



**MINISTERIO DE TRANSPORTE
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES**

LICITACION PÚBLICA No. SEA-LP-001-2010

OBJETO:

“Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudio definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector comprendido entre San Roque- Ye de cienaga y Carmen de Bolívar- Valledupar, denominado sector 3 del proyecto Vial Ruta del Sol”

INFORME DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN PRELIMINAR E INFORME DE EVALUACIÓN DEFINITIVO A LICITACIÓN PÚBLICA SEA-LP-001-2010

Una vez publicado el informe preliminar de evaluación de precalificación de las propuestas los proponentes presentaron observaciones al mismo, aportaron documentos y aclararon información como se indica a continuación y en tal sentido el Instituto Nacional de Concesiones procede a dar respuesta a cada una de ellas y evaluar definitivamente las propuestas.

1.1. OBSERVACIONES DE CARÁCTER JURIDICO

PROPONENTE No. 1 ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF

Mediante oficio con radicado No. 2010-409-015317-2 de fecha 07 de julio de 2010 el proponente allegó:

- Certificados de pagos de aportes parafiscales de cada uno de los integrantes del mes de mayo de 2010
- Respecto de la carta de presentación de la propuesta, se verificó que el folio 009 de la propuesta original se ajusta al Anexo No. 1 del pliego de condiciones.
- En relación con la Carta De Compromiso de Probidad, se verificó que el original de la propuesta en el folio 0569 se encuentra ajustada a lo solicitado en el pliego de condiciones.
- Aclaración de la Promesa de Sociedad Futura.

Por lo anterior el proponente presento de acuerdo con el pliego todo lo requerido por la entidad.

OBSERVACIONES REALIZADAS POR OTROS PROPONENTES:

OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE No. 2 CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIBIDAD RUTA DEL SOL (Rad. 2010-409-015314-2) AL PROPONENTE ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Señalamos que el orden de los documentos aportados entre los folios 114 a 190 no es claro por cuanto, se encuentran intercaladas y de manera sucesiva e indistintamente traducciones, apostillas y documentación en idioma original, todo lo cual impide la valoración de la oferta. A modo de ejemplo citamos el caso visible a folios 114 – 116 en el que se aporta traducción oficial de la Doctora Clemencia Paredes Teja, seguida a folio 117 de apostilla e inmediatamente después, folios 118 a 120 de documento original que aparentemente concuerda con la primera traducción aportada. De ahí que deba pedirse aclaración respecto de los documentos aportados con el fin de que los documentos sean allegados en orden, de tal suerte que no sea responsabilidad del evaluador ni de los demás oferentes establecer a su discreción la correspondencia de los mismos.

Adicionalmente fueron identificadas a folios 117,125, 128 y 137 apostillas en idioma diferente al castellano que no se encontraban debidamente acompañadas de la traducción oficial al castellano claramente establecida como requisito en el numeral 3.3.2 “ interesados extranjeros”, literal b-iii, el cual nos permitimos traducir a continuación:

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

Así las cosas, tomando en cuenta que los documentos acompañados por estas apostillas no cumplen con los requerimientos establecidos por la ley y el pliego de condicione, solicitamos atentamente no sean tenidos en cuenta los mismos para la acreditación de la experiencia.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 1. NO PRESENTA

RESPUESTA INCO

Una vez verificados los folios 114 a 190 de la propuesta original, relacionados con la certificaciones de experiencia en financiación en el proyecto de infraestructura carretera Santo Domingo – Cruce Rincón de Molinillos, no se encuentran en el orden lógico, pero si es congruente toda la información anexada.

Respecto a los apostillas de los folios 117, 125, 128 y 137 en idioma diferente al castellano no se encuentra traducción oficial por lo tanto da a lugar la observación.

OBSERVACIONES DEL PROPONENTE No. 4 CONCESION VIAL DEL CARIBE (Rad. No. 2010-409-015321-2) AL PROPONENTE ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

OBSERVACIÓN:

“En el anverso del folio 555, se lee en su clausula primera lo siguiente “**condición para constitución de la sociedad prometida**” no se incluye una indicación término o condición que fije la fecha en que ha de

constituirse la sociedad prometida, el cual de conformidad con el artículo 119 del Código de Comercio es un requisito de la esencia del contrato de sociedad.”

“...De acuerdo con lo anterior, es claro que la promesa presentada no cumple con los requisitos de la esencia del contrato de promesa al no haberse fijado una fecha o época precisa para celebrar el contrato prometido.”.

Siendo así el documento aportado no tiene la calidad de contrato de sociedad futura por carecer de una de sus elementos esenciales para su existencia, con lo cual resulta que ni siquiera existe estructura plural constituida, requisito insubsanable y fundamental de capacidad dando lugar a la aplicación del numeral 7.6.1 del pliego de condiciones, recordamos que la capacidad jurídica no puede ser objeto de aclaración, adición o subsanación alguna en los términos del artículo 10 inciso final del decreto 2474 de 2008.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 1. Rad. 2010-409-015616-2

Manifiesta que en relación con los documentos que reposan a folio 554 y ss, sí se incluye o establece un plazo o condición que determina la época de celebración del negocio jurídico prometido. Siendo así, no es acertada la interpretación del observante, por cuanto en el párrafo único del numeral primero se señala en forma clara y expresa el plazo para otorgar el acto de constitución de la sociedad prometida. El numeral primero del contrato de promesa de sociedad futura y específicamente dicho párrafo en el folio 555, prevé un plazo máximo de 30 días calendario contados desde el día hábil siguiente a la audiencia de adjudicación, redacción que coincide textualmente con lo señalado en el pliego de condiciones. Así mismo en dicho párrafo se establece que para la firma del contrato de concesión debe existir el nuevo ente jurídico, de tal manera que se le permita al representante legal de la sociedad creada proceder a la firma de dicho contrato de concesión.

RESPUESTA INCO

La observación presentada no se acogerá por la entidad por cuanto la promesa de contrato de sociedad presentada por el proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. cumple con el requisito de establecer el momento en el cual suscribiría el contrato de sociedad, como a continuación se pasa a exponer:

1. El artículo 1530 del Código Civil establece que es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. Agrega el artículo 1531 del mismo código que la condición es positiva o negativa, positiva cuando consiste en acontecer una cosa; y la negativa en que una cosa no acontezca.

Por su parte en cuanto al plazo el artículo 1551 lo definió como la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

2. Ha dicho la doctrina¹ con respecto al cumplimiento e incumplimiento de una condición lo siguiente:

722. CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICION

El negocio jurídico que da vida a una obligación puede contener una estipulación (*accidentalía negocia*) que, introduciéndole una modalidad, condicione o subordine la producción de sus efectos, en su orden, a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, o la llegada de un día cierto, o a determinado empleo de un bien (condición, plazo y modo, en su orden).

Los particulares pueden alterar los efectos finales de cualquier negocio jurídico patrimonial (p. ej., testamento, contrato, acto colectivo), mediante las llamadas modalidades: condición, término,

¹ Fernando Hinestrosa. *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. CONCEPTO ESTRUCTURA VISCITUDES*. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2002, pags. 873 a 876

modo. Los derechos y deberes emanados de un negocio condicional existen, los sujetos negociables y los destinatarios se encuentran vinculados entre sí, solo que condicionalmente, y sus intereses son objeto de la tutela que corresponde (arts. 1550 y 1136 c.c.) y pueden ser transferidos en ese estado. Los derechos a término suspensivo o consuntivo están sometidos, en cuanto a la producción de sus efectos finales, en su orden, a un día cierto inicial o a uno terminal. Y en lo que respecta al modo, que es un ruego u orden de “aplicar a un fin especial” el bien objeto de la asignación patrimonial, acá interesa aquel que lleva en sí una condición resolutoria, cuyo tratamiento es el de esta figura (arts. 1550 y 1148 c.c.).

Al no realizarse el hecho futuro e incierto incluido en el negocio jurídico como condición suspensiva, los efectos finales pertinentes desaparecen definitivamente, como también se disuelve el vínculo y, en consecuencia, la obligación se extingue y el deudor queda libre.

(...)

723. CONDICION

Dentro de la amplitud de comportamiento de que gozan, los particulares pueden, en los más de los negocios (concretamente en los patrimoniales), subordinar la eficacia de los dictados a la realización o a la no verificación de un suceso a la vez que futuro, incierto. Es ese el fenómeno de la condición que engendra un estado de “pendencia”. Las partes se halan a la expectativa, pendientes de si el hecho se realiza o no, que, según se presenten las cosas, concreta y hace definitivo su derecho, o impone borrar toda huella que haya podido dejar en el entretanto la relación establecida.

(...); pero desde ahora se anota que la condición puede ser positiva o negativa, según que la relevancia del hecho se prevenga en su realización, o en su ausencia (art. 1531 c.c.), y suspensiva o resolutoria, según que el suceso influya de modo de diferir y hacer eventual la iniciación de la eficacia final, o de manera de destruir los efectos producidos (art. 1536 c.c.); y que si la condición suspensoria falla, ninguna eficacia final logrará el negocio, y si la condición resolutoria se sucede, los efectos realizados deben destruirse, se borrarán en la medida de lo posible (arts. 1544 y 1545 c.c.). En tales circunstancias el negocio condicional origina obligaciones que pueden extinguirse en cuanto ocurra o se deje de sucederse el acontecimiento.

3. Estableció el pliego de condiciones definitivo en el numeral 3.3.4 respecto de las estructuras plurales y en especial de las promesas de sociedad futuras lo siguiente:

“3.3.4. Estructuras Plurales. Se entenderá presentada una Propuesta por Estructuras Plurales, cuando de manera conjunta dos o más personas naturales o jurídicas o Fondos de Capital Privado, nacionales o extranjeros, presenten una Propuesta de manera conjunta. Tal como se precisó en la definición de Estructura Plural la promesa de constituir una sociedad por acciones simplificada con un único accionista o cuando se presente un SPV bajo esta misma modalidad se considerará también como Estructura Plural. En tal caso se tendrá como Proponente, para todos los efectos dentro de la presente Licitación, al grupo conformado por la pluralidad de personas (y a las sociedades por acciones simplificadas con un único accionista), y no las personas que lo conforman individualmente consideradas. La presentación de Propuesta por parte de Estructuras Plurales, deberá sujetarse a las siguientes condiciones:

(...)

(b) Promesa de Sociedad Futura: Para participar bajo esta forma de asociación deberán cumplirse los siguientes requisitos:

(...)

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”.

4. En el artículo 119 del Código de Comercio se establecen los requisitos de la promesa de contrato de sociedad indicando 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 y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. (La subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

5. En el folio 555 de la propuesta presentada por el proponente promesa de sociedad ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. se indicó lo siguiente en la cláusula tercera del “DOCUMENTO DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA” con respecto a la fecha de suscripción del contrato de sociedad:

CLAUSULA PRIMERA.- PARAGRAFO Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma, 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 adjudicación). En todo caso el contrato de promesa de sociedad se elevará e Escritura Pública en la Notaria 25 de Bogotá

6. Al revisar la observación planteada se indica que el párrafo de la cláusula primera del documento promesa de contrato de sociedad no establece la fecha en el cual se constituirá la sociedad prometida. Sobre este particular, contrario a lo expuesto por el quejoso, la promesa de sociedad si contiene un plazo y una condición, la condición consistirá en la eventual adjudicación del contrato y el plazo de suscripción de la sociedad, a los treinta (30) días siguientes a que se adjudique el respectivo contrato de concesión. Con lo anterior no solo se da cumplimiento a lo establecido en numeral 3.3.1 de los pliegos de condiciones, sino que particularmente se da cumplimiento al artículo 119 del Código de Comercio.

En otras palabras, como lo señaló el artículo 1530 del Código Civil y la doctrina, la condición es una estipulación que supone la llegada de un día cierto, y que para el caso que nos ocupa se trataría de la adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010. Surtida esta condición en cuanto que el adjudicatario del contrato de concesión sea la promesa de sociedad futura ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A., en ese evento las partes que suscribieron el contrato de promesa se comprometieron a que en un plazo máximo de treinta (30) días calendario constituirían la sociedad prometida. Por lo tanto no hay lugar al rechazo de la propuesta como lo solicita el observante

OBSERVACIÓN:

Tal como consta en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Samuel Rueda Gómez y Cía. S. en C (en adelante “SR”) que se incluyen en los folios 050 a 062, SR es una sociedad en comandita simple, que tiene como uno de sus socios gestores o colectivos al señor Samuel Rueda Gómez quien, a su vez, es el gerente y representante legal de SR. Asimismo, dicho certificado establece que la señora Mery Rodríguez de Rueda es el otro socio gestor de dicha sociedad.

De igual forma, se adjunta la Escritura Pública No. 2695 del 30 de mayo de 1994 de la Notaria 7 del Circulo Notarial de Bogotá, en la cual Samuel Rueda Gómez, actuando en su condición de representante legal de SR otorga poder general a Gloria Cecilia Suarez Gómez para que obre amplia y suficientemente en el giro de todos los negocios y en el desarrollo del objeto social de SR.

Es importante anotar en relación con esta Escritura Pública que: (i) en ningún momento se indica que el señor Samuel Rueda esté actuando en representación de los socios gestores sino, por el contrario, claramente se indica que éste actúa en su condición de representante legal de SR, y (ii) la misma no se encuentra inscrita en el registro mercantil.

Dicho poder establece en su artículo cuarto que “no obstante lo expuesto anteriormente, este poder se sujeta a las disposiciones legales contenidas en la ley civil y comercial”.

Ahora bien, tal y como se establece en el artículo 326 del Código de Comercio, la administración de las sociedades colectivas:

“estará a cargo de los socio colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva”.

Por su parte, el artículo 310 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

“La administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños, caso en el cual delegantes quedaran inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan.” (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, los artículos 296 y 297 del Código de Comercio disponen lo siguiente:

Artículo 296 del Código de Comercio: “Todo socio deberá obtener autorización expresa de sus consocios para: (2) **“Delegar en un extraño las funciones de administración o de vigilancia de la sociedad.”**”

Artículo 297 del Código de Comercio: **“Los actos que infrinjan los dos primeros ordinales del artículo anterior no producirán efecto respecto a la sociedad ni de los demás socios.”**

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-2862 de febrero 5 de 2001 indicó lo siguiente:

*“La citada norma (C.Co. art 310) establece como regla de carácter general, que efectivamente la administración de la sociedad y por ende **la representación legal de la misma, corresponde en principio a todos y cada uno de los asociados de la compañía.** No obstante, lo anterior no constituye óbice para que los asociados cuando lo consideren necesario o las circunstancias así lo exijan, verbigracia, por imposibilidad de atender el cumplimiento de las responsabilidades que dicha representación conlleva, de manera expresa decidan que la administración u representación legal, que en principio les concede la ley, **la delegan en otros consocios o personas totalmente ajenas al funcionamiento integral de la sociedad.** Tenemos, entonces, que lo que la norma dispone se encuentra enmarcado dentro de dos parámetros claramente establecidos, cuales son por un lado la administración ejercida por todos los asociados y por el otro la posibilidad, **única y exclusiva,** de que los socios deleguen el ejercicio de la misma en cabeza de otras personas en cuyo caso la delegación debe emanar del socio colectivo que es titular de la facultad que le asiste, No cabe la posibilidad distinta.*

Por consiguiente pretender que **los delegados puedan delegar lo que les ha sido delegado, conllevaría indiscutiblemente a producir unos efectos cuyas consecuencias no serían más que desnaturalizar en toda su extensión la figura y que con tanto celo salvaguardan las distintas disposiciones legales.** (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, en las sociedades en comandita es posible delegar la administración de un consocio o en un tercero en el presente caso, SR delegó en uno de sus socios gestores, el señor Samuel Rueda Gómez, la administración y representación de SR, sin embargo el delegado no podría delegar lo que le ha sido delegado, puesto que esto es una facultad única y exclusiva de todos y cada uno de los socios gestores, y en el presente caso, en el poder general que se presenta, éste no actúa en representación de los socios gestores sino como representante legal de la SR, por tanto, al otorgar dicho poder delegó en un tercero la administración y representación de SR sin capacidad para ello, lo cual tiene como consecuencia al tenor del artículo 297 del Código de Comercio, que el mismo no tiene ningún efecto respecto de SR, ni de los demás socios.

En este orden de ideas, los actos del apoderado general de SR (quien actúa por el poder que se adjunta en la Escritura Pública No. 2695 del 30 de mayo de 1994 de la Notaría 7 del Circulo notarial de Bogotá) no obligan a sr y no producen ningún efecto respecto de SR, **quien no podía legalmente delegar la facultad de representación y administración que le había sido delegada por los socios gestores, razón por la cual sr no tiene capacidad para participar en la licitación a través de su apoderada, y todos los actos de su**

apoderado no obligan a la sociedad, ni producen ningún efecto respecto de SR, incumpliendo así esta sociedad con el requisito de SR, incumpliendo así esta sociedad con el requisito de capacidad exigido en el riesgo en el pliego de condiciones.

En relación con este tema, la Superintendencia de Sociedad en Oficio SL 11093 de junio 7 de 1989 expresó lo siguiente:

“La delegación que pueden hacer los socios gestores deben hacerse conforme a las reglas previstas para la sociedad colectiva según los términos del artículo 326 nombrado, así como los de los artículos 341 y 352 del mismo código y de acuerdo con los cuales en lo no previsto en los capítulos respectivos, se aplicaran en relación con los socios colectivos tanto en la sociedad en comandita simple como en la comandita por acciones, las normas de la sociedad colectiva. Conforme a tales reglas, podemos afirmar que son características principales de la delegación, las siguientes:

1. **Debe emanar del socio colectivo** en cuya cabeza radica la facultad administrativa de la sociedad, pues por ser la delegación el acto en virtud del cual se traspasa permanente o transitoriamente la competencia o facultad sobre determinados asuntos, es obvio que como requisito sine qua non, el **delegante debe ser el titular de dicha competencia o facultad.**
2. Es un acto jurídico formal en razón a que solo puede hacerse en el contrato social o en su defecto, mediante el cumplimiento de las formalidades propias de las reformas estatutarias, **esto es, por escritura pública y su subsiguiente inscripción en el registro mercantil** y por consiguiente la delegación o puede hacerse por un medio distinto, como el documento privado, so pena de la sanción que prescribe la misma ley.
3. El socio delegante queda inhibido para cumplir la gestión de los negocios sociales, pero permanece con la potestad de reasumirla total o parcialmente en cualquier tiempo o de cambiar los delegados o de establecer limitaciones a los mismos.
4. La delegación puede hacer en otro socio colectivo o en un extraño. En el primer caso, tal acto no está supeditado a ningún requisito adicional, **mientras que en el caso de la delegación en un extraño, es necesaria la autorización de los consocios, pues a falta de la misma, el acto de la delegación no produce efecto alguno respecto de la sociedad ni de los demás socios**¹.

(...)

Así las cosas, como primera conclusión debe inferirse que siendo dos o más los socios gestores en una compañía en comandita, la delegación que de la administración de la sociedad haga uno de ellos en un tercero, requiere autorización únicamente de los demás socios gestores...”(Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, para el caso de SR, el apoderado que actúa en representación de SR en la licitación no tenía facultades para ello y ninguno de sus actos, tal como lo expresa la Superintendencia de Sociedades, produce efectos respecto de SR o de los demás socios, faltándole por ende a SR la acreditación del requisito de capacidad jurídica.

Por último, en relación con las formalidades que deben tener las delegaciones de la administración y representación en las sociedades en comandita, la Superintendencia de Sociedades ha indicado lo siguiente, en Oficio 220-194206 del 21 de Diciembre de 2009:

“Según las voces del Artículo 313 de la codificación mercantil, “Delegada la administración de la sociedad, el o los socios que la hubieren conferido podrán reasumirla en cualquier tiempo, cambiar a sus delegados, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 310. Cuando la delegación no conste en los estatutos, deberá otorgarse con las formalidades propias de las reformas estatutarias. Serán inoponibles a terceros la revocación, el cambio de delegado y las limitaciones de sus facultades, mientras no se llenen dichas formalidades”

1 Artículo 296 del Código de Comercio “Todo socio deberá obtener autorización expresa de sus consocios para: (2) Delegar en un extraño las funciones de administración o de vigilancia de la sociedad”

Artículo 297 del Código de Comercio:” Los actos que infrinjan los dos primeros ordinales el artículo anterior no producirán efecto alguno respecto de la sociedad ni de los demás socios”.

Como puede observarse de la norma en comento, la delegación comporta un acto jurídico formal, por lo que al no constar en los estatutos, será preciso conferirse con las formalidades propias de una reforma estatutaria, esto es, que la decisión de confiar la administración en un tercero, **necesariamente deberá elevarse a escritura pública, y para que se oponible a terceros, será preciso inscribir el instrumento publico correspondiente en el registro mercantil:** Ahora, si lo que se pretende es reasumir la administración que como socio gestor le otorga la ley, igual tendrá que cumplir con la anotada formalidad, so pena de ser inoponible a terceros.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como conclusión, la oferta presentada por el Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A – Promesa de Sociedad Futura debe ser rechazada, en la medida en el que el apoderado general de SR no tenía facultades para actuar en nombre de la sociedad, puesto que quien le otorgo el poder, no tenía facultad para delegar la representación de SR, lo cual tiene como consecuencia, tal y como lo dispone el artículo 297 del Código de Comercio que el mismo tenga “ningún efecto respecto de la sociedad ni de los demás socios”, razón por la cual la propuesta debe ser rechazada en virtud de lo dispuesto en el numeral 7.6.4 del pliego de condiciones, recordamos que la capacidad jurídica no puede ser objeto de aclaración, adición o subsanación alguna en los términos del artículo 10 inciso final del decreto 2474 de 2008.

De suerte y manera que cualquier delegación realizada en el contexto de la presente licitación sin el cumplimiento de los requisitos aquí indicados, no produce efectos para los socios, ni para la sociedad.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No.1. Rads. 2010-409-0156616-2 y 2010-409-015622-2

Manifiesta que es importante aclarar que el otorgamiento del poder se hace en condiciones de su calidad de administrador de la sociedad, tal como consta en el Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá a folio 50 a 62.

“Lo anterior es importante por cuanto el régimen de la sociedad en comandita simple (Samuel Rueda Gómez & Cía. S en C) traído a colación, restringe la delegación de la administración de la sociedad a terceros, más no establece restricción de las facultades generales de los administradores para constituir apoderados judiciales o extrajudiciales para la gestión de los negocios sociales, lo cual se regula por vía estatutaria.

