos a tener acceso al análisis y revisión de dichas Propuestas.

Es un hecho notorio, que las Propuestas que hoy reposan en los archivos del INCO van a ser completamente diferentes a aquellas que reposarán en dichos archivos en la fecha de adjudicación, minando definitivamente nuestra posibilidad de hacer comentarios sobre la capacidad, validez, idoneidad y aptitud de las Propuestas presentadas luego de su conformación definitiva.

Esperamos que el INCO reciba todas y cada una de nuestras observaciones, con el fin de garantizar la transparencia de los procesos de contratación pública, así como la futura participación de inversionistas nacionales y extranjeros que buscan realizar un importante aporte al desarrollo del país.

Atentamente,



LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR

Representante Legal

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3.

ANEXO 1

Zona 3 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 (3)		
Principal	Suplente	
ALBERTO CARRASQUILLA B.	DANIEL FEGED MORA	
JUAN CLAUDIO MORALES G.	FRANCISCO JAVIER LOPEZ C.	
LUZ MARIA CORREA VARGAS	ANA MARIA JAILLIER CORREA	
WILLIAM VELEZ SIERRA	FRANCISCO LUIS VELEZ S.	
RICARDO MEJIA RAMIREZ	JOSE ALBERTO GOMEZ M.	
JOSE FRANKLIN GREIDINGER B.	LUIS MIGUEL ISAZA UPEGUI	
SAMUEL RUEDA GOMEZ	ALFONSO MANRIQUE VAN D.	

Vias 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.	
CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.	15,9%	
MINICIVIL S.A.	10,4%	
ELECTRICAS DE MEDELLIN LTDA	6,5%	
TERMOTECNICA 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%	
BOLSA INTERBOLSA S.A.	2,6%	
COMISIONISTA DE 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%	
GISALCO 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 TERMOTECNICA COINDUSTRIAL SA (2)		
NOMBRE	Part.	
WILLIAM VELEZ SIERRA	45,2%	
MARIO RESTREPO ARANGO	35,3%	
SANDRA MARIA VELEZ MESA	8,3%	
DAVID BENAVIDES CASTROS	6,5%	
FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA	4,7%	

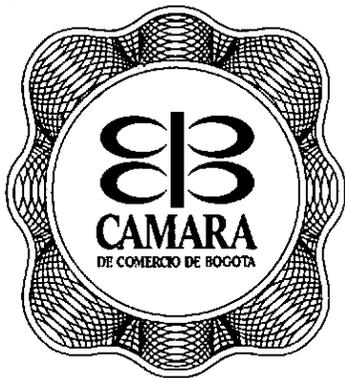
SOCIOS PROMOTORA METROSUR S.A. (2)		
NOMBRE	Part.	
WILLIAM VELEZ SIERRA	89,2%	
LINA MARIA VELEZ GAVIRIA	5,3%	
SANDRA MARIA VELEZ	5,3%	
JUAN LUIS TOBAR VELEZ	0,1%	
MARIA BLANCA VELEZ SIERRA	0,1%	

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%	
VEMEGA 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 2 de julio de 2010
 (3) Según consta a folio (016) de la propuesta presentada por el proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF

ANEXO 2



CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 1

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN

El SECRETARIO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA, con fundamento en las matrículas e inscripciones del Registro Mercantil, CERTIFICA

NOMBRE: LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A.
SIGLA: LATINCO S.A.
MATRICULA: 21-383409-04
DOMICILIO: MEDELLIN
NIT 800233881-4
CERTIFICA

CONSTITUCION: Que por Escritura Pública No. 1581, otorgada en la Notaría 7a. de Medellín, en junio 2 de 1994 Registrada inicialmente en esta Cámara de Comercio el 06 de julio de 1994, posteriormente en la Cámara de Comercio de Aburra Sur el 12 de julio de 2001 y nuevamente en esta Entidad en julio 11 de 2007, en el libro 9, bajo el número 8395, se constituyó una sociedad Comercial Anónima denominada:

LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A.

y utilizará la sigla LATINCO S.A.

CERTIFICA

REFORMA: Que hasta la fecha la sociedad ha sido reformada por las siguientes escrituras:

No. 2724 de diciembre 20 de 1999, de la Notaría 7a. de Medellín.

No. 1132 de mayo 30 de 2000, de la Notaría 7a. de Medellín.

No. 1401 de junio 30 de 2000, de la Notaría 7a. de Medellín.

No. 1292 de junio 19 de 2001, de la Notaría 7a. de Medellín, registrada en esta Cámara el 11 de julio de 2007, en el libro 9o., bajo el No. 8395, mediante la cual la sociedad cambia el domicilio de la ciudad de Medellín al municipio de Envigado.

No. 310 de febrero 20 de 2002, de la Notaría 7a. de Medellín, registrada en esta Cámara el 11 de julio de 2007, en el libro 9o., bajo el No. 8395, mediante la cual se solemniza el acuerdo de escisión entre las sociedades TUNELES Y MINERIA S.A. (escindida) y ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. y LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. (beneficiarias)

No. 1412 de julio 16 de 2002, de la Notaría 7a. de Medellín

No. 3150 de diciembre 18 de 2003, de la Notaría 7a. de Medellín.

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 2

No. 2768 de noviembre 23 de 2005, de la Notaría 7a. de Medellín, registrada parcialmente en esta Cámara el 11 de julio de 2007.

No. 497 de marzo 1 de 2006, de la Notaría 7a. de Medellín.

No. 1658, de junio 13 de 2007, de la Notaría 7a. de Medellín, registrada en esta Cámara el 11 de julio de 2007, en el libro 9o., bajo el No. 8395, mediante al cual se aprobo el cambio de domicilio de la sociedad del municipio de Envigado a la ciudad de Medellín.

No. 2.780 de septiembre 26 de 2007, de la Notaría 7a. de Medellín.

No. 59 de enero 21 de 2010, de la Notaría 1a. de Itagüí.

CERTIFICA

VIGENCIA: Que la sociedad no se halla disuelta y su duración es hasta noviembre 25 de 2050.

CERTIFICA

OBJETO SOCIAL: La Sociedad tiene por objeto:

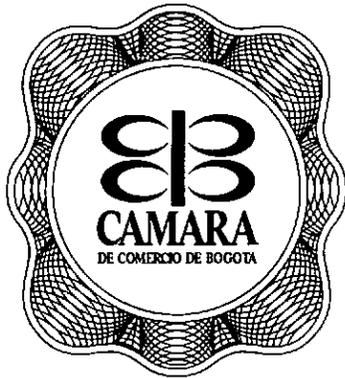
- La contratación con cualquier entidad del Estado de obras de infraestructura de cualquier naturaleza y reguladas en los estatutos generales de contratación de las diversas entidades estatales.

- El estudio, diseño, planeación, contratación, realización, construcción, financiación, explotación y administración de toda clase de edificaciones, obras civiles, bienes inmuebles en general, así como la realización de adiciones, mejoras, modificaciones, restauraciones, reparaciones y cualquier clase de negocios de infraestructura y la ejecución de todas las actividades y obras propias de la ingeniería y la arquitectura en todas sus manifestaciones, modalidades y especialidades, dentro o fuera del Territorio nacional, tanto con entidades públicas como con particulares.

- La contratación y subcontratación con el estado y sus entidades centralizadas y descentralizadas para la ejecución de cualquier obra civil, o contratación de vivienda ordinaria y vivienda de interés social u otro tipo de construcciones.

- La exploración, explotación, beneficio y transformación minera en pequeña y gran escala, por aluvión, cauce o por beta, la exploración y explotación de canteras, playas y demás depósitos naturales, o yacimientos de materiales para la construcción y la minería en general, ya mediante contratación estatal, o con el sector privado o mediante

*** CONTINUA ***



01



* 9 3 8 9 2 2 3 5 *

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 3

concesión.