En caso concreto en el cual el administrador de una sociedad en comandita otorgue poder judicial o extrajudicial, la superintendencia de sociedades a indicado en conceptos 220-132209 y 200-024286 que:

“(…) conviene observar que la representación legal de la sociedad, es de carácter legal, como lo confirman numerosas disposiciones entre las que se cuentan los artículos 110 numeral 12, 274, 179 y 440 del Código de Comercio, ésta constituye parte del sistema de la personificación jurídica de la sociedad como persona jurídica, capaz de adquirir derechos, contraer obligaciones y de llevar a cabo todos los actos que se relacionan con la administración del patrimonio social y a su vez, lo que determina la imposibilidad jurídica para transferirla por la vía de un contrato, pues solo la sociedad, por conducto del órgano social competente, tiene la facultad de designar la persona que la represente.

*Lo anterior **no significa que no exista en la vida de los negocios otras personas que colaboren con el empresario cumpliendo funciones de representación,** a través de distintos contratos vr. Gr. El de preposición por intermedio de un factor, que actúa como un mandatario del empresario en la administración de un establecimiento de comercio en los términos del artículo 263 del Código de Comercio; o el de agencia comercial, en los términos del artículo 1317 del Código de Comercio, **o de cualquier otro,** sin que esta*

alternativa legal de carácter mercantil implique la delegación de la representación legal de la sociedad
(Subraya fuera de texto)

Es claro que, el otorgamiento de poderes por parte del Representante Legal (Gerente) de una sociedad en comandita, en su calidad de administrador social, como consta en la escritura Pública No. 2695 del 30 de mayo de 1994 de la Notaria 7 del Circulo Notarial de Bogotá a folio 052 a 060 es plenamente viable y aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, siendo que cumple con el sentido lógico y propio de la administración de las sociedades, inclusive las comanditas simples, donde necesitan apoyarse de otras personas para desarrollar sus actividades, sin que por ello se desconozca la calidad del administrador y su responsabilidad como tal.

De lo anterior es dable concluir que el Representante Legal de la sociedad Samuel Rueda Gómez & Cia S en C en ejercicio de las funciones que le corresponden como administrador puede otorgar poderes judiciales o extrajudiciales a otras personas para que represente a la sociedad toda vez que no tiene restricción estatutaria alguna para celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia o el funcionamiento de la sociedad.

En conclusión el apoderado del Representante Legal de la sociedad Samuel Rueda Gómez & Cia S en C, tiene las facultades para actuar en nombre de la sociedad, puesto que quien otorga el poder tiene plena facultad para delegar en apoderado la presentación de la propuesta como miembro de la sociedad futura Zona 3 Ruta del Sol S.A PSF y los demás documentos necesarios y requeridos dentro del presente proceso licitatorio”

RESPUESTA INCO

Sobre la falta de capacidad jurídica en la observación relacionada respecto al poder general otorgado por parte del representante legal de esta sociedad, consideramos que el otorgamiento de ese PODER GENERAL, lo hace en consideración de su calidad de administrador y representante legal de la sociedad SAMUEL RUEDA GOMEZ y CIA S. en C. , calidad que consta en el Certificado de Existencia y Representación, expedido por la cámara de comercio de Bogotá D.C. visible a Folios 050 y 051. Donde a la letra dice “facultades del representante legal: Administración.- La administración de la sociedad estará a cargo del socio gestor SAMUEL RUEDA GOMEZ, quien será su gerente y representante legal con ilimitadas facultades para comprometer a la sociedad...”

Ahora bien el aspecto nuclear de la observación lo constituye “que el apoderado general de SR no tenía facultades para actuar en nombre de la sociedad puesto que quien le otorgo el poder no tenía facultad para delegar la representación de SR”, según voces de la observación, valga referir entonces que no es posible confundir la figura de la “representación legal” establecida en el artículo 311 del Código de Comercio con “La representación” contenida en el artículo 832 del mismo código, por cuanto de la sociedad en comandita SIMPLE, sobre su representación legal establece el citado artículo 311 del C. de C. “la representación de la sociedad llevara implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios sociales”, artículo al que nos remite el artículo 341 del estatuto comercial, por remisión normativa., Así las cosas, se entiende que no estamos en presencia de una delegación de la representación legal como equivocadamente lo aprecia la observación, si no en el simple ejercicio de las facultades o potestades connaturales al representante legal de cualquier tipo de sociedad, incluida la sociedad en comandita simple, que incluye la posibilidad de tener un apoderado general, que de manera alguna constituye Delegación de la representación legal, veamos como el artículo 832 del Código de Comercio define “la representación” “Habrà representación voluntaria cuando una persona faculte a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos,” exigiéndose para este tipo de poder

únicamente la formalidad de la escritura pública, requisito que se cumple a cabalidad, con la escritura pública numero 2695 de mayo 30 de 1994 ,otorgada en la notaria séptima de Bogotá D.C. (folios 53 al 62), donde se manifiesta en su numeral " SEGUNDO : Que en la calidad expresada, con base en las disposiciones legales estatutarias, por el presente instrumento confiere PODER GENERAL a la Doctora GLORIA CECILIA SUAREZ GOMEZ (.....) para que en mi propio nombre y en nombre de las sociedades que represento, obre amplia y suficientemente en el giro de todos mis negocios y en el desarrollo del objeto social de las citadas empresas. Queda expresamente facultada mi apoderada para ejercer toda actividad inherente al desarrollo ordinario de mi gestión de negocios y de las firmas que represento, conforme lo reza el estatuto contractual de las mismas en su objeto social y en general, para ejercer cualquier otra gestión conforme a la ley" (folios 56 y 61) , es decir un asunto es nombrar un apoderado general, como lo permite la ley y los estatutos (art.832 del c. de c.) y otro bien distinto ,delegar la representación legal de una sociedad , asunto que no tiene ocurrencia, en el poder general otorgado por el representante legal de SAMUEL RUEDA GOMEZ CIA S. en C. a GLORIA CECILIA SUAREZ GOMEZ.

Es importante recordar que en el régimen de las sociedades en comandita simple, la administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños, caso en el cual los delegantes quedaran inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan, tal como lo establece el artículo 310 del código de comercio, por cuya virtud queda establecido que el representante legal de SAMUEL RUEDA GOMEZ CIA S. en C. ha actuado acorde a la ley y los estatutos de la sociedad pues este se ha limitado a otorgar un poder general a la señora GLORIA CECILIA SUAREZ GOMEZ, que como ya lo hemos dicho, no equivale a delegación de la representación legal, porque ésta continua en cabeza del representante legal señor SAMUEL RUEDA GOMEZ , pues ni la ley ni los estatutos establecen restricción de las facultades generales de los administradores para constituir apoderados judiciales o extrajudiciales para la gestión de los negocios sociales.

En el presente caso, la Superintendencia de Sociedades ha señalado en los conceptos No. 220- 132209 y 220-024286, Lo siguiente:

" (...) conviene observar que la representación legal de la sociedad, es de carácter legal, como lo confirman numerosas disposiciones entre las que se encuentran los artículos 110 numeral 12, artículo 274, 179 y 440 del código de comercio, esta constituye parte del sistema de personificación jurídica de la sociedad, como persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y de llevar a cabo todos los actos de la sociedad que se relacionan con la administración del patrimonio social, y a su vez lo que determina la imposibilidad jurídica para transferirla por vía de un contrato, pues solo la sociedad, por conducto del órgano social competente , tiene la facultad de designar la persona que la represente.

Lo anterior no significa que existan en la vida de los negocios otras personas que colaboren con el empresario cumpliendo funciones de representación, a través de distintos contratos vr. Gr. El de preposición por intermedio de un factor, quien actúa como un mandatario del empresario en la administración de un establecimiento de comercio en los términos del artículo 263 del código de comercio; o el de agencia comercial, en los términos del artículo 1317 del código de comercio, o de cualquier otro sin que esta alternativa legal de carácter mercantil implique la delegación de la representación legal de la sociedad"

Así las cosas, es claro que el otorgamiento de poderes por parte del representante legal de una sociedad en comandita, en consideración de su calidad de administrador social, como se encuentra en la escritura pública

No. 2695 del 30 de mayo de 1994 de la notaria No. 7 de Bogotá, es plenamente aceptada en virtud del concepto anteriormente transcrito, pues cumple con las normas sobre administración de sociedades.

De lo anterior se concluye que el representante legal de la sociedad Samuel Rueda Gómez y CIA S en C , en ejercicio de las funciones que le corresponden como administrador, puede otorgar poderes judiciales como extrajudiciales a otras personas para que representen a la sociedad, toda vez que no tiene restricción estatutaria alguna para celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de las sociedad . Por lo anteriormente expuesto la observación presentada no será acogida.

OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE No. 5 AUTOPISTA DEL SOL S.AS. PSF (Rad. 2010-409-015331-2) AL PROPONENTE ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

OBSERVACIONES:

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

“(i) Acreditar la suscripción de la promesa de contrato de sociedad para la constitución de una sociedad mercantil en cuyo objeto se contemple la suscripción y ejecución del contrato de Concesión objeto de esta licitación, en el que se prevea para la sociedad futura un término mínimo de duración por lo menos igual al Plazo Total Estimado del Contrato de concesión y cinco (5) años más adelante.

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

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

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

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No1. Rad. 2010-409-015622-2

Respecto de la no viabilidad de utilizar dentro de la contratación administrativa colombiana, la participación como proponente en el contrato de promesa de sociedad futura, mediante el cual un grupo de personas jurídicas y naturales que se asocian con el interés de obtener la adjudicación de un contrato estatal, prometiendo la constitución de un nuevo ente independiente de cada uno de ellos, en este caso una sociedad

anónima, por cuanto en la legislación colombiana se permite a pesar de estar circunscrito a las condiciones de una sociedad anónima por vía estatutaria y voluntad de los socios de restringir la libre negociabilidad de las acciones.

Por otra parte en el contrato de promesa de sociedad futura en su artículo 22 en el folio 563, establece la limitación de la negociación de las acciones cumpliendo de esta forma con lo establecido en los pliegos.

RESPUESTA INCO:

El Pliego de Condiciones, en ningún literal o numeral, contempla que “ Las acciones no se podrán ceder” como lo manifiesta la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. en su observación al informe de evaluación, por el contrario el literal (b) promesa de sociedad futura del pliego de condiciones numeral (viii) (folio 38 y 39 del pliego) establece “... en caso de resultar adjudicatario, los accionistas o socios podrán enajenar su participación en la sociedad concesionaria siempre y cuando tal enajenación sea aprobada por escrito por el INCO:” valga referir el principio general de libertad de enajenación para accionistas o socios, no se restringe en manera alguna, por la condición de APROBACIÓN O AUTORIZACIÓN, previa del INCO, por que a esta exigencia del pliego de condiciones se han acogido todos los proponentes, en el entendido que este (pliego) es ley para las partes, y específicamente para el evento de promesa de Sociedad Futura, se extiende que sus socios por voluntad expresa, o sus accionistas mediante clausula estatutaria, aceptan la restricción de la enajenación de la propiedad accionaria o de la participación social establecida en el pliego de condiciones”

Las objeciones u observaciones al Pliego de Condiciones son atemporales, las observaciones a las restricciones o limitaciones a la enajenabilidad no son una observación al informe de evaluación sino a los pliegos.

De acuerdo a lo expuesto su observación no precede.

OBSERVACIONES DEL PROPONENTE No. 7 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S. Rad. 2010-409- 015326-2.

OBSERVACIÓN

El proponente no allegó el (contrato de Términos Comunes Boulevard Turístico del Atlántico C. por A.) debidamente consularizado tal como lo exige el Pliego de Condiciones.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No1. Rads. 2010-409-015616-2, 2010-409-015622-2 y 2010-409-015768-2

El observante no tiene razón por cuanto el documento allegado contrato de Términos Comunes Boulevard Turístico del Atlántico C. por A.) fue debidamente apostillado, de conformidad con lo establecido en los pliegos en el punto 3.2.1., literal iii), numeral 3°:

“ Los proponentes provenientes de aquellos países signatarios de la Convención de la Haya citada en el numeral (2) anterior podrán optar, como procedimientos de legalización de los documentos otorgados en el exterior, la consularización descrita en el numeral (1) anterior o la Apostilla descrita en el numeral (2) anterior”

El proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. psf por provenir de un país signatario de la Convención anteriormente mencionada, pueda recurrir a éste método de legalización de documentos, como lo es la apostilla.

RESPUESTA INCO

Verificada la propuesta, el contrato de Términos Comunes Boulevard Turístico del Atlántico se encuentra debidamente apostillado, conforme a lo establecido en los pliegos de condiciones, razón por la cual la observación no procede.

OBSERVACIÓN.

“A folio 554 de la propuesta presentada, obra la promesa de 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” (Subrayada y negrilla fuera de texto).

Así mismo 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.” (Subrayada 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: Sera 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 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

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 1. Rads. Nos. 2010-409-015616-2 y 2010 409-01522-2

Manifiesta que en relación con el documento que reposan a folio 554 y ss sí se incluye o establece un plazo o condición que determina la época de celebración del negocio jurídico prometido. Siendo así no es acertada la interpretación del observante, por cuanto en el párrafo único el numeral primero se señala en forma clara y expresa el plazo para otorgar el acto de constitución de la sociedad prometida. El numeral primero de contrato de promesa de sociedad futura y específicamente dicho párrafo contiene en el folio 555, prevé un plazo máximo de 30 días calendario contados desde el día hábil siguiente a la audiencia de adjudicación, redacción que coincide textualmente con lo señalada en el pliego de condiciones. Así mismo en dicho párrafo se establece que para la firma del contrato de concesión debe existir el nuevo ente jurídico, de tal manera que se le permita al representante legal de la sociedad creada proceder a la firma de dicho contrato de concesión.

RESPUESTA INCO

Ver respuesta en el mismo sentido dada a la observación presentada por el **PROPONENTE No. 4 CONCESION VIAL DEL CARIBE**

OBSERVACIÓN. A folio 614 de la propuesta, obra el Anexo 2B correspondiente al modelo de fianza hacer suscrito por el MAP la cual presenta un error por cuanto no se encuentra plenamente identificado el otorgante en el encabezado se señala que la “ORGANIZACIÓN DE INGENIERIA INTERNACIONAL SA – GRUPO ODINSA SA- PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, SOCIEDAD ANONNIMA ABIERTA” es la persona jurídica que se compromete a garantizar la obligaciones de la estructura plural “ZONA TRES RUTA AL SOL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA”.

Por lo anterior, el proponente no dio cumplimiento a lo exigido en el pliego de condiciones que obligaba a los futuros socios que sean MAP y hayan acreditado experiencia. Dicha omisión genera una imposibilidad de comparar la propuesta de manera objetiva puesto que otros proponentes si dieron estricto cumplimiento a lo solicitado en el pliego de condiciones y por tanto se desconoce el derecho de igualdad.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 1. Rads. Nos. 2010-409-015616-2 y 2010 409-01522-2

El proponente manifiesta que en relación con la observación presentada por este proponente sobre la fianza que reposa a folio 614, no es acertada la conclusión a la que llega el mismo en el sentido de sostener que la identificación del otorgante presenta un error. La Sociedad Organización de Ingeniería Internacional S.A. GRUPO ODINSA S.A., corresponde al integrante del proponente que con el mismo nombre suscribió la promesa de sociedad futura, sociedad de la cual es representante legal el Dr. Luis Fernando Jaramillo Correa, tal como se precisa en dicho texto.

Ahora bien, en gracia de discusión, a folio 616 está claramente suscrita dicha garantía, reiterando la identidad del otorgante con claridad.

Adicionalmente en la parte final del documento se indica nuevamente con prístina claridad al otorgante de la fianza. Grupo Odinsa S.A. esta vez utilizando únicamente su nombre corto o sigla, tal como, se permite en la normatividad mercantil colombiana lo cual es fácilmente demostrable y verificable con el certificado de existencia allegado en la propuesta

RESPUESTA INCO

Es evidente, que pese a que en el texto del Anexo 2B dice “ORGANIZACIÓN DE INGENIERIA INTERNACIONAL S.A. GRUPO ODINSA S.A – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA” del mismo documento se puede establecer sin duda alguna que el otorgante es la sociedad ORGANIZACIÓN DE INGENIERIA INTERNACIONAL S.A. GRUPO ODINSA S.A. cumpliendo así con el contenido del Anexo 2B del Pliego de Condiciones y dicho documento está suscrito por el representante legal del GRUPO ODINSA S.A. Dr. Luis Fernando Jaramillo Correa. Motivo por el cual no procede la observación.

OBSERVACIÓN. Sobre la presunta violación del numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones al “evidenciar 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 Grupo Odinsa S.A., que es Miembro Acreditativo del Proponente o MAP y la segunda en la Estructura Plural denominada “VÍAS DE COLOMBIA S.A. PSF” a través del miembro “HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.”

Afirma el representante del PROPONENTE No. 7 CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S. que las empresas “ORGANIZACIÓN DE INGENIERÍA INTERNACIONAL S.A. -GRUPO ODINSA S.A.-”, integrante de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ZONA 3 RUTA DEL SOL y “HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.”, integrante de VÍAS DE COLOMBIA S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, violaron la prohibición contenida en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, en virtud de la cual *“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 en tales condiciones.”*

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 1. Rads. Nos. 2010-409-015616-2 y 2010 409-01522-2

“Se ha dicho por parte de uno de los objetantes que el Dr. William Vélez participa en dos propuestas. La primera, según el quejoso, es la Estructura Plural “ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF” y, la segunda, es la Estructura Plural “VIAS DE COLOMBIA” a través del miembro “HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.”

Las circunstancias que describe el objetante referente al Dr. William Vélez, ADEMÁS DE NO SER CIERTAS, no corresponden al supuesto contemplado en el numeral 3.2.2 del Pliego de Condiciones, según el cual:

“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”.

El numeral transcrito tiene como finalidad prevenir que una misma persona, sea esta natural o jurídica, participe en más de una propuesta, o que lo hagan las sociedades por esa persona controladas o su matriz, y sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.

En ninguno de los anteriores supuestos incurre el Dr. William Vélez ni el Grupo Odinsa S.A. como tampoco incurre algún otro de los integrantes de la Estructura Plural "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF"

Valga señalar que el Dr. William Vélez no está participando en la licitación ni como persona natural, ni como integrante de la Estructura Plural "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF"

Tampoco el Dr. William Vélez es uno de los integrantes de la Estructura Plural "VIAS DE COLOMBIA S.A."

En la licitación que participa como integrante de la Estructura Plural "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF", es el Grupo Odinsa, que es, en todo caso, una sociedad anónima abierta. El Dr. Vélez no tiene el control del Grupo Odinsa S.A. y ni siquiera es uno de sus accionistas. El hecho de ocupar un renglón en su Junta Directiva no significa ni se traduce en manera alguna que esta sociedad sea controlada por el Dr. Vélez y menos que el Grupo Odinsa S.A. (que no podría serlo) sea la matriz del Dr. Vélez.

Estando claro que el Dr. Vélez, persona natural, no participa como proponente en la Licitación y que quien lo hace, como integrante de la Estructura Plural "ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF", es la sociedad Grupo Odinsa S.A., en la que, se reitera, el Dr. Vélez no tiene control, no se configura ninguna trasgresión al numeral 3.2.2 del Pliego de Condiciones.

De la información de las propuestas se colige fácilmente que igual situación se presenta con la Estructura Plural "VIAS DE COLOMBIA S.A." puesto que de ella no hace parte el Dr. William Vélez. De esa Estructura Plural quien es miembro es "HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.", que es en todo caso, una sociedad anónima.

"HBESTRUCTURAS METALICAS S.A." no puede descubrirse de su velo corporativo al que tiene pleno derecho constitucional para equiparse con uno de sus accionistas.

El hecho de que el Dr. Vélez sea uno de los accionistas de la sociedad anónima Grupo Odinsa S.A., que no es controlada por él ni por la sociedad "HBESTRUCTURAS METALICAS S.A." constituyen razones suficientes para descartar la queja formulada.

Con ninguna finalidad ni bajo ningún pretexto, pueden equipararse situaciones que son bien distintas y para las cuales la ley asigna diferentes regímenes y alcances.

No es lo mismo la persona natural que la sociedad anónima, menos cuando se trata de una anónima abierta como en el caso de Grupo Odinsa S.A. Tampoco puede desconocerse la personalidad e individualidad de las personas jurídicas ni romperse de semejante manera el velo corporativo de ellas.

Obsérvese que la disposición del Pliego de Condiciones cuando prohíbe que se participe a través de una sociedad que esta sea controlada o que sea su matriz. Tal previsión no puede desconocerse, como lo pretende el quejoso.

En consecuencia, tenemos que el supuesto del numeral 3.2.2 del Pliego de Condiciones no se presenta en este caso puesto que:

- El Dr. William Vélez no participa en ninguna de las Estructuras Plurales que se presentaron en la licitación;
- El Dr. William Vélez ni es accionista ni controla a la sociedad Grupo Odinsa S.A. El hecho de que sea miembro de la Junta Directiva y que lo sea su hermano no significa, en manera alguna, que tenga su control de la sociedad.

Por lo tanto, preciso es concluir que el Dr. William Vélez no se ha presentado en más de una propuesta. Es más, ni siquiera se ha presentado en una sola propuesta. Sólo es accionista de una de las sociedades que se presentó en la licitación, situación ésta que no infringe ninguna disposición legal ni del Pliego de Condiciones.

La simple lectura de las aseveraciones del quejoso pone de manifiesto que sus acusaciones no tienen ningún asidero en la realidad y que no se está infringiendo ningún precepto contenido en el Pliego.

RESPUESTA INCO

Tal como lo indica el proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S., el Pliego de Condiciones reguló varias reglas para la participación en este proceso de selección, así señaló que no podrían participar:

1. Una misma persona (natural o jurídica) en más de una propuesta.
2. Una misma persona en más de una propuesta, a través de una sociedad controlada o su matriz, entendida éstas en los términos fijados en el numeral 3.5. del Pliego
3. En el caso de personas naturales, no podrán participar en más de una propuesta, quienes se encuentren dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad o en el primer grado civil.

Procede entonces analizar si la empresa Grupo Odinsa S.A., MAP de ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA y la sociedad HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A, integrante NO MAP (con un 7.5%) de "VÍAS DE COLOMBIA S.A. PSF, se encuentran en alguna de las situaciones descritas en los numerales 1 y 2 antes señalados. No se analizará la tercera situación pues ella aplica para las personas naturales proponentes o integrantes de estructuras plurales.