- La prestación de servicios técnicos, interventoría y de consultoría en los diferentes campos de la ingeniería civil.
- La realización de trabajos, estudios, consultorías y proyectos en materia de urbanismo y arquitectura.
- La adquisición de inmuebles o inversiones en ellos para ejecutar por sí o por medio de terceros la venta de lotes o de unidades habitacionales, o de locales comerciales o industriales, o la construcción, urbanización, promoción y venta de todo tipo de proyectos inmobiliarios que resulten de su edificación.
- El desarrollo de construcciones, parcelaciones urbanizaciones en bienes propios o de terceros, bien sea para planes de vivienda, locales comerciales o industriales.
- La promoción constitución y asociación de empresas o sociedades que tengan por objeto la construcción de inmuebles o los negocios sobre la propiedad raíz.
- Las inversiones en propiedades inmuebles para enajenarlos o desarrollar proyectos de edificios, estando facultada la sociedad para reservar par sí, o para los socios las áreas que a bien tengan para el arrendamiento o explotación comercial.
- La ejecución de toda clase de negocios además de la compraventa relacionados con la comercialización de propiedad raíz tales como financiamiento, arrendamiento, fideicomiso, administración, usufructo, constitución y régimen de propiedad horizontal, etc.
- La construcción de canalizaciones externas y subterráneas para extensión y distribución de redes de energía, acueducto, alcantarillado, teléfonos, y en general todo lo relacionado con servicios públicos.
- Los montajes electromecánicos de centrales de generación de energía hidráulica, térmica y a gas y para plantas o instalaciones comerciales y de infraestructura.
- La construcción y montajes de acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y tubería a presión para centrales de generación y estaciones de bombeo, disposición técnica de residuos y desechos sólidos y líquidos.
- Montaje, puestas en servicio de equipos, líneas, enlaces y servicios

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 4

complementarios y accesorios para comunicaciones y telecomunicaciones.

- Montajes eléctricos, líneas de transmisión y distribución, subestaciones, centrales de generación de redes de distribución, iluminación de áreas y vías públicas y privadas.
- La construcción de obras e infraestructura para el sector del petróleo incluyendo la construcción de oleoductos, poliductos, gasoductos, plataformas para pozos, estaciones de bombeo y en general todo lo relacionado con esta clase de construcciones.
- La enajenación de materiales de construcción nuevos y sobrantes de obra.
- La construcción de túneles, presas, oleoductos, gasoductos, poliductos y estaciones de bombeo.
- La construcción de estructuras para edificios, puentes o infraestructura en general en concreto o metálicas.
- La participación en sociedades civiles o comerciales, cuentas en participación y otras asociaciones, aun cuando su objeto social no tenga relación con el que aparece descrito en esta cláusula.
- La adquisición a título oneroso de instalaciones, accesorios e implementos auxiliares empleados en la construcción de obras y edificios, con el propósito de usarlos en las obras que ejecute pudiendo también arrendarlos o celebrar con ellos cualquier tipo de transacción.
- Adquirir, gravar, enajenar limitar y dar en garantía toda clase de bienes raíces, muebles, equipos e implementos para la ejecución de obras propias o de terceros y celebrar contratos en virtud de los cuales la compañía tome a su cargo, directamente o por conducto de contratistas.
- La planeación o ejecución de estudios de factibilidad, de mercadeo, y de actividades accesorias a la construcción de obras de urbanización en áreas urbanas, suburbanas o rurales.
- La administración y venta de lotes, parcelas y edificaciones.
- La asociación con terceros para el desarrollo y ejecución de programas de urbanización, parcelación y construcción.
- Establecer talleres para la reparación, sostenimiento y construcción de equipos.
- Producir materiales destinados a obras o construcciones y explotar canteras, playas y demás depósitos naturales o yacimientos de materiales

*** CONTINUA ***



01



* 9 3 8 9 2 2 3 6 *

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 5

para construcción con destino a sus obras o a la venta de los mismos.

- Contratar la ejecución de obras o trabajos bajo las diferentes modalidades comerciales o administrativas de contratación.

- Asociarse con terceros para la ejecución de obras o para la realización de proyectos específicos bien sea bajo la modalidad de consorcios, uniones temporales o cualquier otro tipo de asociación o participación.

- Subcontratar obras o parte de ellas.

- Hacer inversiones de fomento y desarrollo para el aprovechamiento de inventivos de carácter fiscal autorizados por la ley o transitoriamente como utilización fructífera de fondo o recursos no necesarios de inmediato para el desarrollo de los negocios sociales.

- Celebrar operaciones de crédito por activa o por pasiva con toda clase de personas y otorgar garantías, emitir bonos, tomas de dinero en mutuo o dar en garantía sus bienes muebles; celebrar todas las operaciones de crédito que le permitan obtener los fondos u otros activos para el desarrollo de la empresa, comprar para revender, licitar, construir compañías filiales o promoverlas, formar u organizar sociedades o vincularse a otras sociedades o empresas o en servicios, absorberlas o fusionarse con ellas.

- La inversión, aplicación de recursos o disponibilidades de la Sociedad en Empresas organizadas bajo cualquiera de las formas autorizadas por la ley sean nacionales o extranjeras y que tengan por objeto la explotación de cualquier actividad económica lícita, o en bienes corporales o incorporeales con la finalidad de precautelación del patrimonio.

- La planeación, contratación y administración de negocios de infraestructura y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario, de servicios públicos domiciliarios y minero y proyectos relacionados con obras de infraestructura, proyectos de ingeniería, mineros y en general el desarrollo de actividades relacionadas con la industria de la construcción.

- La estructuración, gestión y ejecución de proyectos relacionados con la generación, transmisión, exploración, generación, distribución y comercialización de energía, electricidad, gas e hidrocarburos, así como

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 6

de la industria petroquímica y minera.

- El diseño, fabricación, compraventa, permuta, arrendamiento, almacenamiento, intermediación de bienes relacionados con la industria de la construcción.
 - La explotación económica de actividades de recaudo de cualquier naturaleza y sus actividades conexas, y la administración y recaudo de tarifas, tasas o contribuciones y operación de peajes.
 - La sociedad como objeto social secundario podrá dedicarse a explotar las actividades relacionadas con la ingeniería sanitaria y civil en todos sus ramos en especial el manejo ecológico de los recursos naturales, así:
 - La suscripción o ejecución de contratos ya sea en las modalidades de concesiones, permisos, licencias y las demás que permita la ley con entidades publicas o privadas, o semiprivadas, con el objetivo principal de prestar el servicio de aseo, manejo de basuras, rellenos sanitarios y todas las actividades complementarias, tratamiento de aguas residuales, estudios ecológicos, de cuencas de aguas en municipios, áreas metropolitanas y distritos públicos o propiedades privadas.
 - Construir y/o ensamblar equipos para el manejo de basuras o rellenos sanitarios. Importar y exportar toda clase de insumos necesarios para llevar a cabo el desarrollo de su objeto social.
 - Administrar, gestionar y operar infraestructura de distribución eléctrica, así como la comercialización de energía eléctrica y realización de cualquier tipo de contrato que con lleve este objeto y/o alcance.
 - Efectuar licitaciones públicas o privadas en el país o en el exterior.
 - suscribir contratos para el desarrollo de su objeto principal o similar a este.
 - De igual forma como objeto social secundario la sociedad podrá dedicarse a la comercialización, cría, levante o desarrollo, la ceba de ganado bovino, porcino y equino, ya sea propio o en participación; así como la explotación económica de bienes inmuebles rurales.
- PARAGRAFO PRIMERO: ALCANCE. En desarrollo de su objeto social la Sociedad podrá:
- Promover y constituir sociedades con o sin el carácter de filies o

*** CONTINUA ***

7



01



* 9 3 8 9 2 2 3 7 *

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 7

subsidiarias, siempre que sean constituidas para realizar inversiones de cualquier tipo; vincularse a sociedades ya constituidas cualquiera sea su objeto o forma social; suscribir o adquirir acciones, cuotas, o partes sociales en ellas, mediante aportes en dinero, en bienes o servicios y absorberlas o fusionarse con ellas.

Adquirir y explotar los bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, títulos valores u otros, que a juicio de la Junta Directiva sirvan para la realización del objeto social; arrendarlos, enajenarlos o gravarlos.

Emitir bonos para el desarrollo, fomento o explotación de las empresas, actividades y negocios descritos en el objeto social y en los estatutos. Hacer toda clase de operaciones con títulos valores, intervenir en operaciones de crédito por activa o por pasiva, dando o recibiendo las garantías del caso, sin que por ello se configure la intermediación financiera.

En general, ejecutar todos los actos y celebrar todos los contratos, sean de carácter principal, accesorios, preparatorios o complementario, que directamente se relacionen con los negocios o actividades que constituyen el objeto social, de acuerdo con la extensión y comprensión determinadas en los estatutos, y realizar todos aquellos actos que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y de las actividades desarrolladas por la compañía.

~~PARAGRAFO SEGUNDO. La sociedad sólo podrá ser garante de las obligaciones de terceros y constituir cualquier clase de garantía para ellas, previa aprobación de la Asamblea General de Accionistas con el voto favorable del sesenta y dos por ciento (62%) de las acciones suscritas.~~

CERTIFICA

QUE EL CAPITAL DE LA SOCIEDAD ES:		NRO. ACCIONES	VALOR NOMINAL
AUTORIZADO	\$2.502.000.000,00	834.000	\$3.000,00
SUSCRITO	\$1.500.000.000,00	500.000	\$3.000,00
PAGADO	\$1.500.000.000,00	500.000	\$3.000,00

CERTIFICA

REPRESENTACION LEGAL:

*** CONTINUA ***

Vertical text on the right edge of the page.