Sobre este aspecto es procedente recordarle a quien hace la observación, que las personas jurídicas son una entidad colectiva con personalidad jurídica propia y diferente a la de los socios que en ella concurren.

De otro lado, es evidente que las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. son personas jurídicas diferentes, por su constitución, su objeto, su composición accionaria, etc., de manera que no se presenta la primera de las situaciones descrita en el Pliego de Condiciones, esto es, participar la misma persona en más de una propuesta.

Ahora bien, el Pliego indicó que: "*habrá control o se considerará matriz*", cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

- (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.

De acuerdo con la información que consta en el Certificado de Existencia y Representación de la empresa "GRUPO ODINSA S.A.", aportado con la propuesta, ésta es una Sociedad comercial constituida bajo la forma de sociedad anónima, que tiene registradas situaciones de control sobre las siguientes empresas subordinadas:

ODINSA HOLDING INC.
AUTOPISTAS DE LOS LLANOS S.A.
ODINSA PROYECTOS E INVERSIONES S.A. "ODINSA P I S.A."
ODINSA SERVICIOS LTDA.
AUTOPISTA DEL CAFÉ S.A.
COSNTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. "CONFASE S.A."
INTERNET POR AMÉRICA S.A.
INTERNET POR COLOMBIA S.A."IP COL S.A."

Por su parte la sociedad HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. es una sociedad anónima, sobre la cual no está registrada ninguna situación de control y tampoco ejerce control sobre sociedad alguna.

En consecuencia, es claro que tampoco se configura la segunda situación prohibida en el numeral 3.2.2.: una misma persona en más de una propuesta, a través de una sociedad controlada o su matriz, pues

GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., no son matrices una de otra, y ninguna ejerce control sobre la otra.

La información suministrada por quien presenta la observación, relativa a los vínculos del señor WILLIAM VÉLEZ SIERRA en sociedades anónimas que son accionistas de sociedades que a su vez tienen acciones en las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., no está debidamente acreditada pues no fueron aportados los documentos en los que conste la composición accionaria y la titularidad de las acciones de las empresas mencionadas por quien hace la observación, y se reitera, no existen constancias en los certificados de Existencia y Representación de las referidas personas jurídicas que demuestren la situación de control entre una y otra.

Por lo anotado, no se configura ninguna de las situaciones prohibidas en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones.

En el caso que nos ocupa, es bien sabido que las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, por constituir prohibiciones al ejercicio de un cargo o al desempeño de una actividad, son de aplicación restrictiva, no pueden aplicarse por analogía a circunstancias similares: *“Ha señalado esta corporación que por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo.”* (Corte Constitucional Sentencia C-903-2008).

La Ley 80 de 1993 establece de manera expresa el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el artículo 8, estableciendo, entre otros eventos, que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.”

Es claro que la inhabilidad prevista en el literal g) se predica de las personas naturales que participen en el proceso de selección, ya sea como proponentes individuales o como integrantes de proponentes plurales; circunstancia que no corresponde al presente caso ya que ninguno de los integrantes de los dos proponentes observados, es persona natural, sus integrantes son todos PERSONAS JURÍDICAS.

Ahora bien, respecto del supuesto de hecho previsto en el literal h) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, debe precisarse que contempla varios elementos que deben presentarse en su conjunto para que pueda predicarse la existencia de la inhabilidad:

1. Sociedades distintas de las anónimas abiertas.
2. Vínculo de parentesco entre sus representantes legales o socios

Sobre el primer elemento, el Decreto 679 de 1994, artículo 5°, de manera expresa indicó que para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, son sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones:

1. Tengan más de trescientos accionistas.
2. Ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación.
3. Sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

De acuerdo con la información allegada al presente proceso licitatorio, la sociedad GRUPO ODINSA S.A., es sociedad anónima abierta, de manera que no están subsumidas en el supuesto de hecho descrito para que se presente la inhabilidad referida.

Sobre este punto debe advertirse que las observaciones presentadas a las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., por los otros proponentes, no se refieren a la existencia de una de las inhabilidades previstas en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, tales observaciones son precisas en cuanto se dirigen a establecer la presunta configuración de una de las prohibiciones contenidas en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, esto es, participar una empresa en otra propuesta a través de su matriz o de una sociedad controlada, en los términos regulados en el Pliego.

De otro lado, aceptando, en gracia de discusión, que no son sociedades anónimas abiertas, procede entonces verificar si entre los representantes legales y socios de las sociedades objeto de la observación, existe alguno de los grados de parentesco indicados en el literal h) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

De la información que obra en la Licitación, se tiene que el representante legal de GRUPO ODINSA S.A. es LUIS FERNANDO JARAMILLO CORREA, y el de HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. es LUIS EDUARDO BENCARDINO CALDERON

Por lo anotado, no se configura la inhabilidad prevista en el literal h) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

Por todo lo anterior la propuesta jurídicamente es **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 2 CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL.

Observación 1: PRESENTADA POR EL PROPONENTE, RADICADO INCO No. 2010-409-015314-2 de 7 de julio de 2010.

"(...) En el informe preliminar bajo examen se concluye que la entidad "se ve abocada a RECHAZAR la propuesta presentada por el Consorcio Vías de la competitividad Ruta del Sol"

*Esta determinación, afortunadamente tan solo preliminar, se adopta porque a juicio del Evaluador, la declaración juramentada que el integrante extranjero del **CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL**, no cumplió con los requisitos establecidos en el numeral 3.3.2, Interesados Extranjeros, literal b) numeral (ii) 1, en razón a que expresamente no se utilizó en dichas declaraciones las palabras "Autoridad" u "organismo" ni expresamente se dijo que en México no había "Autoridad" u "organismo" que certifique lo solicitado en el numeral, que no es cosa distinta al objeto social, la existencia de la sociedad, su fecha de constitución, vigencia, representación legal y limitaciones para contratar, en caso de existir.*

La supuesta omisión de que adolecerían para el Evaluador nuestras declaraciones, además de dar lugar a no aceptar esos documentos, genera por extensión y de manera absurda que todos los demás que aparecen en la oferta como son las escrituras de constitución, certificaciones expresas sobre acreditación de los puntos relativos a la capacidad jurídica, protocolización por escritura pública de tales certificaciones, tampoco sean tenidas en cuenta.

Esta situación, según el informe, configura causal de rechazo de la propuesta, contenida en el numeral 4 de la Sección 7.11 del Pliego de Condiciones, el cual señala que habrá lugar a ese rechazo "Cuando exista error u omisión en los documentos que acrediten la capacidad de contratación del proponente y todos y cada uno de los miembros de la estructura plural."

La recta y cabal aplicación de la ley y el pliego de condiciones NO puede dar lugar, ni por asomo, al rechazo de la oferta habida cuenta que no es cierto que no se haya acreditado la capacidad jurídica de los integrantes

del consorcio, ni lo es que las declaraciones juramentadas desatienden los requisitos dispuestos para el efecto ni mucho menos que este es el único evento dispuesto en el Pliego y adoptado por el oferente para probar dicha capacidad. Resulta realmente preocupante, por decir lo menos, que en una licitación tan importante y vital, con cuantía demasiado importante y con participación de firmas nacionales y extranjeras del más alto nivel, el Comité Evaluador, produzca un documento sin el rigor jurídico que se esperaría y con yerros de orden conceptual y jurídico, fácilmente evitables si se hubiera revisado y analizado con el detenimiento necesario, la ley colombiana, la jurisprudencia y la doctrina.

Para fundamentar este aserto que se apoya, en lo pertinente, en jurisprudencia del Consejo de Estado, como se observa más adelante, resulta necesario analizar los siguientes aspectos: (i) Previsiones normativas sobre la capacidad jurídica; (ii) previsiones normativas sobre la capacidad jurídica en materia de contratación pública; (iii) exigencias dispuestas en el Pliego de Condiciones; (iv) el registro mercantil en México; (v) Caso concreto y (vi) Conclusiones.

1. Previsiones normativas sobre la capacidad jurídica.

En Colombia la capacidad jurídica de las personas tiene claro contenido en la Ley, por lo que su alcance y definición debe provenir de lo dispuesto en ella, sin que sea dable a ninguna autoridad u entidad desconocer, limitar restringir o modificar esa noción en ningún tipo de documento o acto administrativo cuya condición ya ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, en relación con el pliego de condiciones.

La aproximación hacia una definición de la capacidad jurídica para celebrar actos o negocios jurídicos, categoría a la que pertenece la oferta presentada en desarrollo de una licitación pública y el contrato estatal pertinente, debe iniciarse por la recta inteligencia de lo dispuesto en el artículo 1502 C.C., a cuyo tenor : *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º Que sea legalmente capaz; 2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º Que recaiga sobre un objeto lícito; 4º. Que tenga una causa lícita.”*

La capacidad jurídica que enuncia el numeral 1º transcrito, está definida en el segundo inciso bajo estos términos: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el consentimiento o la autorización de otra”.

Para el caso de la personas naturales, esa capacidad se regula en el artículo 1503 C.C., en los siguientes términos:

“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaz”. En tratándose de las personas jurídicas, el artículo 99 del C. de Co. preceptúa: “La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto ...”.

Así las cosas, estricto sensu, una sociedad mercantil tiene capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos, cuando el objeto de los mismos, se encuentre cobijado por su objeto social. De no suceder así, la sociedad no tendrá capacidad. Por supuesto que en cuanto la persona jurídica carece de aptitud sicofísica para construir actos voluntarios, resulta menester, entonces, ligar el tema de la capacidad, con la determinación de “el nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda por la ley o por el Contrato a todos o algunos asociados” (artículo 110, numeral 12º C. de Co.)

De esta manera, en nuestro país una persona jurídica no tiene “capacidad” para contratar o “capacidad jurídica” cuando: (i) el contrato pretendido no se subsuma en su objeto social; (ii) estando subsumido, se suscribe por una persona sin capacidad para representar a la sociedad. A contrario sensu se legitima el contrato cuando el objeto social permite la realización del mismo y quien vincula a la sociedad es su representante legal o su apoderado, legítimamente constituido.

En stricti iuris, no puede negarse la capacidad jurídica si se configuran los puntos indicados en los numerales (i) y (ii) anteriores. Esto es lo que atañe al concepto jurídico de capacidad. Cosa distinta es su acreditación, para lo cual existen diversas formas de hacerlo, siendo la más común la que proviene del certificado de existencia y representación expedido por las cámaras de comercio en ejercicio de la función pública del

registro mercantil. No es la única por cuanto en Colombia se encuentran autorizadas las sociedades de hecho, las cuales al no haber nacido por escritura pública no se registran mercantilmente. Empero, nadie puede esgrimir, tal como reiteradamente lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que por la ausencia de ese certificado la sociedad no tiene capacidad si ella emana claramente de su objeto social.

Este punto sirve para demostrar fehacientemente que una cosa es el cumplimiento del requisito de fondo sobre capacidad y muy otra y harto diferente, la manera de su acreditación, lo cual constituye un aspecto probatorio de lo esencial. Materia sobre la cual volveremos más adelante.

En el contexto normativo indicado y examinado el punto bajo otra perspectiva, se tiene que la capacidad jurídica de las sociedades es una realidad material que se adquiere desde el acto de constitución, es decir, existe desde la expresión de la voluntad de los socios contratantes quienes son los que le dan alcance y contenido, requiriéndose por la ley, para el caso de las sociedades mercantiles, de la solemnidad del otorgamiento de la Escritura Pública de Constitución, por lo cual la sociedad tiene la connotación de Sujeto Jurídico desde este momento.

Es así que el artículo 110 del Código de Comercio ha indicado que:

“La sociedad comercial se constituirá por Escritura Pública ...”

Complementariamente, y para dar publicidad a su existencia y capacidad la Ley ha indicado que el objeto social, los socios, la razón social, etc., deben constar en el Registro Mercantil y de Instrumentos Públicos, por lo cual el artículo 111 del Código de Comercio señala:

“Copia de la escritura social, será inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal.

Cuando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los actos relacionados con la propiedad del inmueble.”

Esto tal como lo señala el Consejo de Estado que expresa:

“Para el caso de las sociedades mercantiles, el ordenamiento legal somete a inscripción ante las cámaras de comercio respectivas, entre otros actos, la constitución, reformas estatutarias y las escrituras de disolución y liquidación de las sociedades.”

Pero es necesario tener en cuenta que esta inscripción no tiene efecto alguno ni se relaciona con la tenencia o ausencia de capacidad jurídica; es simplemente un medio de oponibilidad.

Con lo dicho se demuestra de manera incontrovertible que la capacidad jurídica de una sociedad comercial existe por sí misma como un atributo de la persona jurídica, independientemente del medio probatorio establecido por la ley para su acreditación o prueba. Todo ello, por supuesto, en el marco del objeto social.

2º Previsiones normativas sobre la capacidad jurídica en materia de contratación pública.

El Estatuto General de Contratación Estatal, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, no reguló la capacidad jurídica. Se limitó a señalar en su artículo 6 que “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”

A pesar de la crítica que se ha formulado a esta norma debido a que pareciera que olvidó a las personas jurídicas habida cuenta que el concepto de capacidad legal solo es propio de personas naturales, lo que llevaría al absurdo de concluir que la ley no confirió capacidad a contratar a estas ficciones jurídicas, hoy es claro que también las personas morales pueden suscribir contratos estatales en condiciones y con fundamentos similares a los señalados en el derecho privado, recordados en el anterior acápite de este escrito. Ello en virtud de la remisión que se hace al régimen común y al derecho mercantil en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Por manera que la llamada capacidad jurídica que no es cosa diferente a la capacidad para contratar de que trata el aludido artículo 6, en materia de contratación estatal está vinculada, para el caso de personas naturales, a la capacidad legal y para el caso de personas jurídicas a su objeto social y a su representación que es lo que constituye el elemento esencial de la capacidad jurídica. Cosa muy distinta a la manera de su acreditación, en donde, por diversos motivos puede recurrirse a otras formas probatorias distintas al certificado de existencia y representación.

Certificado aquel que NO ES EL REQUISITO DE FONDO QUE PERMITE DEMOSTRAR LA CAPACIDAD JURÍDICA sino un medio probatorio, si se quiere a manera de regla general pero no exclusivo. Esto supone que si a pesar de que en un pliego de condiciones se exige para “acreditar” la capacidad jurídica, un certificado tal, y un oferente no lo adjunta, la entidad no está legitimada a rechazar la propuesta si se comprueba que se tiene capacidad, esto es, que el objeto social permite la celebración del contrato y que a la sociedad la representa la persona estatutariamente señalada. Ello podría hacerse, por ejemplo, con la escritura pública de constitución de la sociedad, la cual es prueba idónea de la capacidad para contratar. Siempre y cuando, por supuesto, las escrituras correspondientes se encuentren aportadas en la propuesta.

Tan eso es así, que el artículo 17 del decreto reglamentario 4881 de 2008, regulatorio de los documentos soportes sobre la capacidad jurídica, permite expresamente probar esa capacidad a través de otro documento emitido por autoridad competente; es decir que se enfatiza nuevamente el concepto ya indicado que proviene de la recta aplicación de normas legales, en cuya virtud el requisito de fondo o esencial que debe demostrar todo oferente es que su objeto le permite celebrar el contrato estatal y que está plenamente satisfecha la representación legal. No participa de la naturaleza esencial la manera de su prueba, la cual tiene en el certificado de existencia y representación la regla general, más no la única y exclusiva.

Ahora bien, gracias a pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con apoyo de la doctrina foránea, fundamentalmente argentina y española (Marienhoff y García de Enterría, respectivamente), nuestra ley de contratación llevó al derecho objetivo un principio fundamental que salía al paso de posturas oficiales que dejaban de lado ofertas muy buenas por incumplimientos, errores u omisiones meramente formales o rituales y luego propiciaban grandes condenas al Estado por no hacer primar lo esencial sobre lo formal.

*Afortunadamente hoy en día, contamos con dos normas fundamentales que con rigor deben aplicar las entidades estatales en sus procesos de selección y que son las que de manera FLAGRANTE se violentan hasta ahora en el Informe Preliminar cuestionada y **con ello los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.***

Nos referimos concretamente a los artículos 5, párrafo 1º de la Ley 1150 de 2007 y 10 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008. Por su importancia a continuación los transcribimos en ese orden:

“Párrafo 1º. 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. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”

“Artículo 10. Reglas de Subsanción. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia o podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. (el texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00 (36054), confirmado mediante sentencia de agosto 6 de 2009).

Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en la solicitud o en el pliego no responda al requerimiento que le haga la entidad subsanción.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta, esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente Decreto.

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanciónables o no subsanciónables 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.” (lo subrayado es nuestro.)

Armonizando las dos normas y dejando de lado la posible ilegalidad de la norma reglamentaria al contemplar aspectos relativos a los requisitos habilitantes (capacidad jurídica) como insubsanciónable, siendo que la ley superior no lo hizo, resulta que :

- 1) La selección objetiva se integra por dos aspectos. De un lado, lo llamados requisitos habilitantes que tienen que ver con la capacidad jurídica y con las condiciones de experiencia, capacidad financiera, y de organización de los proponentes (artículo 5°, numeral 1° de la Ley 1150 de 2007) y, del otro los factores de escogencia (artículo 5° numeral 2° de la Ley 1150 de 2007).
- 2) Los requisitos habilitantes hacen relación al **oferente** y corresponden a condiciones respecto de las cuales se tiene o no se tiene (capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera, etc.) y de manera independiente al medio probatorio utilizado por lo que no confieren puntaje sino que dan lugar al llamado pasa o no pasa.
- 3) Los factores de selección son los que confieren puntaje e indican, en consecuencia, la oferta más favorable.
- 4) La ausencia de requisitos o la falta de documentos relativos a los requisitos habilitantes NO DAN LUGAR AL RECHAZO DE LAS OFERTAS. Por el contrario, se permite subsanciónarlos. Ello en cuanto se trata de condiciones inherentes a la persona de oferente. Como quiera, se insiste, que se trata de una **condición inherente al oferente, respecto de la cual no se puede desprender ni desconocer,** el olvido probatorio” constituye un aspecto formal, habida consideración que lo importante es que se cumpla con la condición en su esencia, esto es, que tenga en realidad capacidad, que tenga la experiencia solicitada, que tenga la capacidad financiera requerida, etc.
- 5) Defectos no formales, es decir no relativos a “sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, y cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma expresa y perentoria lo exijan leyes especiales” (artículo 25 numeral 15 inciso 1° de la Ley 80 de 1993), que correspondan a factores de selección que impidan la comparación, vale decir, la evaluación de las ofertas, son los que dan lugar, según la ley, AL RECHAZO DE LOS OFRECIMIENTOS RECIBIDOS.
- 6) La disposición reglamentaria indica en su inciso quinto que **“en ningún caso la entidad podrá ... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta”.** En términos

jurídicos y en pleno respeto de la ley, es evidente que el rechazo de este requisito habilitante (capacidad jurídica) se configura cuando el OFERENTE NO TIENE CAPACIDAD o lo que es lo mismo, el objeto social de la persona moral no permite la celebración del negocio jurídico o cuando lo hace a través de una persona que no es representante ni tiene poder para vincularla. Es que según el Diccionario de la Lengua Española, falta significa, "carencia o privación de alguna cosa", esto llevado a (sic) tema que se estudia, traduce, ni mas ni menos, en que lo que no se puede subsanar es que el oferente NO TENGA CAPACIDAD, , más no cuando teniéndola, la entidad encuentre algún defecto en la manera de su acreditación, que sea de paso indicar, no existe en nuestra oferta, ya que se cumple tanto en el fondo (capacidad jurídica) como en la manera de su acreditación (declaraciones juramentadas, escrituras de cnstitución, constancias protocolizadas sobre el objeto social, la capacidad de los representantes legales, duración y límites.

- 7) *De manera categórica esa ha sido la postura de la doctrina y del Consejo de Estado. Al efecto, basta recordar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto radicado con número 1927, del 6 de noviembre de 2008 indicó:*

"De las normas transcritas se establece un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal y en todo caso, una premisa de que los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia, son subsanables en condiciones de transparencia e igualdad para todos los participantes.

En este sentido, el artículo 10° del decreto 2474 de 2008, transcrito, señala en su último inciso, que en ningún caso la entidad podrá señalar los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones (...)

"En esta medida, la Ley 1150 de 2007 y las normas reglamentarias citadas aclaran la forma de entender los procesos contractuales, puesto que al darle fundamento legal al saneamiento de los factores que no influyen en la comparación de las propuestas, sitúa el derecho del interesado a ser escogido para celebrar el contrato con el hecho de tener la mejor propuesta para e Estado y no simplemente en el haber cumplido con las formalidades inherentes al proceso de selección (tomada de la nueva contratación pública en Colombia, primera edición, Gonzalo Suárez Beltrán, Legis. 2009. Páginas 220 y 221).

- 8) *Así mismo resulta importante transcribir estos apartes del reciente concepto que sobre estas materias ha emitido el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil a propósito de una consulta elevada por el Ministro de Transpote, doctor Andrés Uriel Gallego Henao:*

"Las disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias, de esa manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrá rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesario para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de todos los participantes.

(...)

Lo expuesto ... significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (radicación número 1992 11001-03-06-000-2010-00034-00. Mayo 20 de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo).