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 8

PRESIDENCIA CORPORATIVA Y GERENTE EJECUTIVA:

REPRESENTACION: La representación legal principal de la Compañía, en juicio y fuera de juicio, estará a cargo del Gerente Ejecutivo quien estará subordinado, administrativamente, al Presidente Corporativo en el desempeño de sus funciones. De manera simultánea con aquél, la representación legal suplente en juicio y fuera de él, así como la gestión de los negocios sociales podrá ser ejercida por el Presidente Corporativo.

PARAGRAFO: Todos los empleados de la compañía a excepción del Presidente Corporativo, estarán subordinados al gerente Ejecutivo en el desempeño de sus cargos.

El Presidente Corporativo podrá reemplazar al gerente Ejecutivo en sus faltas temporales o absolutas.

Las Funciones inherentes a la calidad de representante legal podrán ejercerlas el Gerente Ejecutivo y el Presidente Corporativo, separada o conjuntamente con el suplente correspondiente y en el orden aquí establecido.

DEL GERENTE EJECUTIVO:

PARAGRAFO UNO: El cargo de Gerente Ejecutivo tendrá un suplente.

En todo caso, siempre actuarán como primer suplente el Presidente Corporativo.

CERTIFICA

NOMBRAMIENTOS:

GERENTE EJECUTIVO SERGIO HUMBERTO RAMIREZ 71.714.292

ARROYAVE

DESIGNACION

Por Acta No. 42 del 20 de noviembre de 2009 de la Asamblea General Extraordinaria de Socios, protocolizada mediante Escritura Pública número 59 del 21 de enero de 2010, de la Notaría la. de Itagüí, registrado en esta Cámara el 8 de abril de 2010, en el libro 9, bajo el número 5278.

GERENTE EJECUTIVO CARLOS ALBERTO RAMIREZ 71.627.083

SUPLENTE ARROYAVE

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 82 del 18 de abril de 2010, de la Junta

*** CONTINUA ***



CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 9

Directiva, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8098.

PRESIDENTE CORPORATIVO RAMIRO ALBERTO PEREZ 70.094.522
RESTREPO
DESIGNACION

Por Acta No. 42 del 20 de noviembre de 2009 de la Asamblea General Extraordinaria de Socios, protocolizada mediante Escritura Pública número 59 del 21 de enero de 2010, de la Notaría 1a. de Itagüí, registrado en esta Cámara el 8 de abril de 2010, en el libro 9, bajo el número 5278.

REPRESENTANTE LEGAL PARA MARGARITA MARIA POSOS 43.496.648
ASUNTOS JUDICIALES Y DESIGNACION
ADMINISTRATIVOS

Por Extracto de Acta número 82 del 18 de abril de 2010, de la Junta Directiva, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8098.

CERTIFICA

FACULTADES: Como representantes legales de la sociedad en juicio y extrajudicialmente, el Presidente y el gerente Ejecutivo tienen facultades para celebrar o ejecutar, sin otras limitaciones que las establecidas en los Estatutos en cuanto se trate de operaciones que deban ser previamente autorizadas por la Junta Directiva o por la Asamblea de Accionistas, todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que tengan carácter simplemente preparatorio, accesorio o complementario para la realización de los fines que persigue la Compañía y los que relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la misma.

El Presidente Corporativo y el Gerente Ejecutivo quedan investidos de poderes especiales para conciliar, transigir, someter a arbitramento o a amigable composición, los negocios sociales; promover o coadyuvar acciones judiciales, administrativas o contencioso-administrativas en las que la Compañía tengan interés o deba intervenir, e interponer todos los recursos que sean procedentes conforme a la ley; desistir de las acciones o recursos que interponga; novar obligaciones o créditos; suscribir títulos valores de contenido crediticio a condición de que

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

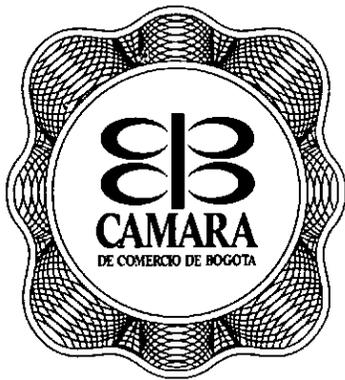
PAGINA: 10

exista contraprestación cambiaria a favor de la Compañía; dar o recibir bienes en pago; constituir apoderados judiciales o extrajudiciales, delegarles facultades y revocar mandatos y sustituciones.

FUNCIONES DEL PRESIDENTE CORPORATIVO: El Presidente Corporativo de la Compañía en un mandatario con representación, investido de la gestión corporativa, encargado de definir los lineamientos estratégicos y de inversiones, la coordinación y supervisión general de la Compañía, como tal tiene la representación legal y la responsabilidad de la acción administrativa. Funciones que cumplirá con arreglo a los presentes Estatutos, a las disposiciones legales y con sujeción a las ordenes e instrucciones de la Asamblea de Accionistas y la Junta Directiva. Además de las funciones antes indicadas corresponde al Presidente:

- a) Liderar las estrategias de la Compañía.
- b) Cuidar la inversión de los fondos de la Compañía.
- c) Ejecutar y cumplir los acuerdos y decisiones de la Asamblea General y a los de la Junta Directiva.
- d) Citar a la Junta Directiva cuando lo considere necesario o conveniente y mantenerla adecuada y oportunamente informada sobre la marcha de los negocios sociales y suministrarle todos los informes que ella requiera en relación con la Sociedad y sus actividades y someter a su consideración los balances de prueba y los demás estados financieros destinados a la Administración.
- e) Convocar a la Asamblea General de Accionistas y presentarle en su reunión ordinaria el balance de fin de ejercicio, junto con los informes, proyecto de distribución de utilidades, y demás revelaciones e informes especiales exigidos por la ley, previo el estudio y consideración del Gerente Ejecutivo y aprobación de la Junta Directiva.
- f) Velar de manera conjunta con la Gerencia Ejecutiva y la Junta Directiva por el efectivo cumplimiento y divulgación del Código de Buen Gobierno.
- g) Ejecutar los actos y celebrar los contratos correspondientes al desarrollo de su objeto social, con las limitaciones establecidas en la ley y con los Estatutos para el Gerente Ejecutivo.
- h) Asistir a las reuniones de las asambleas o juntas de asociados de las compañías, corporaciones o comunidades en que la compañía tenga

*** CONTINUA ***



01



* 9 3 8 9 2 2 3 9 *

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 11

intereses, dar su voto en ellas en representación de ésta y de acuerdo con las instrucciones que reciba de la Junta Directiva.

i) Cumplir las funciones que, en virtud de delegación expresa de la Asamblea de Accionistas o de la Junta Directiva, le sean confiadas transitoriamente o para casos especiales.

j) Usar de la firma social y representar a la Sociedad ante los accionistas, ante terceros y ante toda clase de autoridades.

k) Ejecutar todas las operaciones que tengan por objeto adquirir, gravar, limitar o enajenar el dominio de activos fijos con la limitación establecida en los estatutos.

l) Proponer a la Junta Directiva políticas generales.

m) Opinar previamente sobre la conveniencia de los actos o contratos cuya aprobación corresponda a la Junta Directiva.

n) Velar porque el Código del Buen Gobierno regule la prevención, manejo, divulgación y solución de las situaciones generadoras de conflictos de interés que puedan presentarse entre los accionistas y administradores, los administradores y demás empleados de la compañía, y entre los accionistas.

o) Mantener a los accionistas, inversionistas y a terceros debidamente informados acerca de los hechos relevantes y materiales acaecidos en la Sociedad, así como de sus principales riesgos. Lo anterior con el fin de que los accionistas e inversionistas puedan informarse constantemente de los hechos, actos y operaciones relacionadas con la compañía que de alguna forma puedan afectar sus intereses. En cumplimiento de lo anterior el Presidente podrá crear un espacio de información para los accionistas e inversionistas en la página web de la sociedad.

p) Presentar a la Asamblea General de Accionistas en asocio con el Gerente Ejecutivo y la Junta Directiva en caso de existir grupo empresarial, un informe especial en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada.

q) Constituir los apoderados judiciales o extrajudiciales que juzgue necesarios para que, obrando bajo sus órdenes, representen a la Compañía, y determinar sus facultades.

r) Designar apoderados o representantes para los consorcios, uniones

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 12

temporales o acuerdos de asociaciones futuras o cualquier otro tipo de asociación en que la sociedad tenga interés en ocasión del ejercicio de su objeto social.

s) Servir de amigable componedor o intermediario mediador para los conflictos entre accionistas y referentes a la sociedad.

t) Las demás que le confieran los Estatutos o la ley.