3º Exigencias dispuestas en el Pliego de Condiciones

*Sea o primero advertir algo elemental y de perogrullo que lamentablemente en el asunto de autos es desconocido de manera incomprensible por el evaluador. Tiene ello que ver con que **el pliego de condiciones debe ajustarse a la normatividad vigente y que por eso mismo, no puede una entidad modificar, alterar, precisar, limitar, ampliar o dejar de lado las normas y principios que regulan la actividad contractual del Estado.** De hacerlo en sus pliegos, o peor, aún en sus evaluaciones y determinaciones que están en el tercer lugar de la "pirámide reguladora del proceso" se genera responsabilidad patrimonial de la entidad y muy seguramente responsabilidad disciplinaria y fiscal.-*

Bajo ese contexto, debemos recordad que la capacidad jurídica de los interesados extranjeros aparece regulada en la sección 3.3.2. del pliego de condiciones. El literal b) acápite (ii) regula lo concerniente a las personas jurídicas extranjeras en los siguientes términos: "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 tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la Propuesta, en el que conste su existencia, objeto, fecha de constitución, vigencia, nombre del representante legal de la sociedad o de la persona o personas que tengan la capacidad para comprometerla jurídicamente 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 Proponente 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 para vincular y representar a la sociedad en la 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 para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay. "

Sobre este aspecto se puede indicar:

- 1) No se está regulando lo que en esencia constituye la capacidad jurídica habida cuenta que es un punto reservado a la Ley. Lo que hace es señalar la manera (forma) en que debe cumplirse con este requisito habilitante.*
- 2) En primer lugar, "adecua" la situación general propia de Colombia, cual es la existencia de certificados de existencia y representación a posibles circunstancias ocurridas en el exterior mediante la presentación de un documento expedido por autoridad competente, en el que conste lo que en verdad es trascendental para la capacidad jurídica, cual es el objeto social, la representación y sus límites. Adicionalmente, solicita otros aspectos propios de los estatutos sociales que de todas maneras no hacen alusión a tal capacidad. En esta hipótesis el INCO esperaría un documento semejante o que haga las veces de dicho certificado de las cámaras de comercio.*
- 3) El segundo supuesto que contempla, ocurre cuando en LA JURISDICCIÓN DE INCORPORACIÓN DEL PROPONENTE EXTRANJERO, **NO HUBIESE UN DOCUMENTO QUE CONTENGA LA TOTALIDAD DE LA INFORMACIÓN**, en cuyo evento presentarán:*
 - a- Los documentos que sean necesarios para acreditar lo solicitado en el presente literal expedidos por las respectivas autoridades competentes.*
 - b- Si en la jurisdicción de incorporación no existiese ninguna*
 - c-*

(...)

6º Conclusión

A manera de conclusiones de lo explicado en Capítulos precedente (sic), podemos indicar de manera categórica que:

1. *La capacidad jurídica es un concepto de orden legal que no puede ser regulado en el pliego de condiciones. En este documento es dable reglamentar la manera de su acreditación, lo que en sí mismo, no equivale a los requisitos de fondo de dicha capacidad.*
2. *En México la manera de acreditar la capacidad jurídica, es a través de las escrituras públicas de constitución o de reforma, los cual se prueba enfática y contundentemente por medio de:*
 - *Concepto expedido por la firma de Abogados Representación Jurídica Especializada S.C. obrante en el acápite 3.1 de los anexos de este escrito.*
 - *Concepto expedido por el Bufete Carrillo Gamboa S.C., visible en el acápite 3.2, de los anexos a este escrito. Vale la pena señalar que este bufete es uno de los más importantes y representativos del país azteca, como se evidencia del Escrito sobre la semblanza de la firma que se incluye a continuación del concepto.*
 - *Las convocatorias públicas indicadas en el acápite No. 1 de estas obseraciones, numerales a., b.,c.,d.,e.,f. y g, publicada en la página web de contratación (CompraNet), semejante al SECOP que regula la ley 1150 de 2007 y amparadas por la ley de Obra Pública y Servicios relacionados con las mismas de México, en cuyo artículo 2, numeral II., se define Compra Net como un sistema electrónico de información pública gubernamental sobre obras públicas y servicios relacionados con las mismas. Por lo mismo, estos documentos son plena prueba de que en México, la existencia y representación de personas jurídicas (Capacidad jurídica), se prueba por medio de los instrumentos públicos de constitución y reforma.*
 - *Certificado de la Embajada de México en Colombia*
3. *El Registro Público de Comercio de México no es una autoridad sino un servicio que tiene como objeto exclusivo dar publicidad a los actos mercantiles, tal como de manera categórica y con apoyo de la normatividad mexicana lo explica el concepto del Bufete Carrillo Gamboa S.C.*
4. *De ese Registro no es posible obtener una certificación que dé cuenta sobre la capacidad jurídica y las que se pueden lograr de él son actos de mera consulta que sólo servirán para acreditar la inscripción del comerciante.*
5. *A las Cámaras de Comercio en México no se les ha asignado por ley el registro del comercio, por lo que no expiden certificados de existencia y representación de sociedades inscritas en tal registro.*

Con fundamento en todo lo dicho, se solicita al INCO revertir su tesis de rechazo de la propuesta del CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL y en su lugar declararlo como ADMISIBLE en la Evaluación Jurídica por haber cumplido con la demostración de capacidad jurídica.

Sin aceptar que existe error en nuestra oferta, ni equivocación u omisión en las declaraciones juramentadas en cuestión, se adjuntan declaraciones juramentadas por CONOISA, en las cual se reitera, puntualiza y concluye que la declaración inicial se ajusta en un todo al pliego de condiciones y que, por lo mismo, es claro que en ellas se determina que en México no hay autoridad o entidad que certifique lo solicitado en el numeral 3.3.2.

Todo lo cual reafirma el cumplimiento de los requisitos habilitantes, lo cual imperiosa e incuestionable debe ser declarado por la entidad contratante, so pena de violentar la ley y el pliego de condiciones.

Conviene precisar que con la documentación indicada, no se está MEJORANDO ni MODIFICANDO nuestra propuesta. Simplemente de está haciendo claridad acerca de una situación que parece no ha sido adecuadamente entendida por el Comité Evaluador. No debe perderse de vista que la información que reposa en nuestra oferta, prueba fehacientemente la capacidad de las dos sociedades mexicanas y que lo que ahora hacemos es dar claridad sobre un hecho conexo.

Principios mínimo de defensa, contradicción y debido proceso, respaldan nuestro derecho de hacer ver el error en que se incurrió dicho Comité Evaluador, para lo cual estamos legitimados a presentar las pruebas suficientes e idóneas que controvierten la postura del mismo. Ello en cumplimiento de claros mandatos constitucionales y legales e incuestionables posturas jurisprudenciales (...)

INCO RESPONDE:

Sea lo primero advertir que la Entidad no comparte las manifestaciones efectuadas por el proponente CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL en el sentido que *“no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado es lo mismo que manifestar que no existe un documento que contenga la totalidad de la información solicitada”*² por cuanto las hipótesis que conllevan una y otra declaración son bastante diferentes.

En efecto una cosa es no tener un documento que reúna todos los requisitos solicitados por el Pliego de Condiciones, (existencia, objeto, fecha de constitución, vigencia, nombre del representante legal de la sociedad o de la persona o personas que tengan la capacidad para comprometerla jurídicamente y sus facultades señalando expresamente, si fuere el caso, que el representante no tiene limitaciones para presentar la Propuesta), y otra muy diferente es que no exista una autoridad que certifique lo solicitado en el Pliego. Lo primero implica que pueda que existan varios documentos expedidos por una o varias autoridades en los que se certifique la existencia de los requisitos solicitados por el Pliego; mientras que lo segundo implica que no existe ninguna entidad u autoridad con la posibilidad de emitir uno o varios documentos que contengan lo solicitado por el Pliego.

Así las cosas, el Pliego de Condiciones, con el ánimo de permitir la participación del mayor número de participantes, tanto nacionales como extranjeros, y en atención a la existencia de las situaciones anteriormente planteadas, previó diferentes maneras para acreditar los requisitos antes mencionados, así: 1°. Permitió que los mencionados requisitos se probaran mediante la presentación de un certificado de existencia y representación legal o su equivalente en otras jurisdicciones. 2°. Consciente de la posibilidad de que dicho certificado, entendido como un único documento contentivo de todos los requisitos solicitados en el pliego, no existiera en la jurisdicción de incorporación del Proponente, permitió que los proponentes allegaran **todos** los documentos que fueran necesarios para acreditar lo solicitado en el Pliego de Condiciones siempre y cuando estos fueran **expedidos por las respectivas autoridades competentes** 3°. Finalmente el Pliego de Condiciones estableció que si en la jurisdicción de incorporación no existiese ninguna autoridad o entidad que certificara la información solicitada, el Proponente extranjero debería presentar una declaración juramentada de una persona con capacidad para vincular y representar a la sociedad en la que constara 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 para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay.

Así las cosas es claro que la intención del Pliego era prever la existencia de tres situaciones diferentes y regular la manera en que lo proponentes podrían acreditar los requisitos solicitados, previendo para cada situación una forma específica de acreditación de requisitos.

Ahora bien, tampoco comparte la entidad la afirmación del Proponente en el sentido de afirmar que por el hecho de no existir formato de declaración juramentada las afirmaciones contenidas en ella quedaban sujetas a la forma propia de cada oferente. Lo anterior por cuanto si bien es cierto que no existía un formato, el Pliego era inequívoco en cuanto al contenido de la declaración, siendo claro que la declaración juramentada debía estipular y constar 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 para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay.”*

Por otra parte, dado que el contexto en el cual fue usado el término jurisdicción en el numeral 3.3.2 del Pliego (jurisdicción de incorporación del proponente), tampoco es de recibo la afirmación del proponente mediante la

² Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015314-2 de 7 de julio de 2010, folio 17.

cual manifiesta “ en Colombia y muchos países el término jurisdicción entraña autoridad y poder del Estado”, puesto que aquí la palabra jurisdicción está seguida directamente por las palabras de incorporación, lo cual en contexto debe ser entendido como la ley al amparo de la cual fue constituida la sociedad y de ninguna manera puede referirse a poder del Estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el proponente los integrantes extranjeros del CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL han aclarado que en su jurisdicción de incorporación no existe una “autoridad o entidad que pueda expedir un documento semejante al certificado de existencia y representación con la información solicitada en el numeral 3.3.2”³ y toda vez que han manifestado que la forma de acreditar la existencia y representación legal de una sociedad en México es a través de escrituras públicas de constitución o de reforma⁴ las cuales habían sido aportadas desde la presentación de su oferta inicial y en consecuencia no implican subsanación alguna a la propuesta inicial, el INCO procedió al análisis juicioso y detallado de la mismas pudiendo constatar que en ellas se encuentra probada la capacidad de las sociedades mexicanas.

No obstante lo anterior, como bien lo afirma el proponente en su escrito “*el artículo 1502 C.C., a cuyo tenor: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º Que sea legalmente capaz; 2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º Que recaiga sobre un objeto lícito; 4º. Que tenga una causa lícita.” (negrilla fuera del texto original).*

En este orden de ideas, resulta necesario acudir al concepto de capacidad legal contenido en el artículo 99 del Código de Comercio el cual establece que “*La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.*”.

Así las cosas, tal y como lo afirma el doctrinante y autoridad en materia comercial Francisco Reyes Villamizar “*La característica más sobresaliente de la personalidad jurídica está dada por la posibilidad de adquirir derechos y obligaciones que no son imputados a sus socios o accionistas individualmente considerados, sino en forma directa, al ente legal autónomo que surge al constituirse regularmente la sociedad. Las personas jurídicas, al igual que las naturales tienen capacidad de goce y de ejercicio (...) al tiempo que la capacidad de ejercicio de las sociedades está limitada físicamente, la de goce está legalmente restringida (...) La capacidad de goce está circunscrita al desarrollo de aquellas actividades o negocios que estén previstos dentro del objeto social*”⁵

Así pues nada más cierto que lo que afirma el Proponente cuando manifiesta que “*estricto sensu, una sociedad mercantil tiene capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos, cuando el objeto de los mismos, se encuentre cobijado por su objeto social. De no suceder así, la sociedad no tendrá capacidad*”⁶

Por otra parte, bien es sabido que los actos mercantiles para poder surtir efectos ante terceros deben ser inscritos en el registro mercantil, así lo señala el Código de Comercio colombiano en su artículo 111 el cual dispone que:

“Copia de la escritura social, será inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o

³ Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015314-2 de 7 de julio de 2010, folios 87.

⁴ Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015314-2 de 7 de julio de 2010, folio 31.

⁵ Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Editorial Temis, Bogotá 2004, *Tomo I* página 205 y ss.

⁶ Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015314-2 de 7 de julio de 2010, folio 4.

se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal.

Cuando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los actos relacionados con la propiedad del inmueble.”

A su vez el artículo 112 del mencionado Código establece que:

“Mientras la escritura social no sea registrada en la cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes a los socios”.

Así las cosas, en derecho colombiano, aunque la sociedad tenga capacidad jurídica para contratar, dicha capacidad solamente es susceptible de ser ejercida ante terceros una vez se haya efectuado el respectivo registro ante la cámara de comercio del domicilio principal de la sociedad.

De manera similar, el Código de Comercio Mexicano establece en su artículo 19 que *“La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio y obligatoria para todas las sociedades mercantiles por lo que se refiere a **constitución, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación y para los buques(...).**”*

Así las cosas en México, al igual que en Colombia, la inscripción en el registro mercantil es obligatoria para los comerciantes y en ella es necesario inscribir los actos que según la propia ley lo requieran tales como:

“Artículo 21. Existirá un folio electrónico por cada comerciante o sociedad, en el que se anotarán:

- I. Su nombre, razón social o título;*
- II. La clase de comercio u operaciones a que se dedique*
- III. La fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones*
- IV. El domicilio con especificación de las sucursales que hubiere establecido*
- V. **Los instrumentos públicos en los que se haga constar la constitución de las sociedades mercantiles así como los que contengan su transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación.***

(...)

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

(...)” (negrilla fuera del texto)

Ahora bien de manera muy similar a lo que ocurre en Colombia, de acuerdo con el artículo 27 del Código de Comercio de México:

“La falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, hará que éstos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que lo celebren, y no podrán producir perjuicio a terceros, el cual si podrá aprovecharse de ellos en lo que le fueran favorables”

De acuerdo con lo anterior, las escrituras públicas de constitución de las sociedades mexicanas así como aquellas en las que se reforme el objeto social deberán ser inscritas en el registro mercantil de dicho país.

Así las cosas, toda vez que la escritura número 169,231 obrante a folios 093 a 109 de la Propuesta, mediante la cual se reforma el objeto social de la empresa CONTROLADORA DE OPERACIONES DE

INFRAESTRUTURA S.A. de C.V., CONOISA, la cual de acuerdo con la normatividad anteriormente citada debe ser inscrita en el registro mercantil del domicilio social de la empresa para producir efectos ante terceros, no cuenta con el sello que evidencia que la misma ha sido inscrita en el Registro Mercantil del Distrito Federal de México y por cuanto hasta tanto dicha inscripción no sea inscrita en el correspondiente Registro Mercantil, el objeto social de CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUTURA S.A. de C.V., CONOISA no es suficiente para contraer las obligaciones derivadas del contrato de concesión objeto de la presente licitación⁷, lo cual como ya se ha puesto de manifiesto evidencia la falta de capacidad de la citada sociedad, la entidad se ve abocada a reiterar la NO ADMISIBILIDAD de la propuesta hasta tanto se demuestre que con anterioridad a la fecha de cierre de la Licitación dicha escritura fue debidamente inscrita en el Registro Mercantil mexicano.

Lo anterior por cuanto esta es la única manera en que su objeto social, con alcance suficiente para contraer las obligaciones derivadas de la presente licitación, es oponible a terceros tales como el INCO.

Observación 2:

(...)

“Por otra parte, en la certificación de pago de parafiscales contenida a folio 949 se observa que los pagos a seguridad social y aportes parafiscales no corresponden a la nómina de los últimos seis meses como allí se indica, sino de los últimos 3 meses por cuanto la sociedad fue constituida el de febrero de 2010 e inscrita el 3 de marzo de 2010”.

Con Rad. No. 2010-409-015314-2 el proponente manifiesta a título de aclaración que la razón por la cual la certificación de pago de parafiscales contenida a folio 949 no corresponde a la nómina de los últimos seis meses sino de los últimos dos meses por cuanto Concesiones y construcciones CONCISA S.A.S. fue constituida en fecha de 12 de febrero de 2010, pero solo empezó a funcionar a partir de marzo de 2010, fecha desde la cual tuvo personal de nómina que generó los correspondientes pagos de los empleados.

INCO RESPONDE:

Revisada en detalle la certificación aportada a folio 949 de la propuesta, se observa que la misma cumple con el requisito del pliego de condiciones respecto del numeral 3.9.1, por cuanto se acredita el pago de los aportes a partir de la fecha en que la Sociedad generó la obligación de hacerlos a los diferentes sistemas, esto es, a partir del mes de marzo de los corrientes, pues como se deduce de la certificación aportada con el escrito de observaciones a folio 136, el representante legal de la sociedad certifica que para el mes de febrero de 2010, su representada no tenía obligación de hacer aportes de seguridad social y de aportes parafiscales.

⁷ En efecto de acuerdo con la escritura pública 169,231 el objeto social de CONOISA anterior a esta escritura el cual sí tiene constancia de haber sido inscrito en el registro mercantil y que en consecuencia sí es oponible a terceros, es: “ A) promover, organizar y desarrollar empresas comerciales e industriales de servicios B) Elaborar estudios de mercado, análisis financieros, planes y sistemas para la organización, operación y control de negocios; C) Proporcionar servicios de tesorería y de asistencia técnica en relaciones bancarias, operaciones bursátiles, fiduciarias y concesionarias. D) La representación, comisión, corretaje o mediación de y entre empresas del país o del extranjero. E) La obtención o el otorgamiento de préstamos, avales, garantías u obligación solidaria a favor o por cuenta de personas físicas o morales con las que relación comercial de servicios o de interés mutuo. F) La prestación de servicios profesionales de la rama contable, fiscal, jurídica, de relaciones industriales y en general servicios de administración. G) La suscripción, adquisición, la emisión o enajenación y en general la realización de actos jurídicos que tengan por objeto acciones, partes sociales, obligaciones y toda clase de títulos valor. H) La obtención o el otorgamiento de garantías personales y reales u obligación solidaria a favor o por cuenta de personas físicas o morales que tengan relación comercial de servicios o de interés mutuo. I) La adquisición de bienes muebles e inmuebles necesarios para su establecimiento y para el desarrollo de su objeto social y en general la celebración de todos los actos jurídicos convenientes o necesarios para dicho fin.”

En ese sentido, la propuesta es ADMISIBLE.

Observación 3

Rad. 2010-409-016140-2 del 13 de julio de 2010

Replica tendiente a demostrar la capacidad jurídica con respecto a la obligatoriedad de la inscripción en el registro mercantil de México.

INCO RESPONDE:

Véase la respuesta al Proponente No. 2 Consorcio Vías de la Competitividad Ruta del Sol.

Observación 4

Rad. 2010-409-06419-2 del 19 de julio de 2010.

Replica cuyo objeto es anexar documento contentivo de comunicación expedida por CONSEJERIA JURIDICA Y DE SERVICIOS LEGALES, DIRECCION GENERAL DE REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE COMERCIO, por la cual a juicio del proponente, se reafirma que dicho registro no expide certificaciones sobre la existencia y representación de sociedades mercantiles.

INCO RESPONDE:

Véase la respuesta al Proponente No. 2 Consorcio Vías de la Competitividad Ruta del Sol.

OBSERVACIONES AL CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL

PROPONENTE No. 6. VIAS DE COLOMBIA S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Rad. No. 2010-409—015425-2 del 8 de julio de 2010

Observación 1:

El numeral 3.9.1 del pliego de condiciones exige, en relación con la certificación de pago de aportes parafiscales, lo siguiente:

“3.9.1 Cuando el proponente sea una persona jurídica colombiana, deberá presentar una certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de la ley, o por el representante legal cuando no se requiera revisor fiscal, donde se certifique el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, la cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la fecha de cierre de esta licitación. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis meses (6) de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de constitución. (...)

- Documentos de la propuesta

*3.9.4 El formato de certificación se incluye en estos pliegos Anexo 6”
(Negrilla fuera del texto)*

El proponente anexa a folio 949 de la propuesta el anexo 7, el cual no cumple con los requisitos señalados en el pliego de condiciones, pues no indica con una X los meses en los cuales ha cumplido con los pagos a la seguridad social, incluyendo en tales casillas el nombre de la EPS, la ARP y los Fondos de Pensiones a los cuales realiza los aportes.”

- *Petición*

Se solicita RECHAZAR la propuesta, con fundamento en la causal de rechazo señalada en el numeral 7.6.2 del pliego de condiciones, puesto que se omiten requisitos del Anexo 7."

EL INCO RESPONDE:

Véase la respuesta al Proponente No. 2 Consorcio Vías de la Competitividad Ruta del Sol. No obstante, se precisa que del contenido del Anexo 6, se evidencia las diferentes entidades a donde la sociedad CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES CONCISA S.A.S ha realizado los aportes de los meses certificados por el representante legal de la sociedad.

Observación 2:

"El numeral 3.3, del pliego de condiciones, literal b), ordinal (i), sub-numeral (3) exige acreditar la capacidad jurídica de las personas jurídicas de la siguiente manera:

Personas Jurídicas Civiles o Comerciales: Las personas jurídicas civiles o comerciales de naturaleza privada, constituidas conforme a la Colombiana y con domicilio en Colombia, y las personas jurídicas colombianas de carácter mixto, entendidas como aquellas entidades conformadas bajo las leyes de la República de Colombia, que a pesar de contar con participación estatal, en razón de sus características y/o de la proporción de tal participación, por virtud de la ley deban someterse al régimen de derecho privado, trátense de entidades de orden Nacional o territorial, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Deberá presentar un original del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de comercio de su domicilio. El certificado deberá haber sido expedido máximo sesenta (60) días antes contados desde la fecha de presentación de la propuesta. Con este certificado se deberá acreditar:*

(...)

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

-Documentos de la propuesta

A folio 153 de la propuesta se encuentra el certificado de existencia y representación de la sociedad CONCISA SAS, en el cual no consta la posibilidad de garantizar obligaciones de terceros.

-Petición

Se solicita RECHAZAR la propuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 7.6.4, pues existe una omisión en los documentos que acreditan la capacidad jurídica de los interesados."

INCO RESPONDE:

En materia de sociedades creadas bajo la legislación Mercantil Colombiana, respecto de la capacidad para comprometer a la misma, la norma establece lo siguiente:

"CAPITULO I

Disposiciones generales

DEFINICION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD

ART- 99 – La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Capítulo III Administración y representación de la sociedad – PRINCIPIO GENERAL

ART. 310.- La administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños, caso en el cual los delegantes quedaran inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan. (El subrayado es nuestro)

FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL

ART- 311.- La representación de la sociedad llevara implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios sociales.”

De las normas arriba transcritas, se entiende en primer lugar, que la capacidad de la sociedad deviene del desarrollo o actividad descrita en el objeto social. En segundo lugar, porque aquellas disponer claramente para los socios la facultad de delegar en consocios o extraños la capacidad para comprometer a la sociedad, con las mismas facultades de los miembros societarios, salvo las limitaciones que expresamente se impongan, utilizando la sociedad para celebrar todas las operaciones propias e inherentes al giro normal de los negocios sociales, descripción legal de la cual se extrae sin duda alguna, que las limitaciones a la capacidad de comprometer son de corte discrecional del contrato social y que de imponerse aquellas deben ser expresas.

Para ilustrar el tema resulta importante el comentario del profesor Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario- Pag. 580, así: *“(…) El sistema que se plantea de la norma citada permite que, salvo estipulación en contrario, se considera que los representantes legales están habilitados para hacer presente a la sociedad en todas las relaciones con terceros, en que ésta debe comprometerse para el desarrollo de la empresa prevista en los estatutos. Así, la actividad irrestricta de los representantes legales constituye la regla general y las limitaciones a su actuación son la excepción que requiera pacto expreso, dotado de autenticidad y publicidad mercantil.”* (El subrayado es nuestro)

Ahora, aterrizando la norma al caso concreto y verificado el certificado de existencia y representación de la sociedad que aparece a folios 153 a 157 de la propuesta, se evidencia de aquel, como del objeto social, que las facultades otorgadas al representante de la sociedad para comprometer a la sociedad es ilimitada de manera expresa por el contenido del contrato social, disposición que se acomoda fehacientemente a la disposición legal como a lo descrito por el pliego de condiciones por cuanto se entiende de éste, consecuencia de su contenido literal, que para los efectos de comprometer al ente corporativo en la celebración y ejecución del contrato, dicha autorización, se entiende contenida dentro de las autorizaciones generales otorgadas para comprometer a la sociedad, tal como lo enuncia textualmente el observante, al decir: *“(3) que su objeto social principal o complementario permite a la persona jurídica la celebración y ejecución del contrato. Para estos efectos, la autorización se entiende contenida dentro de las autorizaciones generales otorgadas para comprometer a la sociedad.”* (El subrayado es nuestro)

Por lo anterior, no se acepta la observación.

PROPONENTE No. 1. ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Rad. No. 2010 – 409-015353-2 Julio 7 de 2010

Observación 1:

“1. El miembro del consorcio Vías de la competitividad, CONOISA, aunque a folio 110 a 128 emite el documento de Declaración juramentada donde menciona los requisitos exigidos para la certificación de la existencia y representación legal, no menciona en el folio 116 la no existencia dentro de la jurisdicción de la incorporación de la sociedad de un organismo que certifique lo solicitado, si no que no existe un documento.”

INCO RESPONDE:

Véase la respuesta al Proponente No. 2 Consorcio Vías de la Competitividad Ruta del Sol.

Observación 2:

“El poder general que comienza en el folio 130 debe estar protocolizado en escritura pública en notaria Colombiana. De acuerdo a lo mencionado en el pliego de condiciones numeral 3.3.2 título (iv) Apoderado.”

INCO RESPONDE:

El poder otorgado a los señores JESUS ENRIQUE ESCOBAR NEUMAN, DAVID FERNANDO SAENZ RUSSI Y PETER RAFAEL CAMARA STOUGAARD domiciliados en Colombia, como se desprende del texto de los documentos aportados a folios 133 a 147 no requiere ser elevado a escritura pública en notaria de Colombia, por cuanto éste, que a pesar de denominarse en México poder general limitado, ha sido otorgado para ser ejercido de manera específica en lo relacionado con el objeto de la presente licitación, otorgándose en los Estados Unidos de México mediante escritura pública con el lleno de los requisitos legales para que tenga plena validez en Colombia, cumpliéndose así con lo reglado por el numeral 3.3.2. (iv) Num. (1) del pliego de condiciones.

Observación 3:

Rad. No. 2010-409-015319-2 del 7 de julio de 2010-07-15

“A1. Existencia de Autoridad Competente en México (Num. 3.3.2 Lit. b) numeral (ii) subnumeral (1))

Señala el Num. 3.3.2 Lit. b) numeral (ii) subnumeral (1) del pliego, que:

“Las personas jurídicas extranjeras deberán cumplir los siguientes requisitos:

- (1) Acreditar su existencia y representación legal, para lo cual deberá presentar en **documento expedido por 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 señaladas expresamente, si fuere el caso, que el representante no tiene limitaciones para presentar la propuesta (...).”(destacado fuera del texto).

Revisada la ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana, cuyo texto se puede consultar en internet y que se adjunta a esta comunicación, se puede concluir con facilidad que existe autoridad competente en los Estados Unidos Mexicanos para acreditar existencia y representación legal, cual es el registro público de comercio.

(...)

Según lo puesto de presente de la ley General de Sociedades Mercantiles Mexicanas, se puede concluir:

_ En México existe autoridad competente para acreditar la información solicitada en el Num. 3.3.2 Lit b) numeral (ii) subnumeral (1) del Pliego:

_ El integrante del proponente Controladora de operaciones de infraestructura S.A. de C.V. Conoisa, no entregó el documento que expide para tal propósito el Registro Público de Comercio de México, particularmente en lo atinente a la escritura pública No. 167.703 del 09 de marzo de 2010, visible a folios 70 a 91 de la propuesta;

_ Con base en lo dispuesto por el numeral 4º del Num 7.6 del Pliego, es claro que debe confirmarse el rechazo de la propuesta presentada por el incumplimiento de lo prescrito en el Num. 3.3.2 Lit b) numeral (ii) subnumeral (1) del pliego de condiciones.

INCO RESPONDE:

Véase la respuesta al Proponente No. 2 Consorcio Vías de la Competitividad Ruta del Sol.

Observación 4.

A2. Capacidad – Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V Conoisa
Establece la reforma de estatutos sociales visibles a folios 74 y 75 de la propuesta, que:

“B. Nombramientos y poderes que se proponen otorgar:

- a) **La designación de Vicepresidente Ejecutivos al Doctor José Luis Guerrero Álvarez, al Contador Sergio Fernando Montañón León y al Ingeniero Luis Fernando Zárate Rocha; (...)**
- b) **Para el desempeño de sus atribuciones, los funcionarios propuestos gozarán de los siguientes poderes: (...) (vi) poder para sustituir sus poderes o delegar sus poderes a favor de terceros, con las siguientes limitaciones: (...)**
 - (ii) Los vicepresidentes en ejercicio de los poderes para celebrar actos de administración, de dominio o para ejercer la facultad cambiaria, podrán formalizar actos y celebrar contratos o convenios, incluyendo el otorgamiento de garantías con valor equivalente de hasta \$1.000'000,000.00 (Un mil millones de pesos 00/100 M.N.), siempre que actúen en forma mancomunada con el Director Jurídico de Infraestructura, o con el Director Jurídico o con el Abogado General de la sociedad; **cuando el valor de los actos, convenios o contratos o el otorgamiento de las garantías sea de un valor equivalente superior a los \$1.000'000,000.00 (Un mil millones de pesos 00/100 M.N.), los Vicepresidentes deberán actuar en forma mancomunada con un Vicepresidente Ejecutivo o bien con la previa autorización del Consejo de Administración de la sociedad. (...)**” (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con la transcripción hecha de los estatutos (que en todo caso no tiene prueba de su registro ante el Registro Público de Comercio), tenemos:

- *El señor José Luis Guerrero Álvarez fue designado como vicepresidente Ejecutivo de la Compañía;*
- *El ordinal (vi) del literal c) lo facultó para poder para sustituir sus poderes o delegar sus poderes a favor de terceros como en efecto lo hizo en el poder visible a folios 135 a 146 de la propuesta;*
- *Cuando el acto comprometiese un monto superior \$1.000'000,000.00 (Un mil millones de pesos 00/100 M.N.), los Vicepresidentes deberán actuar en forma mancomunada con un Vicepresidente Ejecutivo o bien con la previa autorización del Consejo de Administración de la sociedad, todo lo cual no se hizo, tal y como consta en el poder otorgado y visible a folios 135 a 146 de la propuesta;*
- *Dicho poder, visible a folios 135 a 146 de la propuesta, se encuentra suscrito por el mencionado Vicepresidente y el Abogado General de la sociedad en clara aplicación de la primer parte del ordinal*

(ii) del literal c) transcrito que se refiere a montos inferiores a \$1.000'000,000.00 (Un mil millones de pesos 00/100 M.N.), olvidando que el valor de la licitación y, por ende, de las facultades que delegan en sus mandatarios desbordaban con creces la suma de \$1.000'000,000.00 (Un mil millones de pesos 00/100 M.N.)

Así las cosas, habiéndose presentado propuesta a través de apoderado y adoleciendo el mismo de falta de capacidad para haberlo hecho, procede el rechazo de la propuesta conforme a los subnumerales 7.6.4 y 7.6.14 que enseñan:

*"7.6.4. Cuando exista **cualquier error u omisión en los documentos que acreditan la capacidad jurídica de los interesados**"(Destacado fuera del texto).*

"7.6.14. En caso de propuestas presentadas a través de apoderados, cuando no se presente el respectivo poder junto con la propuesta, o cuando el poder no se encuentre suscrito por quien debe suscribirlo, de conformidad con el certificado de Existencia y Representación Legal, o el que haga sus veces en el país de origen"(Destacado fuera del texto)

INCO RESPONDE:

Revisada en detalle la escritura pública No. 167,703 por la cual se protocoliza ante notaria, los nombramientos y poderes que se proponen otorgar, el consejo de administración de la sociedad denominada CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA", SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, debe hacerse la siguiente precisión:

En el literal B del acta de asamblea general se hacen nombramientos de funcionarios para dos cargos a saber:

- a) *La designación de Vicepresidentes Ejecutivos al Doctor José Luis Guerrero Álvarez, al Contador Sergio Fernando Montaña León y al Ingeniero Luis Fernando Zárate Rocha;*
- b) *La designación de Vicepresidente conferida al Ingeniero Alonso Quintana Kawage y al Licenciado Diego Quintana Kawage.(El subrayado es nuestro)*

Acto seguido en el subliteral c) numeral (vi), la asamblea determina que los funcionarios propuestos gozaran de la facultad de sustituir o delegar sus poderes a favor de terceros, haciendo claridad sobre las limitaciones que se desarrollan a continuación del mismo texto estatutario, haciendo para ello, una distinción en función de los cargos asignados, esto es, el de Vicepresidente Ejecutivo y el de Vicepresidente.

Para el cargo de Vicepresidente Ejecutivo asignado a las tres personas antes mencionadas, determino como limitación que:

- (i) Los Vicepresidentes Ejecutivos en ejercicio de los poderes para celebrar actos de dominio o para ejercer la facultad cambiaria, en todos actos donde deban intervenir, distintos de aquellos en que lo hagan de forma mancomunada dos de ellos entre sí o uno de ellos con la intervención del Abogado General, o bien, con la previa autorización del Consejo de Administración de la sociedad.

Para el cargo de Vicepresidente asignado a las dos personas descritas antes, la limitación fue:

- (ii) Los vicepresidentes en ejercicio de los poderes para celebrar actos de administración, de dominio o para ejercer la facultad cambiaria, podrán formalizar actos y celebrar contratos o convenios, incluyendo el otorgamiento de garantías con valor equivalente de hasta \$1.000'000,000.00 (Un mil millones de pesos 00/100 M.N.), siempre que actúen en forma mancomunada con el Director Jurídico de Infraestructura, o con el Director Jurídico o con el Abogado General de la sociedad; cuando el valor de los actos, convenios o contratos o el otorgamiento de las garantías sea de un valor equivalente superior a los \$1.000'000,000.00 (Un mil millones de pesos 00/100 M.N.), los Vicepresidentes deberán actuar en forma mancomunada

con un Vicepresidente Ejecutivo o bien con la previa autorización del Consejo de Administración de la sociedad. (...)"

Como se ve, las restricciones para el cargo de Vicepresidente Ejecutivo y para el cargo de Vicepresidente resultan disímiles y por ello, declaradas individualmente en distintos numerales.

De lo anterior se colige que el observante no acudió a la distinción textual que hizo la asamblea del consejo de administración en las designaciones y limitaciones planteadas, por cuanto pretende en su escrito, aplicarle la restricción del numeral (ii) dada en función de cuantías, al Vicepresidente Ejecutivo José Luis Guerrero Álvarez, quien junto con el Abogado General, otorgo el poder de representación a los domiciliados en Colombia para asumir las gestiones propias de la presente licitación pública en cumplimiento preciso de las facultades otorgadas y de las limitaciones del numeral (i) antes descrito, limitación que era la aplicable a dicho cargo y no la que se quiere imponer con la observación.

En ese sentido, la observación no debe prosperar y por lo tanto no es aceptada.

Observación 5.

A3. Reciprocidad – Controladora de Operaciones de infraestructura S.A. de C.V Conoisa.

Para efectos de acreditar la reciprocidad prevista por ley 816 de 2003 y el pliego de condiciones, a folio 984 se entrega copia del Artículo 15-04, y a folio 986 se entrega la Certificación de la Misión Diplomática Colombiana en México, no obstante que se predica la existencia del tratado denominado como G-3, según se desprende de los folios 982 y 983.

Respecto de lo anterior, debe de ponerse de presente al INCO que el hecho de existir el tratado entre Colombia, Venezuela y México denominado como Grupo de los Tres o G-3, no releva al proponente de la obligatoriedad de traerlo a la licitación y acreditarlo en su propuesta conforme corresponde.

Lo anterior como quiera que no se adjunta copia del tratado- sino un simple artículo-y, mucho menos, se acredita la Ley de la República a través de la cual la misma se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano, como lo establece la Constitución Política en materia de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico colombiano en sus Artículos 150 Numeral 16 y 224, que prescriben:

Art, 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

16. Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. (...)"

"Art. 224.- Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. (...)"

Así las cosas, en virtud de lo expuesto no debe otorgársele a la propuesta observada el correspondiente puntaje de apoyo a la industria Nacional.

INCO RESPONDE:

Al respecto, es evidente al interior de la propuesta que a folio 986 existe el informe de la misión diplomática dando fe de la situación de reciprocidad entre las naciones de México y Colombia donde se expresa textualmente que a los bienes y servicios de origen Colombiano, se les concede el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios nacionales de México, en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de contratos en cumplimiento del párrafo del Artículo 1º de la ley 816 de 2003.

La anterior certificación se funda precisamente en la existencia del tratado de libre comercio firmado por el G3 de los cuales hace parte Colombia, México y Venezuela, tratado que fue aprobado por el congreso Nacional mediante la ley 172 de 1994 y reglamentado por el Decreto 1266 de 1997, norma por la cual se promulga la vigencia del acuerdo, que a la fecha surte pleno efecto.

Así las cosas, se considera que el requisito del pliego de condiciones consignado en el numeral 3.2.2. (v) Num. (1) se encuentra satisfecho de manera completa por el miembro extranjero de la estructura plural observada. Por tanto, no se acepta la observación.

PROPONENTE 7 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

Rad. 2010-409-015461-2 del 8 de julio de 2010

Observación 1

(...)

En el presente licitatorio y en cuanto a la demostración de la capacidad jurídica de los miembros extranjeros (mexicanos) este proponente plural, el INCO no debe perder de vista, que la omisión y el error del Proponente consistió en la violación de normas expresas del Pliego de Condiciones (3.3.2 (ii) numeral 1, ley para las partes). No se cuestiona la capacidad jurídica propiamente dicha, sino el procedimiento utilizado para intentar probarla, el cual es violatorio del reglamento. El pliego, como ya se manifestó en el documento radicado ayer siete (7) de julio, estableció ciertos medios para probar la capacidad jurídica del Proponente, permitiéndole: (i) obtener una certificación de autoridad o entidad si la hubiera, (ii) varias certificaciones de varias autoridades o entidades si las hubiere y por último (iii) o a, una combinación entre certificaciones de entidad o autoridad y una declaración juramentada o b, simplemente la declaración juramentada en ausencia absoluta de autoridad certificadora.

Lo que hizo el proponente bajo análisis, (y eso no lo puede perder de vista el INCO) fue presentar una declaración juramentada, aun existiendo autoridad o entidad o entidad para certificar, así fuese parcialmente, parte de la información requerida en el proceso licitatorio.

(...)

INCO RESPONDE:

Véase la respuesta al Proponente No. 2 Consorcio Vías de la Competitividad Ruta del Sol.

Observación 2

Rad. 2010-409-015326-2

“El pliego de condiciones en el numeral que a continuación de 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 se acrediten respecto del proponente (o los miembros de una estructura plural) (i) tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, 0 (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 de 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 del 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.

2. (...)

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 u acto o negocio con la sociedad controlada:

(...)

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 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, DEBÍA 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.”

De la misma forma se observa por parte del proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S., que:

2. Para la concesión Acueducto II Queretaro que a folio 819, el proponente declara que CONOISA controla a la sociedad suministro de Agua de Querétano 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, cuando su participación accionaria es solo del 36.9%. Por tal razón entonces no le permite acreditar el control de acuerdo con el numeral 3.5.1 (i) del pliego de condiciones. Aunado a ello, que no se encuentra acreditada la representación legal del señor Carlos Benjamín Méndez Bueno como representante de la concesionaria en cumplimiento del numeral 3.6.10 del pliego de condiciones.

3. A folio 825, el proponente declara que CONOISA controla a la sociedad Concesionaria de Vías Irapuato Querétano S.A. en virtud de que tiene el 99% de la participación probada.
4. A folio 830, encuentra el observante que el miembro del proponente en cuestión declara que CONOINSA tiene una participación del 98% en la sociedad Desarrolladora de proyectos de Infraestructura S.A. y que ésta a su vez tiene el 99% en la sociedad ICA San Luis S.A., considerando que no se adjuntaron los documentos para verificar dicha situación de control. Adicionalmente, manifiesta el observante que no está acreditada la representación legal del señor FILIBERTO ORTIZ GALINDO como representante de la sociedad subordinada y de la concesionaria incumpliendo con lo descrito por el numeral 3.6.10. del pliego de condiciones.

INCO RESPONDE:

Como se puede ver de las certificaciones aportadas para probar experiencias en los cuatro proyectos antes descritos por el mismo observante, todas y cada una de ellas demuestra la situación de control por una o por varias de las alternativas autorizadas por el pliego de condiciones en el numeral 3.5.1., cláusula de la cual sin duda alguna, se puede colegir que otorgaba a los proponentes la oportunidad de demostrar su situación de control a través de las opciones descritas en aquel numeral de una manera alternativa cuando entre una y otra se impuso la expresión "o".

Ahora con respecto a la forma de acreditar cualquiera de las alternativas por parte de los representantes legales de las sociedades de control, las cuales están descritas en el pliego, el numeral 3.5.2., definió la forma de hacerlo, diciendo para ello, también de forma alternativa que, entre otras, "*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, certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas. (...).*"

Como se ve, el proponente ha cumplido a cabalidad con el texto del pliego de condiciones y por tanto no se acepta la observación.

Por todo lo anterior el proponente **CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL**, es calificado como **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 3. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A.

Mediante comunicación radicada en la entidad con el No 2010-409-015303-2, de fecha julio 7 de 2010, el proponente No 3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA S.A. dió respuesta a las observaciones realizadas por la entidad en el informe de evaluación publicado en el SECOP el 30 de junio pasado así:

- a. *"En relación (sic) con el contrato de promesa de sociedad futura, es necesario que el Representante Legal MATTEO BORDIN, suscriba el mismo toda vez que este carece de su rúbrica."*
- b. *"Debe aclararse la cláusula quinta de la Promesa de Sociedad Futura, en relación con el capital de la misma, en cuanto al patrimonio mínimo que tendrá la sociedad"*
- c. *"En relación con el poder de fecha 26 de abril de 2010, otorgado por el Representante legal del proponente Impregilo S.p.A a la abogada Isabel Cecilia Uribe Betancourt, dicha abogada no suscribió el poder por tanto carece de capacidad jurídica para representar al proponente en esta licitación."*

Respuesta del proponente:

- a- "De acuerdo con su solicitud y a pesar de lo establecido en el artículo 2.150 del código civil que expresamente consagra que la aceptación del mandato puede ser de forma tacita y no necesariamente debe ser expresa, situación que expondremos mas adelante en este mismo escrito, y solo con miras a que no se interprete como una negativa a atender las solicitudes nos permitimos adjuntar nuevamente el contrato de Promesa de Sociedad Futura con la rubrica del ingeniero Matteo Bordim en lo que se refiere a su aceptación de ser representante legal de la promesa de sociedad futura.

- b- De acuerdo con su solicitud, adjuntamos nuevamente le contrato de promesa de sociedad futura con la aclaración en cuanto al patrimonio mínimo que tendrá la sociedad en caso de ser adjudicataria.

- c- Respecto de la precisión realizada por la entidad, con relación a la supuesta falta de capacidad jurídica de la Dra. Isabel Cecilia Uribe para actuar en esta licitación por no haber aceptado el poder otorgado a ella consideramos pertinente citar a estos efectos el artículo 2150 del código civil que señala “El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita”. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato. En igual sentido se expresa el artículo 67 del código de procedimiento civil, aplicable por remisión del artículo 267 del código contencioso administrativo...”. Bajo este presupuesto normativo es evidente que no es necesario para efectos de reputarse perfeccionado el mandato o el poder, la aceptación expresa del mandatario, basta simplemente que actué o ejecute cualquier acto como apoderado del mandante para reputarse perfecto en cualquier momento.

Aclarado lo anterior, no vemos la necesidad de la precisión realizada por la entidad sobre este particular, aunado al hecho de la Dra. Isabel Cecilia Uribe, en esta licitación no ha obrado como apoderada de Impregilo S.p.A.

INCO RESPONDE

- a- Revisada por parte de la entidad la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA S.A. encontramos que efectivamente la misma se firmó por parte del señor Matteo Bordim apoderado de la firma Impregilo S.p.A.,
- b- En relación con el numeral quinto - *capital de la futura sociedad* – este fue corregido quedando subsanada la observación.
- c- Revisada la aclaración realizada por el proponente la entidad se mantiene en la posición señalada en el informe de evaluación preliminar, en cuanto a que la apoderada Dra. Isabel Cecilia Uribe, al no suscribir el poder no puede actuar como apoderada dentro del proceso, compartiendo eso si la precisión que la Dra. Uribe no ha obrado como apoderada dentro del proceso.

Por lo anterior esta propuesta se considera ADMISIBLE

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LOS PROPONENTES AL PROPONENTE No 3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A. PSF.