FUNCIONES DEL GERENTE EJECUTIVO: El Gerente Ejecutivo de la compañía también es un mandatario con representación que ejercer la representación legal principal de la compañía, investido de funciones ejecutivas y administrativas y de la gestión de los negocios, la responsabilidad de la acción administrativa y la supervisión general de la compañía en coordinación con el Presidente Corporativo, las cuales cumplirá con arreglo a los presentes estatutos, a las disposiciones legales y con sujeción a las órdenes e instrucciones de la Asamblea de Accionistas, la Junta Directiva y la Presidencia Corporativa. Además de las funciones antes indicadas corresponde al Gerente Ejecutivo:

a) Tomar decisiones acordes con la estrategia y los lineamientos fijados por el Presidente Corporativo.

b) Acompañar, apoyar y complementar al Presidente Corporativo en temas estratégicos, relaciones con los entes gubernamentales, accionista, inversionistas y nuevas iniciativas de negocio.

c) Responder por el cumplimiento de los objetivos corporativos de los proyectos.

d) Acompañar al Presidente Corporativo en las reuniones de inversionistas y nuevas inversiones que considere pertinentes.

e) Alinear conceptual y filosóficamente las áreas a su cargo frente a logro de los resultados de los proyectos.

g) (sic) Realizar una coordinación efectiva entre las áreas claves de los proyectos y las respectivas gerencias.

h) Responder por nuevos negocios ya definidos y promover el desarrollo de nuevos negocios.

i) Proponer a la Presidencia corporativa y esta a su vez a la Junta Directiva, esquemas de compensación que alineen la administración con el resultado del negocio.

j) Liderar los esfuerzos de transformación organizacional requeridos.

*** CONTINUA ***



01



* 9 3 8 9 2 2 4 0 *

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 13

k) Administrar las operaciones de manera transversal sobre las gerencias para asegurar que los resultados sean consistentemente obtenidos.

l) Llevar controles periódicos sobre el cumplimiento de las metas y objetivos corporativos.

m) Presidir al Comité Ejecutivo.

n) Cuidar de la recaudación de los fondos de la compañía y de que todos los valores pertenecientes a ellas y los que se reciban en custodia o depósito se mantenga con la seguridad debida.

o) Opinar previamente sobre la conveniencia de los actos o contratos cuya aprobación corresponda a la Junta Directiva.

p) Usar de la firma social y representar a la sociedad ante los accionistas, ante terceros y ante toda clase de autoridades.

q) Ejecutar todas las operaciones que tengan por objeto adquirir, gravar, limitar o enajenar el dominio de activos fijos hasta por cuantía de tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales. Las operaciones que excedan esta cifra requieren autorización de la Junta Directiva en los términos de estos estatutos.

Ejecutar y cumplir los acuerdos y decisiones de la Asamblea General, de la Junta Directiva y el Presidente.

Nombrar y remover libremente a los empleados de la compañía, salvo aquellos cuyo nombramiento y remoción compete a la Asamblea General de Accionistas o a la Junta Directiva.

r) Citar a la Junta Directiva cuando lo considere necesario o conveniente y mantenerla adecuada y oportunamente informada sobre la marcha de los negocios sociales, suministrarle todos los informes que ella requiera en relación con la sociedad y sus actividades.

s) Velar de manera conjunta con la Presidencia Corporativa y la Junta Directiva por el efectivo cumplimiento y divulgación del código de Buen Gobierno.

t) Tomar las medidas que reclame la conservación de los bienes sociales, vigilar la actividad de los empleados de la administración de la Sociedad e impartirles las órdenes e instrucciones que exija la buena marcha de la compañía.

u) Cumplir o hacer que se cumplan oportunamente todos los requisitos o

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 14

exigencias legales que se relacionen con el funcionamiento y actividades de la Sociedad.

v) Constituir los apoderados judiciales o extrajudiciales que juzgue necesarios para que, obrando bajo sus ordenes, representen a la compañía, y determinar sus facultades.

w) Designar apoderados o representantes para los consorcios, uniones temporales o acuerdos de asociaciones futuras o cualquier otro tipo de asociación en que la sociedad tenga interés en ocasión del ejercicio de su objeto social.

x) Asistir a las reuniones de la Asambleas o Juntas de asociados de las compañías, corporaciones o comunidades en que la compañía tenga intereses cuando así lo disponga el Presidente Corporativo, dar su voto en ellas en representación de éste y de acuerdo con las instrucciones que reciba del presidente y de la Junta Directiva.

y) Cumplir las funciones que, en virtud de delegación expresa de la Asamblea de Accionistas o de la Junta Directiva, le sean confiadas transitoriamente o para casos especiales.

z) Nombrar y remover al secretario general de la sociedad, exigirle informes y fijar su remuneración.

aa) Las demás que confiera la ley y expresamente los estatutos.