Como quiera que las observaciones y replicas presentadas por los proponentes fueron publicadas en la página del SECOP, revisadas y estudiadas por todos los proponentes, en este documento solamente haremos un resumen de las mismas así:

1. **Observación presentada por el proponente No 7 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S., radicada en la entidad con No 2010-409-015326-2 de julio 7 de 2010.**

- 1.1. Señala el proponente que 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.
- 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. Contrario a lo exigido en el pliego de condiciones numeral 5.2.8, los documentos que se encuentran en italiano se presentan traducidos por el señor Giorgio Gatti y Flavia Carissimi traductores que no son oficiales en Colombia, ni el cónsul colombiano señaló que dichas personas se desempeñaban como traductores oficiales en Italia.
- 1.3. Infraestructura concesionada S. A. INFRACON S.A. no suscribió la carta de presentación de la propuesta en debida forma, ya que el nombre y razón social de la sociedad referenciada en el enunciado según consta en el certificado de cámara de comercio obrante en 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.
- 1.4. Los Fondos de Capital Privado no tienen capacidad jurídica para contratar con el estado, ni cuentan con capacidad para constituir sociedades. El artículo 6 de la ley 80 de 1993, es claro en establecer que la capacidad para contratar con el estado esta circunscrita a las personas que de acuerdo con el ordenamiento jurídico sean consideradas legalmente capaces , y solo 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 ser reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de aquella la constituye la capacidad para contratar. La ley 80 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. Por consiguiente no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

Así las cosas, del artículo 6 de la ley 80 de 1993, 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 sujeto que, o no son personas, o que a pesar de ser personas, son incapaces, incluyendo aquellos incursos en causal de inhabilidad o incompatibilidad.

De acuerdo con lo dicho no obstante que 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 previsión no es suficiente para que en efecto dicha categoría de fondo 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 1993 y que por ende debe ser inaplicada.

Señala que además que los Fondos de Capital Privado no cuentan con capacidad jurídica para constituir sociedades, pues son una especie dentro del género de las carteras colectivas. Al respecto, el decreto 2175 de 2007, artículo definió que se entiende por carteras colectivas, "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 prescrita.

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 cosas bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades de la empresa o actividad social." En este mismo orden de ideas el artículo 110 del código de comercio señala:

La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: "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 derive 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 solo quienes gozan de personalidad jurídica tienen capacidad para celebrar contratos de sociedades 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 de agosto 20 de 2003 (reiterado con el oficio 220-000754 de 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 profesionales del derecho, a pesar de que dicha labor no ha sido asignada a la ley por dicha superintendencia se le sugiere en primer lugar un examen del contrato de sociedad, particularmente de los elementos particularmente de los elementos que le son propios, uno de ellos, la pluralidad de personas, condición esta 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.*

No obstante, con fundamento en el artículo 1233 del código de comercio, esta entidad ha expresado que pese a que el fiduciario tiene la propiedad de los bienes fideicomitidos, los mismos no se confunden 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 el mismo sujeto.” 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.

Lo anterior traería la inaplicación de las disposiciones del pliego de condiciones que contravengan la ley, situación que tiene sustento en providencias del consejo de estado, la ineficacia de pleno derecho establecida en la ley 80 de 1993, inciso segundo del literal (f) del numeral 5° del artículo 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.

Con fundamento en lo anterior, el hecho consiste 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 puede ser admitido como proponente, proceder en sentido contrario supondría que el pliego se atribuye la facultad de otorgarle capacidad jurídica sujetos no contemplados en el reconocimiento taxativo que realiza el artículo 6 de la ley 80 de 1993.

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 1993, 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 uno de ellos 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 tengan 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 el artículo 7 de la ley 80 de 1993, esto es , para fungir como extremo pasivo al que se le puede reclamar en virtud de la solidaridad, el cumplimiento total de las obligaciones.

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 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.

Así mismo, el proponente con radicado No 2010-409-015769-2 de fecha 13 de julio de 2010, señala que la promesa de sociedad futura Yuma S.A. no cumple con lo señalado en el artículo 119 y 110 del código de comercio ya que en el “artículo 25.- Nombramientos se dejaron (insertar) los nombramientos del Gerente General, Primer Suplante, Segundo Suplente.”

Nótese que el hecho de no haber indicado en la promesa de sociedad futura, el nombre de quien será el representante legal de la futura sociedad, implica que se omitió un requisito esencial de la misma y en este sentido deberá tenerse como no presentada.

Por lo demás hacemos notar a la entidad que este no es un requisito puramente formal, pues los representantes legales nombrados no tienen la facultad de suscribir el contrato de concesión, pues son representantes de los miembros del proponente mas no de la sociedad prometida. En relación con este particular el pliego de condiciones estableció en el numeral 3.3.1. (b) que las personas jurídicas deberán acreditar “la capacidad jurídica del representante legal para la presentación de la propuesta y para la suscripción del contrato”.

Es por lo anterior, que la omisión aquí referida implica necesariamente que la propuesta debe ser rechazada en los términos del numeral 7.6.4 del pliego de condiciones que establece “Cuando exista cualquier error u omisión en los documentos que acrediten la capacidad jurídica de los interesados.

Finalmente es importante señalar que la presentación de la promesa de sociedad (de fecha 1 de julio de 2010) constituye una adición o modificación de la propuesta con posterioridad al cierre de la licitación, circunstancia prohibida por la ley de contratación estatal.

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A., A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR TRES S.A.S RADICADO 2010-409-015326-2 DE FECHA 7 DE JULIO DE 2010

1.1. La Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura de Milán, a folios 32 a 52 se halla debidamente legalizados en Milán y con sello de apostille, tal y como consta en el reverso del folio 52. Así, la aparente falta de dicho sello se debe a la omisión de la copia del reverso de dicho folio. Por tal razón la solicitud de declaratoria de nulidad del documento de existencia y representación legal de Impregilo S.p.A. y el consecuente rechazo de la propuesta carece de todo fundamento.

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. La ley 455 de 1998, Por medio del cual se aprueba la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961 señala en su artículo 4 lo siguiente:

El certificado mencionado en el primer párrafo del artículo tercero será colocado en el documento mismo o en un otro, su forma será la del modelo anexo a la presente convención. Sin embargo podrá ser redactado en idioma oficial de la autoridad que lo expide. Los términos corrientes que aparezcan en dicho certificado podrán estar redactados también en un segundo idioma(...). La intervención de un gobierno extranjero que apostilla un documento en este caso una traducción significa que dicho gobierno está certificando la autenticidad de la firma del traductor y el título conforme al que actuó en dicha traducción así como si es del caso la indicación del sello que lleve el documento.

Por lo expuesto anteriormente y evidenciado que el documento de declaración jurada cumple y su correspondiente apostilla cumplen con lo exigido en el pliego de condiciones en el numeral 5.2.8. toda vez que la apostilla implica la autenticidad de la firma del traductor, así como la calidad en que este actúa, el extracto de los estatutos sociales de Impregilo S.p.A. su traducción realizada por Flavia Carissimi y legalización, son documentos adicionales que no aportan soporte suplementario sobre la capacidad jurídica de Impregilo S.p.A. su traducción realizada por Flavia Carissimi y legalización son documentos adicionales que no aportan soporte suplementario sobre la capacidad jurídica de Impregilo S.p.A. En tal sentido, consideramos que la observación no debe proceder, toda vez que la capacidad jurídica de Impregilo S.p.A. está debidamente acreditado a través de su documento de Cámara de Comercio, industria, artesanado y agricultura de Milan.

1.3 Con relación a la utilización del nombre completo de Infraestructura Concesionaria S.A., Infracon S. A., y no alguno de los dos por separado porque no tiene la sigla Infracon S. A., Por tanto la carta de suscripción de la propuesta no está debidamente suscrita porque la suscribe Infracon S.A.

Sea lo primero manifestar que esta observación carece de todo fundamento, pues la Sociedad Infraestructura Concesionada S.A. INFRACON S.A., es una sociedad determinada y válidamente existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folio 106 de la propuesta. de la lectura del mismo es absolutamente legible que Infracon S. A. es la misma persona jurídica que Infraestructura Concesionada S.A. y determina que Carlos Eduardo Vergara Emiliani es uno de sus representantes legales. Así mediante la carta de presentación y de los demás documentos acompañados por el certificado de existencia y representación legal se identificó plenamente a la sociedad, y obviamente suscribió adecuadamente la carta de presentación de la propuesta.

Existen varias formas de identificar una persona jurídica, bien sea por su nombre comercial o denominación social, una sigla, el número de identificación tributaria (NIT), el número de matrícula mercantil o el Registro Único Tributario (RUT).

De acuerdo con lo anterior, se tiene que no hay lugar para que se genere confusión o duda alguna respecto del hecho que cuando en cualquier documento de la propuesta presentada por mi representada se hace alusión a Infracon o Infracon S.A. se está haciendo alusión única y exclusivamente a Infraestructura Concesionada S.A. Infracon S.A. siempre que, como ha quedado visto, habiendo sido así identificada en la Promesa de Sociedad Futura, y siendo está absolutamente identificable a través de los números que legalmente le han sido asignados como identificación por las autoridades competentes Colombianas. Por lo anterior resulta absolutamente claro que la observación formulada por el proponente carece de todo sustento y por lo anterior no está llamada a prosperar.

1.4. No es cierto que los Fondos de Capital Privado (FCP) no tengan capacidad para contratar con el estado, pues como es bien sabido, los FCP, si bien no pueden por sí mismos concurrir a la celebración de un contrato o acto jurídico, si lo pueden hacer a través de la sociedad administradora que lleva la vocería a través de la sociedad administradora que lleve la vocería del respectivo FCP.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la ley puede permitir la conformación de distintos tipos de patrimonios autónomos a efectos de una finalidad específica, según se determine en la misma ley y en el acto de constitución de dicho patrimonio.

Si bien los patrimonios autónomos no gozan de personalidad jurídica, nadie duda de su participación en innumerables relaciones jurídicas y económicas. Sobre el concepto de los patrimonios autónomos y su participación en los actos jurídicos, la corte suprema ha sostenido:

“Empero, la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente”.

“Esos son los llamados en la doctrina los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica, y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a una gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de

inocultable utilidad socioeconómica, la cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversia o litigios.”

“Ahora bien, que sea autónomo el patrimonio que se integra a propósito de la constitución de una fiducia mercantil-como igual puede ocurrir con otras especies del mismo, y que no tenga personalidad jurídica no significa a su vez que no está al frente de él ninguna persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente (---), lo cual significa, ni más ni menos, que quién como persona jurídica ostenta esa calidad, es quién se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo, al cual, desde esa perspectiva, no le falta entonces un sujeto titular del mismo así lo sea de un modo muy peculiar.”

Igualmente, es importante tener en cuenta el decreto 1049 de 2006, mediante el cual se precisó que no obstante los patrimonios autónomos no son personas jurídicas sí pueden ser titulares de derecho y contraer obligaciones derivados de los actos y contratos celebrado y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico ha configurado como un patrimonio autónomo al vehículo denominado “cartera colectiva” género dentro del cual se encuentra la especie de Fondo de Capital Privado. Como bien lo indica el artículo 1° del decreto 2175 de 2007 los Fondos de Capital Privado deben ser administrados por una sociedad administradora que debe ser exclusivamente (i) una sociedad fiduciaria, (ii) una sociedad comisionista de bolsa o (iii) una sociedad administradora de inversión. De ahí que igualmente se establezca en el artículo 3° del decreto 2175 que estos Fondos de Capital Privado tienen la naturaleza de ser un patrimonio segregado, en el sentido en que los activos que forman parte del respectivo FCP constituyen un patrimonio independiente y separado de los activos propios de la sociedad administradora y de aquellos que esta administre en virtud de otros negocios.

En consecuencia, si bien los FCP no son considerados como personas jurídicas propiamente dichas, ello no implica que estos no puedan ejecutar actos jurídicos u obligarse en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993, así como de responder por el cumplimiento total de las obligaciones contractuales y fungir como extremo pasivo en una reclamación de índole jurídica o extrajudicial, pues precisamente en razón de ello el decreto 2175 dispone que deben ser administrados por una sociedad administradora, que conforme al artículo 51 del mencionado decreto tiene como función aquella de invertir los recursos de la cartera colectiva, así como la cumplir a cabalidad con los demás aspectos necesarios para la adecuada administración de la cartera colectiva.

Las anteriores consideraciones ponen de presente que, no se trata de que el numeral 3.2 del pliego de condiciones pretenda introducir una habilitación a sujetos que no gozan de personalidad jurídica, como los FCP, pues dado que quien actúa como su vocero es la respectiva sociedad administradora, si se presentan las condiciones que exige el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 para contratar con el Estado, en la medida que la respectiva sociedad administradora sí es un sujeto admisible como sujeto activo o pasivo en las relaciones jurídicas y tiene el poder para ser titular de obligaciones.

LA Superintendencia Financiera ha reconocido diversas modalidades de participación de los FCP en empresas y proyectos y no las considera taxativas, además señala la posibilidad de tener parte en una sociedad o ser socio, de forma tal que queda claro que los FCP tiene como objetivo precisamente hacer parte de diferentes sociedad y ser socio de éstas, lo cual debe realizar, como quedó dicho, por conducto de la sociedad administradora. De no ser así, sencillamente se desdibuja la figura de los FCP, en la medida en que la operación de estos vehículo se alejará de objeto, naturaleza y desarrollo de éste tipo de vehículos tanto a nivel nacional como internacional dado que la participación de estos en empresas, es la parte central y más importante de su actividad de inversión.

De acuerdo con lo anterior, y en atención a lo previsto en los Pliegos de Condiciones y el interés del Estado de obtener la participación de los diferentes Fondos de Capital Privado, en las sociedades concesionarias, la observación del proponente no debe proceder.

INCO RESPONDE

- 1.1. El pliego de Condiciones en relación con los documentos otorgados en el exterior señala *“Apostilla – Cuando se trate de documentos de naturaleza pública otorgados en el exterior de conformidad con lo previsto en la ley 455 de 1998, no se requerirá del trámite de consularización...”*
Revisado el certificado de Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura de Milán, que reposa a folio 52 anverso, se observa el original del sello de apostilla de este documento, el cual señala Apostille Convención de la Haya de fecha 5 de octubre de 1961. País Italia El presente acto público ha sido firmado por A COLOMBO en calidad de Notario de Milán, con el sello timbre de notaria. Legalizado en Milán el 31 de marzo de 2010 por el despacho del Ministerio Público bajo el número 5814. Sello timbre y Sello en húmedo de la Procuraduría de la República y el tribunal ordinario de Milán. Firma ilegible de la Dr. Francesco Cajani. Sustituto Procurador de la República.
Por lo anterior, la entidad considera que este Certificado de Cámara de Comercio cumple con lo señalado en el Pliego de Condiciones (iii) Documentos otorgados en el exterior (2).
- 1.2. *Revisados los documentos allegados por el proponente en idioma extranjero observamos que el certificado de cámara de comercio se presenta en idioma italiano y allega su correspondiente traducción oficial realizada por el señor Giorgio Gatti, traductor e intérprete oficial autorizado mediante resolución No 1474 de Mininterior y Justicia. Adicionalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores por intermedio del jefe de legalizaciones en Bogotá señala que la firma del señor Giorgio Gatti No 016134 que aparece en el documento desempeña las funciones indicadas.*
En relación con los estatutos sociales de la empresa, estos son traducidos del italiano al español por un traductor oficial Italiano inscrito en el Tribunal de Milán, el cual se encuentra debidamente apostillado bajo el número 16345.
- 1.3. Revisado el Certificado de Cámara de Comercio allegado a folio 106 se observa que el nombre utilizado por la empresa que forma parte de la Promesa de sociedad futura YUMA CONCESIONARIA S.A., es INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A. INFRACON S.A. y que su representante legal y gerente es el señor Carlos Eduardo Vergara Emiliani. Dicha sociedad es válidamente existente en Colombia ya que se encuentra inscrita en la Cámara de Comercio Así mismo se revisa el acta de reunión de junta directiva extraordinaria de INFRACON S.A., en la cual se utiliza el nombre de INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A. INFRACON S.A.
- 1.4. El pliego de condiciones en su numeral 3.2 señala que podrán participar en la presente Licitación y presentar propuesta (i) personas jurídicas, civiles o comerciales, nacionales o extranjeras de naturaleza pública, mixta privada, (ii) personas naturales, nacionales o extranjeras y (iii) Fondos de Capital Privado, todos los anteriores ya sea de manera individual o bajo estructuras plurales a través de consorcios, uniones temporales, promesa de sociedad futura, SPV o cualquiera otra forma de asociación.

En relación con los Fondos de capital privado entraremos a analizar la participación de los mismos así:

- Un Fondo de Capital Privado se considera un patrimonio autónomo y goza de las características que estos tienen, Es decir si bien la ley no les otorgó personalidad jurídica, si hacen parte por medio de una persona jurídica esto es a través de una sociedad administradora, a través de la cual el

patrimonio autónomo ejerce derechos y cumple obligaciones en razón del cargo asumido por la sociedad administradora como vocera del FCP.

- El Decreto 2175 de 2007, ha configurado como un patrimonio autónomo al vehículo denominado Cartera Colectiva dentro del cual se encuentran los Fondo de Capital Privado siendo este un vehículo de inversión especialmente diseñado según la normatividad vigente y el perfil de sus inversionistas, administrado por un equipo profesional, con el fin de realizar inversiones de capital en empresas.
Bajo el modelo de fondo de capital privado existen vehículos de inversión con fines de fomento como el desarrollo de determinada industria o el fortalecimiento de un segmento empresarial.
- El Decreto 2175 de 2007 *“por el cual se regula la administración y gestión de las carteras colectivas”* señala en su artículo 80 *“que los fondos de capital privado a que se refiere el presente título solo podrán ser administrados por sociedades comisionistas de bolsa de valores, sociedades fiduciarias y sociedades administradoras de inversión”*.
- De lo anterior se colige que un fondo de capital privado como tal debe ser administrado por una de las anteriores sociedades, que al ser esta una persona jurídica tiene la capacidad para celebrar contratos de sociedad y por mandato legal tiene la representación legal del mismo.
- Los actos jurídicos que puede celebrar la Sociedad Administradora como vocera están delimitados por el reglamento del Fondo de Capital Privado, el cual es depositado y revisado por la Superintendencia Financiera. Así pues la sociedad administradora como vocera del Fondo de Capital Privado funge como contratante en cualquier tipo de acto jurídico afectando exclusivamente los bienes que componen el fondo de Capital Privado.
- Si bien los Fondos de Capital Privados, no ostenta la calidad de persona, no puede discutirse la calidad de persona de las sociedades administradoras que llevan la vocería del Fondo de Capital Privado, y cuyo propósito y objetivo es precisamente servir a tal patrimonio autónomo como vocera de forma tal que pueda actuar en nombre propio, pero por cuenta del respectivo Fondo de Capital que administre. No existe ningún impedimento jurídico para que la sociedad administradora de un Fondo de Capital privado en calidad de vocera de dicho fondo, participe en la constitución de una sociedad, y aparezca como titular de un porcentaje de sus acciones, actuando en calidad de vocera o administradora del Fondo por cuya cuenta se celebre el respectivo acto jurídico, tal como se ha realizado en los documentos suscritos en la propuesta presentada bajo esta licitación.
- Para el caso que nos ocupa la sociedad FIDUCOR S.A., ostenta la condición de sociedad administradora del FONDO DE CAPITAL PRIVADO RUTA DEL SOL, razón por la cual allega certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el cual se señala como representante legal de FIDUCOR S.A. al señor Carlos Ernesto Chaves.
- Finalmente podemos concluir que la capacidad legal para contratar del Fondo de Capital Privado Ruta del Sol la ostenta la sociedad administradora de dicho fondo, la cual allegó en debida forma la documentación requerida.

Es importante señalar al observante que este proceso de contratación conto con una Audiencia de Aclaración de Pliegos, estadio en el cual se habría podido presentar a discusión con la entidad (el estructurador) esta observación, no siendo este el momento de discusión de la misma.

2. Observación presentada por el Proponente No 4 Concesión Vial del Caribe S.A.S al Proponente No 3 y radicada en la entidad con el No 2010-409-015321-2 de julio 7 de 2010.

2.1 Los apoderados o representantes legales del proponente YUMA CONCESIONARIA S.A. PSF no cuentan con capacidad en los términos del pliego de condiciones, ya que no fueron investidos al momento del otorgamiento del respectivo poder mediante la suscripción del contrato de promesa de sociedad, de tal facultad específica y especial relacionada con la suscripción del contrato de concesión.

El pliego dispone que la suscripción del contrato de concesión estará a cargo de quien se designe como representante legal de la sociedad una vez se encuentre constituida sin embargo los firmantes omitieron designar al representante legal de la sociedad prometida que una vez constituida será la encargada de suscribir el contrato de concesión.

Sin perjuicio de indicar que la ausencia de designación del representante legal de la sociedad que se promete constituir es un requisito esencial para la validez del contrato de promesa y, por lo tanto, insubsanable, en la medida en que el contrato de promesa no contiene todos los elementos requeridos para la validez del contrato prometido, tal como exigen el ordinal (iv) literal (b) del numeral 3.3.4. del pliego y el estatuto mercantil en los artículos 110 y 119, lo cierto es que la insubsanabilidad de tal deficiencia identificada en la propuesta deviene del hecho de la incapacidad del proponente en la licitación en la medida en que no se ha acreditado ante el INCO quien será el Representante Legal de la sociedad prometida y por tanto no se ha acreditado la capacidad para suscribir el contrato de concesión, así lo exige el pliego de condiciones en su numeral 3.3.5. Apoderados (a) Los interesados y proponentes podrán presentar propuesta directamente o por intermedio de uno o varios apoderados, evento en el cual deberán anexar con la propuesta el poder correspondiente, que debe otorgar al (los) apoderado (s) de manera clara y expresa facultades amplias y suficientes para actuar obligar y responsabilizar a todos y cada uno de los interesados y/o proponentes en el trámite de la licitación, y en la suscripción del contrato de concesión.

El apoderado podrá ser persona natural o jurídica, pero en todo caso deberá tener domicilio permanente para efectos de este pliego en Colombia, y deberá estar facultado para representar conjuntamente al interesado y/o proponente a todos los integrantes del interesado o estructura plural, a efectos de adelantar en su nombre de manera específica (i) Presentar propuesta en desarrollo de la licitación. (ii) Dar respuesta a los requerimientos, (iii) Recibir las notificaciones a que haya lugar dentro del proceso de licitación. (iv) En el caso de consorcio o uniones temporales suscribir en su nombre y representación el contrato de concesión. En el caso de una Promesa de Sociedad Futura SPV u otra forma de asociación permitida en Colombia, la suscripción del contrato de concesión estará a cargo de quien se designe como representante legal de la sociedad, una vez se encuentre esta constituida o de la forma asociativa permitida por las leyes de que se trate. En otras palabras al no haberse designado al representante legal de la sociedad prometida, y al no existir la facultad de suscribir el contrato por parte de los apoderados comunes de los integrantes del proponente plural, resulta que no existe respecto del proponente YUMA CONCESIONARIA S.A. PSF la capacidad acreditada de suscribir el contrato de concesión por parte de los apoderados razón por la cual la propuesta debe ser rechazada.