DEBERES DEL PRESIDENTE CORPORATIVO Y DEL GERENTE EJECUTIVO

El Presidente Corporativo y el Gerente Ejecutivo en cumplimiento de sus funciones deberán:

a) Esforzarse por desarrollar adecuadamente el objeto social.

b) Velar por el cumplimiento de las normas legales y estatutarias.

c) Permitir o hacer que se permitan el cumplimiento de las funciones del Revisor Fiscal.

d) Guardar y proteger los secretos comerciales e industriales de la sociedad.

e) Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

f) Dar un trato equitativo a todos los socios.

g) Respetar el ejercicio del derecho de inspección.

h) Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de

*** CONTINUA ***



77

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 15

intereses, salvo autorización expresa de la Asamblea General de Accionistas.

CERTIFICA

JUNTA DIRECTIVA

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACION
PRINCIPAL	RAMIRO ALBERTO PEREZ	70.094.522

RESTREPO

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

PRINCIPAL	MARIA PATRICIA RAMIREZ	32.539.607
-----------	------------------------	------------

ARROYAVE

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

PRINCIPAL	SERGIO HUMBERTO RAMIREZ	71.714.292
-----------	-------------------------	------------

ARROYAVE

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

PRINCIPAL	CARLOS ALBERTO RAMIREZ	71.627.083
-----------	------------------------	------------

ARROYAVE

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

PRINCIPAL	LUCAS PEREZ RAMIREZ	98.771.920
-----------	---------------------	------------

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

SUPLENTE	OSCAR EDUARDO GUTIERREZ	7.168.644
----------	-------------------------	-----------

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 16

CAMPOS

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

SUPLENTE LIDA MARCELA TORRES GOMEZ 24.369.436

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

SUPLENTE BERNARDITA PEREZ RESTREPO 43.007.601

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

SUPLENTE ALEJANDRA PEREZ RAMIREZ 1.128.277.448

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

SUPLENTE MARGARITA MARIA POSOS 43.496.648

DESIGNACION

Por Extracto de Acta número 43 del 26 de marzo de 2010, de la Asamblea de Accionistas, registrado en esta Cámara el 26 de mayo de 2010, en el libro 9, bajo el número 8094.

CERTIFICA

REVISORES FISCALES

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACION
REVISOR FISCAL PRINCIPAL	GILBERTO ANTONIO MURIEL	8.302.918

SALDARRIAGA

DESIGNACION

Por Acta número 34, del 26 de marzo de 2007, de la Asamblea de Accionistas, registrada en esta Cámara el 11 de julio de 2007, en el libro 9, bajo el número 8395

REVISOR FISCAL SUPLENTE GILBERTO ANTONIO MURIEL 71.758.035

*** CONTINUA ***

CERTIFICADO NACIONAL

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

FECHA: 2010/06/29

HORA: 10:12:37

OPERACION: 01HNG0629074

PAGINA: 18

Calle 18 35 69 OFICINA 424 MEDELLIN, ANTIOQUIA, COLOMBIA

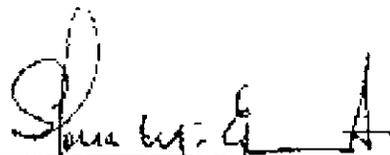
CERTIFICA

Que en la CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN PARA ANTIOQUIA, no aparece inscripción posterior a la anteriormente mencionada, de documentos referentes a reforma, disolución, liquidación o nombramiento de representantes legales de la expresada entidad.

Los actos de inscripción aquí certificados quedan en firme cinco (5) días hábiles después de la fecha de su notificación, siempre que no hayan sido objeto de los recursos de la vía gubernativa en los términos establecidos en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

CERTIFICA

Fecha de Renovación: Marzo 26 de 2010


GLORIA MARIA ESPINOSA ALZATE