2.2 El proponente presenta deficiencias en la Promesa de sociedad Futura, pues no determina de forma precisa la fecha en que habrá de constituirse la sociedad prometida y se limita simplemente a expresar que la sociedad se constituirá *“a mas tardar el 10º día hábil contado a partir...”*

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A., A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE RADICADO 2010-409-015321-2 DE FECHA 7 DE JULIO DE 2010

2.1) La promesa de sociedad futura no cumple con la legislación mercantil por no haber establecido la fecha cierta de la constitución de la sociedad después del cumplimiento de la condición.

Para dar respuesta la observación señalada, es preciso indicar que en la promesa de sociedad futura de Yuma Concesionaria S.A.S se estableció en el artículo 1 que *“La constitución de la sociedad mercantil prometida con este documento se sujetará únicamente a la condición de que la propuesta presentada por la PSF Yuma Concesionaria resulte favorecida con la adjudicación de la licitación”*. A continuación se indicó que: *“En todo caso, el contrato de sociedad prometido se elevará a escritura pública en la Notaría 16 de Bogotá el décimo “10°” día hábil contado a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación a las 3 de la tarde.”*

Del texto antes transcrito se verifica de manera precisa y clara el cumplimiento de la norma en cuanto a la fijación de una fecha para la constitución de la sociedad simplemente sujeta a la adjudicación de la licitación-requisito obvio- y al transcurso de un plazo cierto de tiempo. No existe incertidumbre ni falta de determinación en relación con la fecha en que se constituirá la sociedad en el evento en que resulte adjudicataria en el proceso de licitación.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha establecido en diversas ocasiones que para la validez de la promesa de contrato ésta debe contener *“un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato”*. Adicionalmente la Corte ha indicado que *“debe tenerse presente que en este punto lo primordial o subordinante es el señalamiento de la época y que lo instrumental es el plazo o condición que sean adecuados para precisar tal época”*.

En la propuesta presentada ante el INCO se indicó claramente que la sociedad se constituiría a más tardar el décimo día hábil siguiente a la fecha en la que se adjudique el contrato. Se trata sin duda de un término claramente determinado que en ningún caso genera que la constitución de la sociedad penda del acaecimiento de un hecho incierto o indeterminado. Con base en lo anterior, es claro que la manera en la que estructuró la propuesta y particularmente la promesa de sociedad futura, cumple con la legislación Colombiana tanto en relación con la normatividad sobre promesa de contrato/sociedad y la fijación del término o época en la cual se debe proceder a su constitución.

De lo anterior, es absolutamente claro de manera categórica que la promesa de sociedad futura de Yuma Concesionaria cumple con lo exigido en el Pliego de Condiciones.

2.2) Los apoderados- representantes legales- del proponente Yuma Concesionaria S.A.PSF no cuentan con capacidad para suscribir el contrato de concesión en los términos del Pliego de Condiciones de la licitación, condición insubsanable.

Consideramos importante señalar que el proponente de manera discrecional en aras de generar una interpretación equivocada de los pliegos, confunde los requisitos y exigencias previstos para los consorcios y uniones temporales respecto de su representante legal de aquellos exigidos para las PSF respecto de su apoderado, que además valga precisar, difiere sustancialmente del representante legal de la sociedad prometida.

EL Pliego de Condiciones respecto a los apoderados representantes legales comunes de la PSF, distinto del representante legal de la sociedad prometida exige que:

Ordinal (ii) del literal b del numeral del 3.3.4 acreditar el nombramiento del representante legal 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.(...).

A su vez, el numeral 3.3.5 del Pliego de Condiciones establece:

“ El apoderado podrá ser una o varias personas naturales o jurídicas, pero en todo caso deberán tener domicilio permanente para efectos de este pliego en la República de Colombia, y deberán estar facultados para representar conjuntamente al interesado y/o proponente o a todos los integrantes del interesado o estructura plural, a efectos de adelantar en su nombre de manera específica las siguientes actividades (i) presentar propuesta en desarrollo de la presente licitación; (ii) dar respuesta a los requerimientos y aclaraciones que solicite el INCO en el curso del proceso licitatorio; (iii) recibir las notificaciones a que haya lugar dentro del proceso licitatorio, incluyendo la del acto administrativo de adjudicación; (iv) en el caso de consorcio o de unión temporal, suscribir en su nombre y representación el contrato de concesión. En el caso de una Promesa de Sociedad Futura u otra forma de asociación permitida en Colombia la suscripción del contrato de Concesión estará a cargo de quien se designe como representante legal, de la sociedad, una vez se encuentre está constituida, o de la forma asociativa permitida por las leyes de que se trate.”

De las anteriores previsiones contractuales se desprende que el apoderado de la promesa de sociedad futura sólo puede comprometer al proponente hasta la constitución de la sociedad prometida y quien tiene la facultad para suscribir el contrato de concesión será el representante legal de la que sociedad, que se designe una vez se encuentre constituida la sociedad.

Entonces es claro, que lo requerido por el INCO en los Pliegos de Condiciones se cumplió a cabalidad por la PSF Yuma Concesionaria S.A al establecer expresamente en la promesa de sociedad futura numeral 7 representante legal. (...).

Como se evidencia, esta cláusula cumple con lo expresamente exigido en el numeral 3.3.4 del Pliego de Condiciones.

INCO RESPONDE

2.1. En relación con la observación referente al incumplimiento por parte de la Promesa de Sociedad Futura de establecer en ella la fecha cierta de constitución de la sociedad, no se ajusta a la realidad ya que el contrato de sociedad se elevará a escritura pública en la Notaría 16 de Bogotá, a más tardar al decimo (10°) día hábil contado a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación a las 3.00 pm.

2.2 Revisada la Promesa de Sociedad Futura se observa que en la cláusula séptima se designan los representantes legales para que obren conjunta y/o separadamente, y dentro de las facultades que se otorgan está la de constituir una sociedad mercantil del tipo de las anónimas que tenga como objeto la celebración y ejecución del contrato de concesión.

Es decir, que dentro de la promesa de sociedad futura que allegan se está otorgando facultades para constituir una sociedad mercantil del tipo de las anónimas que tenga como objeto la celebración y ejecución del contrato de concesión.

Señala el pliego de condiciones en su numeral 3.3.2. numeral (iv) que las personas naturales extranjeras sin residencia en Colombia y las personas jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia, deberán acreditar un apoderado domiciliado en Colombia, debidamente facultado para presentar la propuesta, participar y comprometer a su representado en las diferentes instancias de la licitación, suscribir los documentos y declaraciones que se requieran, así como el contrato, suministrar la información que le sea solicitada y demás actos necesarios de acuerdo con el pliego de condiciones.

El poder otorgado por el Administrador delegado de Impregilo S.p.A. señor Alberto Rubegni, a los señores Mateo Bordim y Carlos Umaña, cumple con lo señalado en el pliego de condiciones y observa entre otras facultades la de suscribir el contrato de concesión. Es importante resaltar, que

dichos apoderados también son los representantes legales en la Promesa de Sociedad Futura Yuma Concesionaria S.A.

3 Observación presentada por el Proponente No 6 Vías de Colombia S.A.S Promesa de Sociedad Futura al Proponente No 3 y radicada en la entidad con el No 2010-409-015425-2 de julio 7 de 2010.

3.1 Observaciones sobre requisitos generales - Requisitos de la Promesa de Sociedad Futura – Exigencia del Pliego de Condiciones.

El numeral 3.3.4. Establece los requisitos de las promesas de sociedad futura en los siguientes términos:

3.3.4. Estructuras Plurales. (...) *La presentación de la propuesta por parte de estructuras plurales, deberá sujetarse a las siguientes condiciones (...)*

(b) Promesa de sociedad futura: Para participar bajo esta forma de asociación deberán cumplirse los siguientes requisitos:

(iv) 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 consígnen los acuerdos que den cuenta de lo pertinente, con el cumplimiento de los requisitos previstos en tales incisos y del 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 este que en todo caso, deberá permitir el cumplimiento de los plazos máximos establecidos en el numeral 7.3 de estos pliegos.

Documentos de la propuesta

En la PSF no está la forma de liquidar la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10) del artículo 110 del Código de Comercio.

En la PSF no está determinado el plazo para constituir la sociedad una vez expedida la resolución de adjudicación del contrato de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 del Código de Comercio.

Petición:

Se solicita tener por no acreditada la forma de asociación del proponente por no cumplir la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 119 del Código de Comercio que remite expresamente al artículo 110 de la misma norma.

3.2. Observaciones sobre Reciprocidad.

A folio 612 de la propuesta, el proponente acompaña una certificación suscrita por el señor Embajador de Colombia en Italia el 12 de abril de 2010, en la que señala: *“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”.*

Teniendo en consideración lo previsto en la Ley 816/03, así como las opiniones legales de los Ministerios de Comercio Exterior y Relaciones Exteriores han emitido sobre el alcance de esta disposición, comedidamente se solicita INCO que formule consulta a los referidos Ministerios a fin de verificar con base en cual ley Italiana o tratado o convenio suscrito entre Colombia e Italia, se puede afirmar que los bienes y servicios colombianos reciben trato nacional en Italia. No de otra manera se podría verificar que la certificación expedida cumple con la Ley 816/03, tal como ya lo ha hecho y

decidido el INCO en otros procesos licitatorios, incluyendo el anterior que resulto fallido sobre el proyecto Ruta del Sol.

Petición:

Mientras no se acredite la reciprocidad en los términos de legislación nacional italiana, convenciones o tratados en las condiciones establecidas por la normatividad internacional vigente, se solicita no hacer el reconocimiento de puntuación de reciprocidad de que trata el literal (v) del numeral 3.3.2 del pliego para el Proponente Impregilo S.p.A.

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A., A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE VIAS DE COLOMBIA S.A.S PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RADICADO 2010-409-015425-2 DE FECHA 7 DE JULIO DE 2010.

3.1. Señala el proponente que en la promesa de sociedad futura no se establece la forma de liquidar y no se establece el plazo para constituir la sociedad.

En relación con el tema planteado en el citado comentario, es importante mencionar que las causales de disolución y liquidación de las sociedades comerciales establecidas en la ley- artículos 218 y 457 del Código de Comercio- son de obligatorio cumplimiento para todas las sociedades por ser normas de orden público.

Adicionalmente, la Superintendencia de Sociedades en relación con el artículo 218 del Código de Comercio ha indicado que dicho artículo es aplicado a todas las sociedades comerciales, prevé entre otras cosas las causales propias para cada tipo de sociedad y en su numeral 5 deja en libertad a los asociados de consagrar en los estatutos, las causales de disolución que a bien tengan de donde se concluye que las mismas no son taxativas en la medida en que se pueden estipular otras causales a voluntad de los asociados y ser de obligatorio cumplimiento, pues el contrato es Ley para las partes.

En este sentido, si mi representada no tenía la intención de incluir causales de disolución adicionales a las incluidas en la ley, le bastaba como en efecto lo hizo, hacer referencia en el Código de Comercio en relación con este particular asunto. En efecto, en la PSF, en los artículos 18 y 19, de los estatutos se realizó la referencia y remisión a la normatividad vigente en materia de disolución y liquidación de sociedad al establecer que la sociedad se disolverá por las causales que la ley establezca de manera general y de manera particular para las sociedades anónimas.

Por otra parte y con el propósito de ratificar lo anteriormente descrito, en el artículo 26 de los estatutos, denominado "Normas supletivas", se indica que en lo no previsto en los estatutos se aplicará lo dispuesto en el código de comercio, las exigencias del pliego de condiciones y las demás normas que lo adicionan o modifiquen.

Por ello reiteramos que es absolutamente claro de manera categórica que la PSF de Yuma Concesionaria S.A cumple con lo exigido en la Ley.

3.2) Reciprocidad: El proponente señala que no se debe obtener la puntuación respectiva, toda vez que no se demostró la ley o tratado por medio del cual Italia otorga el mismo tratamiento a los nacionales Colombianos.

Este proponentes confunde lo previsto en la Ley sobre acreditación de la reciprocidad para ello solicitamos remitirse a lo señalado en este documento en el numeral 1.4. De lo expuesto, se concluye que la certificación presentada por Yuma Concesionaria S.A PSF cumple con los requisitos previstos en la ley y en el Pliego de Condiciones, y por lo tanto Italia, para efectos de esta licitación, cumple con este requisito.

INCO RESPONDE

3.1 El proponente en su Promesa de Sociedad Futura artículos 18 y 19 señala como se realizará la liquidación de la sociedad refiriéndose así: *"La sociedad se disolverá por las causales que la Ley establece de manera general para todas las sociedades comerciales, por las especiales que la ley mercantil señala para la sociedad anónima."*

Así mismo la Promesa de Sociedad Futura en el párrafo del artículo primero señala que una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad dentro de los plazos máximos establecidos en los pliegos de condiciones el representante legal de la sociedad concesionaria suscribirá el contrato de concesión con la entidad contratante. En todo caso el contrato de concesión prometido se elevará a escritura pública en la Notaria 16 de Bogotá a más tardar el décimo (10°) día hábil, contado a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación a las 3.00 de la tarde.

3.2 En relación con el concepto de reciprocidad, se entiende que es el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a sus condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

El pliego de condiciones en su numeral 3.3.2. (v) *"La reciprocidad se aplica para aquellos proponentes e integrantes de estructuras plurales extranjeros que deseen el tratamiento de proponente nacional. Las sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia... recibirán el mismo tratamiento que los nacionales, siempre que exista un acuerdo, tratado o convenio entre el país de su nacionalidad y Colombia en el sentido de que las ofertas de servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público."*

"En el supuesto de no existir los mencionados acuerdos, el proponente (...) 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."

En consecuencia, no se acepta la observación hasta tanto se reciba respuesta en contrario por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, al cual se elevó consulta al fin de que emitan concepto sobre la certificación de reciprocidad emitida por la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Italia, en relación con el trato nacional en las compras estatales, en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de contratos.

4 Observación presentada por el Proponente No 2 Consorcio Vías de la Competitividad al Proponente No 3 y radicada en la entidad con el No 2010-409-0153142-2 de julio 7 de 2010.

4.1 A folio 127 a 132 se evidencia la omisión de la aceptación de facultades conferidas a Isabel Uribe Betancurth, en razón a que no firmó el poder aportado, tal como lo regla el pliego de condiciones, en su numeral 3.3.4. literal (b) cláusula (ii).

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A., A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE VIAS DE LA COMPETITIVIDAD DE RUTA DEL SOL RADICADO 2010-409-015314-2 DE FECHA 7 DE JULIO DE 2010

4.1 En relación con la omisión de la aceptación de facultades conferidas a Isabel Uribe Betancourt, en razón a que no firmó el poder aportado dentro de la propuesta, señala que no se ha cumplido con lo previsto en el numeral 3.3.4. del Pliego de Condiciones, que expresamente se refiere es al requisito que se debe cumplir para los apoderados o representantes legales de la promesa de sociedad futura. En consecuencia la Dra. Uribe obra como apoderada de Impregilo S.p.A. y en ningún momento en calidad de representante legal o apoderada de la Promesa de Sociedad Futura.

Aclarado lo anterior reiteramos nuestro escrito con radicado INCO no 2010-409-015303-2 de 7 de julio de 2010.

INCO RESPONDE

4.1. Revisada la aclaración realizada por el proponente la entidad se mantiene en la posición señalada en el informe de evaluación preliminar, en cuanto a que la apoderada Dra. Isabel Cecilia Uribe, al no suscribir el poder no puede actuar como apoderada dentro del proceso, compartiendo eso si la precisión que la Dra. Uribe no ha obrado como apoderada dentro del proceso.

5 Observación presentada por el Proponente No 5 Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. al Proponente No 3 y radicada en la entidad con el No 2010-409-015331-2 de julio 7 de 2010.

5.1 Téngase en cuenta la misma observación hecha por el proponente Zona 3 Ruta del Sol PSF, en lo relacionado con las sociedades anónimas.

En el literal b) del numeral 3.3.4 del pliego de condiciones se establece que para participar bajo esta forma de asociación se debe dar cumplimiento a los siguientes requisitos:

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

(vii) adicionalmente, en el caso que se presente una propuesta bajo la modalidad de Promesa de Sociedad Futura, el proponente deberá tener en cuenta que, en caso de resultar Adjudicatario los accionistas o socios podrán enajenar su participación en la sociedad concesionaria, siempre y cuando tal enajenación sea aprobada por escrito por el INCO, de manera previa, si el adjudicatario llegará a enajenar la participación accionaria sin autorización previa del INCO, dicha enajenación será considerada como causal de terminación anticipada del contrato. Los fondos de capital privado no estarán sujetos a esta limitación siempre que hayan efectuado los desembolsos a los que se comprometan en los términos de la participación que hayan acordado.”

En este orden de ideas, el proponente que se presente a la licitación por medio de un contrato de promesa de constitución de sociedad futura deberá seleccionar el tipo de societario que mas se adecue a sus intereses y a los intereses de la sociedad contratante, en este caso el proponente opto por la sociedad anónima regulada ampliamente por los artículos 373 y subsiguientes del código de comercio-

El pliego de condiciones establece que las acciones no se podrán ceder, lo que corresponde a limitar la enajenabilidad de las acciones circunstancia que en el caso de la sociedad anónima esta prohibida por la ley, puesto que este tipo societario no permite ninguna limitación a los accionistas para ceder sus acciones, y por mandato legal cualquier clausula en este sentidos se tendrá por no escrita. Por lo tanto el proponente YUMA CONCESIONARIA S.A. PSF no cumple con lo exigido por los pliegos de condiciones y en consecuencia debe ser declarado no admisible.

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A., A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. RADICADO 2010-409-015331-2 DE FECHA 7 DE JULIO DE 2010.

5.1. El Proponente señala que a la sociedad que resulte del cumplimiento de la Promesa de Sociedad Futura le esta prohibido limitar la enajenabilidad de las acciones, al incluir una de las obligaciones contenidas en el numeral (viii) del literal b) del numeral 3.3.4. de los pliegos de condiciones y la sección 19.10 de la minuta del contrato de concesión para sector 3, en los que se establece que los accionistas de la sociedad concesionaria podrán siempre y cuando tal enajenación sea aprobada por escrito por el INCO, de manera previa, so pena de terminación anticipada del contrato.

La observación carece de fundamento ya que el pliego de condiciones es claro al permitir la posibilidad de escoger la forma asociativa que mas se ajuste a sus intereses respecto del desarrollo del contrato objeto de la licitación.

El pliego de condiciones en el literal b) del numeral 3.3.4. permite a los proponentes presentarse a la Licitación a través de Promesa de Sociedad Futura, sin especificar un tipo societario determinado, y mucho menos excluyendo el tipo societario de la sociedad anónima, de lo cual se colige que no excluyeron ninguno de los tipos que permite la legislación Colombiana.

Adicionalmente, cabe resaltar que el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 también es amplio en cuanto a las opciones asociativas que pueden escoger los proponentes en un proceso de contratación pública, señalando que los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas y se deberá indicar con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente.

Que ni la ley ni los pliegos limitan la posibilidad de que un proponente participe en una licitación pública a través de una sociedad anónima. Ahora, en cuanto a la restricción que imponen los Pliegos de Condiciones respecto de la enajenabilidad de las acciones, es claro que esta es una restricción de naturaleza contractual y no lega y estatutaria y por tanto se constituye es un obligación de no hacer para el contratista y su incumplimiento radica precisamente en la terminación del contrato de concesión anticipadamente.

Por otro lado, nos sorprende que el proponente haya hecho esta observación cuando es de se pleno conocimiento, la sociedad anónima ha sido una forma asociativa común en los contratos de asociación de concesionarios adjudicatarios de contratos con el Estado en los que se incluyen este tipo de restricciones de enajenabilidad de las acciones, esto no sólo indica nuevamente que su pacto deviene de una obligación del contrato sino que la sociedad anónima, ha sido una forma asociativa aceptada por las entidades contratantes.

INCO RESPONDE

5.1. La ley 80 de 1993, señala como formas de asociación el Consorcio, la Unión Temporal y la Promesa de Sociedad Futura. El pliego de condiciones no limita los tipos de sociedades que pueden escoger los proponentes, para participar en los procesos, siempre buscando escoger el tipo de sociedad que permita un adecuado cumplimiento de las obligaciones del contrato.

El pliego de condiciones no contempla que las acciones no se podrán ceder como lo manifiesta el proponente Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S en su observación al informe de evaluación, por el contrario el numeral 3.3.3. literal (b) (viii) *“... en caso de resultar adjudicatario, los accionistas o socios podrán enajenar su participación en la sociedad concesionaria siempre y cuando tal enajenación sea aprobada por escrito por el INCO”. Valga referir el principio general de libertad de enajenación para accionistas o socios, no se restringe en materia alguna, por la condición de aprobación o autorización previa del INCO, porque a esta exigencia del pliego de condiciones se han acogido todos los proponentes, en el entendido que este (pliego) es ley para las partes, y específicamente para el evento de Promesa de Sociedad Futura, se entiende que sus socios por voluntad expresa, o sus accionistas mediante clausula estatutaria, acepten la restricción de la enajenación de la propiedad accionaria o de la participación social establecida en el pliego de condiciones”*. Las observaciones a las restricciones o limitaciones a la enajenabilidad no son observaciones al informe de evaluación sino al pliego de condiciones.

De acuerdo con lo anterior su observación no procede.

6 Observación presentada por el Proponente No 1 Zona 3 Ruta del Sol PSF al proponente No 3 y radicada en la entidad con el No 2010-409-0153192-2 de 7 de julio de 2010.

6.1 Ausencia de acreditación del contrato de concesión (numeral 3.6.9. Lit d.) 3.6.9 Para acreditar la experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura los proponentes deberán: (...) d) “Adjuntar copia del contrato de concesión de proyectos de infraestructura o una certificación emitida por la entidad contratante en la que conste (i) fecha de suscripción del contrato; (ii) valor del contrato; y (iii) obligaciones principales de la parte privada.”

Revisada la propuesta encontramos que entre folio 208 y 228 se entrega la transcripción Texto definitivo del contrato de concesión, la cual, no constituye “copia” firmada por las partes del contrato de concesión No 1485 de noviembre 30 de 1992 suscrito entre el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación y Autopistas del Sol Ausol S.A. que fuera adjudicado mediante decreto del poder ejecutivo No 1167 de 1994, ya que como allí se indica es una transcripción del contrato, de donde al no aportarse copia del contrato firmado entre las partes, consecuentemente no se apostilla el documento reclamado por el pliego.

De conformidad con lo anterior, se incumple la acreditación de la experiencia en los términos señalados por el Lit d) del numeral 3.6.9 del pliego de condiciones.

6.2 Ausencia de Reciprocidad

Establece el ordinal (v) del literal (b) del numeral 3.3.2. del pliego, respecto de la reciprocidad que: “La reciprocidad aplica para aquellos proponentes e integrantes de estructuras plurales extranjeros

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

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

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

(4) En virtud de la ley, se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a que los bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente”.

Sobre la reciprocidad conceptuó el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante oficio OAJ.CAT No 66802 del 02 de diciembre de 2009,-adjunto-respecto de otro país comunitario con el que tampoco existe tratado con Colombia al igual que con Italia, que:

(...)Lo anterior significa que no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades españolas de otorgar unilateralmente trato nacional a los bienes y servicios colombianos, sino que enuncia que el tratamiento que se concedería será el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios españoles”

En desarrollo de lo anterior y, dado que no existe tratado vigente entre Italia y Colombia, con el fin de probar si las autoridades Italianas dan o no trato nacional a los Colombianos en dicho país, se procedió a solicitar el otorgamiento de la respectiva certificación de reciprocidad ante la respectiva Misión Diplomática de Italia, en los siguientes términos –adjunta-.

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA YUMA CONCESIONARIA S.A., A LA OBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF RADICADO 2010-409-0153192-2 DE FECHA 7 DE JULIO DE 2010.

6.1) Señala el proponente que no se aportó copia del contrato de concesión según lo previsto en el literal d del numeral 3.6.9 de los Pliegos de Condiciones.

En efecto el Pliego de Condiciones estableció que para acreditar la experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura los proponentes deberán (d) Adjuntar copia del contrato de concesión de proyectos de infraestructura o una certificación emitida por la entidad contratante en la que conste (i) fecha de suscripción del contrato; (ii) valor del contrato; (iii) obligaciones principales de la parte privada.

Consideramos al respecto, que el proponente pretende con su observación demeritar injustificadamente el contenido de la escritura pública en donde consta la reproducción exacta, literal y completa del contrato de concesión del proyecto de infraestructura que se acredita.

En dicha escritura pública, el funcionario (escribano o notario público) que la emitió, certifica de manera expresa que:

“Buenos Aires, 11 de Septiembre de 2009. En mi carácter de escribano titular del registro 402 de Capital Federal certifico que la reproducción anexa extendida en 23 fojas, que sello y firmo es copia fiel de su original que tengo a la vista y doy fe.”

Consideramos que el proponente se esta valiendo de una interpretación equivocada que podría confundir a la entidad respecto de la forma como Impregilo S.p.A. acredita la experiencia requerida de acuerdo con lo previsto en los pliegos de condiciones.

6.2) Ausencia de Reciprocidad:

Señala el proponente que no existe reciprocidad entre Colombia e Italia y para tales efectos adjunta una carta emitida por la misión diplomática de Italia en Colombia que supuestamente prueba su afirmación.

El artículo 20 de la Ley 80 de 1993 consagra: *“En los procesos de contratación Estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedió al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.”*

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a 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.”

A su vez el artículo 9 del decreto 679 de 1994 por medio del cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 indica: *“Cumplimiento de la reciprocidad. Los extranjeros que soliciten la aplicación del tratamiento establecido en el parágrafo 2 del artículo 20 de la misma Ley 80, lo deberán acreditar con su oferta la existencia de reciprocidad acompañando para el efecto, un certificado de la autoridad del respectivo país.”*

En el mismo sentido el parágrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003, *“por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública”* establece *“Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios Colombianos, se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva misión diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.”*

De lo anterior se colige que por regulación expresa de la ley Colombiana no es necesario e indispensable que se acredite convenio o tratado para que el proponente de bienes y servicio de

origen extranjero, acredite la reciprocidad, porque la ley consagró que también se puede acreditar con el respectivo informes de la misión diplomática y en tal caso se le concederá el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, que el tratamiento concedido a los nacionales.

INCO RESPONDE

6.1. El pliego de condiciones en su numeral 3.6.9. (d) señala que para acreditar la experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura los proponentes deberán (d) Adjuntar copia del contrato de concesión de proyectos de infraestructura o una certificación emitida por la entidad contratante en la que conste (i) fecha de suscripción del contrato; (ii) valor del contrato; y (iii) obligaciones principales de la parte privada.

El proponente a folio 208 de la propuesta allega primera copia – Transcripción texto definitivo de contrato de concesión de obra pública Red de accesos a la ciudad de Buenos Aires suscrito entre Ministro de Economía y obras y servicios públicos de la nación y Concesionaria Vial Autopistas del Sol S.A. (AUSOL). Dicho contrato fue elevado a escritura pública ante el colegio de escribanos de la ciudad de Buenos Aires, en virtud de las facultades que le confiere la ley orgánica vigente y presenta original del certificado de reproducciones, en la cual se certifica que la reproducción extendida en 23 folios es copia fiel de su original, que se tiene a la vista dando fe el escribano Alfredo López Zanelli Mat 3441. Así mismo el colegio de escribanos de Buenos Aires legaliza la firma y sello del escribano señalado anteriormente bajo el No 090911412600/3. Por ser documento expedido en el exterior anexa el correspondiente Apostille del documento.

Revisada la normatividad Argentina en materia civil, se señala que *“Son instrumentos públicos las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley”*.

Es por lo anterior, que la entidad una vez revisado el correspondiente documento considera esta transcripción el contrato con el cual el proponente acredita la experiencia dentro de este proceso.

6.2 En relación, con la reciprocidad se entiende que es el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a sus condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

El pliego de condiciones en su numeral 3.3.2. (v) *“La reciprocidad se aplica para aquellos proponentes e integrantes de estructuras plurales extranjeros que deseen el tratamiento de proponente nacional. Las sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia... recibirán el mismo tratamiento que los nacionales, siempre que exista un acuerdo, tratado o convenio entre el país de su nacionalidad y Colombia en el sentido de que las ofertas de servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.”*

“En el supuesto de no existir los mencionados acuerdos, el proponente (...) 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”.

En consecuencia, no se acepta la observación hasta tanto se reciba respuesta en contrario por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, al cual se elevó consulta al a fin de que emitan concepto sobre la certificación de reciprocidad emitida por la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Italia, en relación con el trato nacional en las compras estatales, en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de contratos.

Por lo expuesto anteriormente la propuesta Promesa de Sociedad Futura Yuma S. A., se considera jurídicamente **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 4: CONCESIÓN VÍAL DEL CARIBE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE LA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Observaciones presentadas mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015326-2 de fecha 07 de julio de 2010, hora 16:10:23

OBSERVACIÓN No. 1

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

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

1.1.1. Situación de Control

(...)

... 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 numerosos 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 control sobre la sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones donde se regula el caso específico de acreditación de experiencias a través de una sociedad.

Es claro que el Pliego de Condiciones exige en el numeral 3.5.1., 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.

(...)

... se llega a la conclusión que el Pliego diferenció entre acreditar experiencia a través de una sociedad, caso en el cual 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%).

(...)

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 de asociación (Unión Temporal, Consorcio, etc.). Es simplemente una persona jurídica que es accionista de un treinta y seis punto cero nueve por ciento (36.09%) de una sociedad anónima.

*Ahora bien, solo 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% 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 la ley), nuevamente en gracia de discusión, encontramos que de todas maneras dicha experiencia se encuentra indebidamente acreditada pues se omitieron algunas certificaciones exigidas por el Pliego, tendiente 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 del proyecto de infraestructura) a través de la Sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., sociedad supuestamente controlada por MOTA – ENGIL SGPS S.A. supuestamente la Matriz de ASCENDI S.A. (MAP).

(...)

Esta cadena de controles debe ser acreditada con el fin de demostrar la condición de Matriz de MOTA – ENGIL S.A. frente a ASCEDI 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.”

Mediante comunicación No. 2010-409-015615-2 de fecha 09 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S, PSF, da respuesta a la observación presentada en los siguientes términos:

“1.1. Observación contenida en el numeral i.i.i, según la cual en el Proyecto Lusolisboa Autoestradas Da Grande Usboa S.A no se acredita control.

La observación no es procedente por las siguientes razones:

(i) Está plenamente acreditada la situación de control.

La forma de acreditar los Requisitos Habilitantes, prevista en el numeral 3.5.1 del pliego de condiciones dispone lo siguiente:

“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 lo los miembros de una Estructura Plural) li) tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, o (u) 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.” (Subrayado fuera de texto)

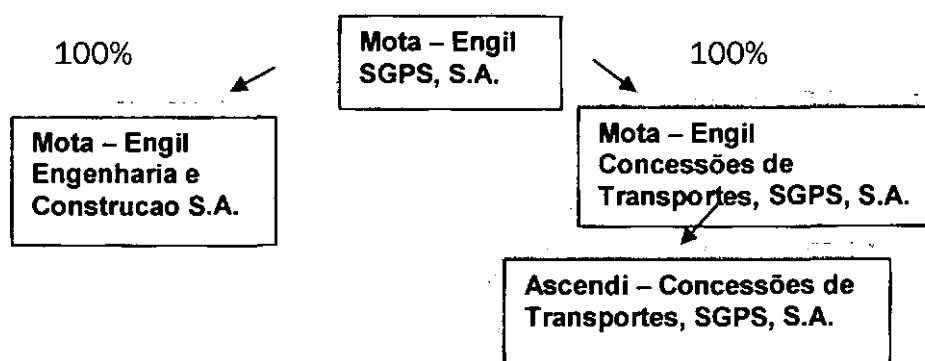
En atención al numeral transcrito, los Requisitos Habilitantes los podría acreditar, el Proponente, o el miembro de la Estructura Plural, con sociedades controladas, con su matriz o con sociedades controladas por su matriz.

Para el caso de acreditar los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz, como fue el caso de Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones establece que si la sociedad que acreditaba los requisitos era extranjera, se podía acreditar:

“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 cumplimiento de lo anterior, Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., acreditó la “Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura” que tenía y que tiene la sociedad Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. en las concesiones (i) Grande Lisboa S.A (tal como consta en los folios 229 a 401), y (ii) Douro Interior (tal como consta en los folios 402 a 463).

Al efecto, se acreditó la relación de control que existía entre Ascendi — Concessoes de Transporte SGPS SA. (que es el miembro de la Estructura Plural) y Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. (que es de quien se acreditó la Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura), para lo cual se allegó en los términos exigidos en el literal c) del numeral 3.2.5 una certificación “expedida conjuntamente por los representantes legales del Proponente, la matriz del Proponente y de la sociedad controlada”. Dicha certificación obra en los folios 537 a 539 de la propuesta, donde se indica lo siguiente:



En atención a lo anterior y de conformidad con el artículo 261 del Código de Comercio, la matriz de Ascendi — Concessoes de Transporte SGPS SA. es la sociedad Mota Engil SGPS S.A., ya su vez, la sociedad Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. (que es de quien se acreditó la Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura) es una sociedad controlada por Mota Engil SGPS S.A., quien como se indicó anteriormente es la matriz de Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA.

Por ello, se presentó con la propuesta la certificación suscrita por (i) el miembro de la Estructura Plural - Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA; (u) la matriz del miembro de la Estructura Plural - Mota Engil SGPS S.A., y (iii) la sociedad controlada por la matriz - Mota Engil Engenharia e Construcao S.A., cumpliendo así cabalmente con el requisito exigido en el pliego de condiciones.

(u) Asimismo está plenamente acreditada la participación en Concesiones de Proyectos de Infraestructura.

El pliego de condiciones en su numeral 3.6 establece como Requisito Habilitante el acreditar la participación en Concesiones de Proyectos de Infraestructura. Al efecto, el numeral 3.6.7 de dicho Pliego establece la posibilidad de acreditar la experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros, así:

“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.”

Dando cumplimiento a lo anterior, Mota Engil Engenharia e Construcao S.A., quien como ya se indicó anteriormente es una sociedad controlada por Mota Engil SGPS S.A., la cual es la misma matriz de Ascendi —

Concessoes de Transporte SGPS SA, acreditó como experiencia en participación en Concesiones de Proyectos de Infraestructura dos contratos de concesión, a saber:

(i) Grande Lisboa. El cual es ejecutado por la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas Da Grande Lisboa S.A., concesión en que Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. tiene el 36.09%, como se indica en los folios 231, 290 y 301 de la propuesta ,y

(ii) Douro Interior. El cual es ejecutado por la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas Do Douro Interior S.A, concesión en la que Mata Engil Engenharia e Construcao S.A. tiene el 37.08%, como se indica en los folios 404, 443 y 454 de la propuesta.

En este orden de ideas, se acreditó la experiencia que Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. tiene en las figuras asociativas anteriormente indicadas, puesto que su participación en dichas figuras asociativas es superior al 20%, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones.

En consecuencia, el diagrama incluido en la página 78 de las observaciones formuladas por la Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS es equivocado e incorrecto, puesto que esa no es la situación de control que se acreditó en la propuesta, en la medida en que Mota Engil Concessões de Transportes, SGPS, S.A. no tiene ninguna participación en la forma asociativa que ejecuta el contrato de concesión de Grande Lisboa.

(iii) La situación de control es distinta a la articiación en Concesiones de Proyectos de Infraestructura.

Como se vio, una es la forma como se acredita la situación de control de quien acredita los requisitos habilitantes y cosa distinta son los contratos de concesión en proyectos de infraestructura que se acreditan a través de figuras asociativas como lo permite expresamente el pliego de condiciones.

En efecto, el pliego de condiciones no exige que en la figura asociativa a través de la cual se ejecutó el Contrato de Concesión en Proyectos de Infraestructura se tuviera control, por el contrario e? numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones exigía que en dicha figura asociativa se tuviera como mínimo el 20% de participación.

Por otra parte, quien formula la observación afirma que una era la forma de acreditar requisitos a través de una sociedad y otra distinta, a través de una forma asociativa, creando una diferencia entre sociedad y forma asociativa que no está prevista en el pliego de condiciones. Yerra el observador al confundir dos conceptos completamente diferentes previstos en el pliego de condiciones que como ya indicamos, son, uno la forma de acreditar la situación de control de quien acredita la experiencia y otro, los contratos de concesión en proyectos de infraestructura que se acreditan y la participación en la forma asociativa que ejecuta dichos contratos de concesión en proyectos de infraestructura.

(iv) El concepto de figura asociativa.

Ahora bien, afirma el proponente en su observación, que no era posible acreditar contratos de concesión en Proyectos de Infraestructura a través de sociedades y que sólo es posible hacerlo a través de “consorcios, uniones temporales u otras modalidades de asociación mancomunada o colectiva”.

Cumplido el anterior proceso, es de vital importancia aclarar el concepto de “figura asociativa”.

El pliego de condiciones en ninguno de sus apartados definió el concepto de “figura asociativa”. La única referencia al mismo, se encuentra en el numeral 3.6.2 en el siguiente apartado:

“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...”.

El contexto en el cual se ubica este concepto, corresponde a la participación que debe tener el integrante para acreditar su experiencia y hace una referencia a los patrimonios autónomos bajo la modalidad de inclusión.

En ningún apartado del pliego de condiciones, ni en el apartado en que se encuentra el concepto “figura asociativa” se hace referencia, por parte de la entidad, a que el mismo es un concepto restrictivo o excluyente. A manera de ejemplo:

a) Figura asociativa se refiere de forma exclusiva a consorcios o uniones temporales.

b) Figura asociativa son solo sociedades colectivas.

c) Figura asociativa son solo personas naturales

Por el contrario, el contexto del pliego de condiciones indica; "(...) finuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (...)"

Lo anterior quiere decir que el pliego de condiciones le presento a los interesados un concepto incluyente y nunca excluyente.

Al efecto, es del caso dar aplicación a lo dispuesto por el numeral 1.3.1 del pliego de condiciones que dispone:

"1.3.1. Este Pliego de Condiciones debe ser interpretado como un todo y sus disposiciones no deben ser entendidas de manera separada de lo que indica su contexto general."

La conclusión es que el concepto "figuras asociativas" se refiere a cualquier tipo de asociación, inclusive patrimonios autónomos. En este punto, queremos indicar el por qué se incluye la figura de patrimonios autónomos. La respuesta a este planteamiento es que esta inclusión es el reconocimiento al mecanismo utilizado por la Ingeniería Nacional (ejemplo de su capacidad para estructurar proyectos) para desarrollar grandes proyectos protegiendo la capacidad patrimonial de las firmas que los integran.

Siendo este un hecho cierto, reconocido y aplicado por la entidad, no entendemos cómo se excluye a las sociedades en un análisis desprevenido del concepto de "figuras asociativas".

Siguiendo en este análisis es importante que en aquellos casos que no existe definición legal, o en este caso del pliego de condiciones, utilizar los mecanismos que la legislación colombiana provee para este tipo de situaciones, tal es el caso del artículo 27 del Código Civil que establece lo siguiente:

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento."

Al respecto, nos permitimos citar la definición que hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en primera instancia del término "figura":

"(Del lat. figura).

- 1. f. Forma exterior de un cuerpo por la cual se diferencia de otro.*
- 2. f. cara (1 parte anterior de la cabeza).*
- 3. f. Estatua o pintura que representa el cuerpo de un hombre o animal.*
- 4. f. En el dibujo, figura que representa el cuerpo humano.*
- 5. f. Cosa que representa o significa otra.*
- 6. f. Cada uno de los tres naipes de cada palo que representan personas, y se llaman rey, caballo y sota.*
- 7. f. En algunos juegos, as (1 carta de cada palo de la baraja).*
- 8. f. En la notación musical, signo de una nota o de un silencio.*
- 9. f. Personaje de la obra dramática.*
- 10. f. Actor que lo representa.*
- 11. f. Persona que destaca en determinada actividad.*
- 12. f. Cambio de colocación de los bailarines en una danza.*
- 13. f. Gesto, mueca."*

En segunda instancia, el término asociativa es definido por dicho diccionario, así:

"asociativo, va. 1. adj. Que asocia o que resulta de una asociación o tiende a ella."

Asociación:

"asociación. 1. f. Acción y efecto de asociar o asociarse. 2. f. Conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada. 3. f. Ra Figura que consiste en decir de muchos lo que solo es aplicable a varios o a uno solo, ordinariamente con el fin de atenuar el propio elogio o la censura de los demás." (Negrillas y subrayado fuera del texto)

Nuestro interés de aportar estas definiciones no es otro que demostrar que estamos ante un concepto claro, libre de discusiones estériles o confusas, en nuestro entender figuras asociativas incluye todo tipo de asociación.

Siendo esto así, no puede prosperar ningún argumento que busque establecer un condicionamiento o restricción a que un integrante acredite su requisito habilitante de experiencia en una figura asociativa en la que deba o se le exija tener control.

Por lo tanto, no es posible que se acepte por la entidad un requisito para acreditar la experiencia que surja de la interpretación equívoca del concepto "figuras asociativas".

En este contexto, la expresión "figuras asociativas" debe entenderse como sinónima de "modalidades de colaboración empresarial", respecto de las cuales la doctrina administrativa autorizada ha dicho que "El estatuto de contratación administrativa ofrece tres instrumentos de colaboración empresarial, a saber: los consorcios, las uniones temporales y las sociedades de empresa."

El carácter genérico arriba mencionado no se presta tampoco a dudas. Dice también la doctrina administrativa autorizada, comentando el artículo 6 de la ley 80 de 1993, que "podrán contratar con el Estado todas aquellas personas consideradas capaces por los ordenamientos vigentes" y que "A este grupo indeterminado y genérico de contratistas se suman los consorcios y las uniones temporales"

Este es, finalmente, el mismo criterio de la doctrina comercial. Al respecto se ha enseñado:

"Debido a esta gama de modalidades negociales que ofrece el mundo jurídico, algunos doctrinantes sugieren diferentes formas de clasificar la colaboración empresaria; unas que alteran la estructura de las sociedades, como cuando es necesario acudir a las figuras de la fusión o escisión e incluso la transformación de sociedades, produciéndose una sustancial transformación en la organización interna; otras que no producen mutación en la estructura jurídica intrínseca, como cuando se establece una situación de subordinación, donde las empresas controladas o subordinadas mantienen su individualidad jurídica; también se presentan relaciones contractuales entre empresas que sin afectar la identidad jurídica ni económica de la sociedad, determinan vinculaciones que se establecen en diferentes niveles de colaboración, cooperación o coordinación." (JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR (CONTRATOS MERCANTILES TOMO II, 1992, PÁG 246 Y 247).

Adicionalmente, en relación con lo anterior, sorprende cómo el proponente observante crea su propia definición de figuras asociativas y olvida que el INCO en la respuesta 21 de la quinta ronda expresamente contestó lo siguiente:

Pregunta: Rogamos confirmar nuestro entendimiento según el cual la expresión "figuras asociativas" mencionada en el numeral 3.6.7 del Pliego incluye la figura de las sociedades o cualquier otra persona jurídica.

Respuesta: 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".

De acuerdo con lo anterior, el proponente Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS., no puede crear su propia y absurda definición de "figuras asociativas", cuando ya el INCO había indicado que para ese específico numeral, el 3.7, figura asociativa es cualquier tipo de asociación ya sea bajo formas societarias o contractuales no constitutivas de sociedad.

(y) Conclusión: cumplimiento de lo solicitado en el pliego de condiciones.

Con lo anterior queda plenamente demostrado que la forma como se acreditó la situación de control por parte de Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., cumple estrictamente con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que la experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura de Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. podía acreditarse a través de figuras asociativas (como ras sociedades) en las cuales se tuviera al menos una participación del 20%, cumpliéndose así con los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones. Por tanto, es evidente que el argumento del proponente Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS., no tiene ningún asidero, que en las páginas 80 a 81 reconoce que el mismo es absurdo y ya sin más argumentos, indica que se omitieron algunas certificaciones exigidas en el pliego de condiciones tendientes a acreditar la situación de control de todas las sociedades involucradas.

La observación bajo estudio carece de seriedad, puesto que nuevamente el proponente Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS., indica a folio 81 que "a folio 537 obra una certificación firmada por los representantes de Mota — Engil SGPS S.A de Mota Engil Concessoes de Transportes SGPS SA y de Mota Engil Engenharia e Construcao SA" y dice que no se acredita el control sobre Ascendi SGPS. Nada más alejado de la realidad, puesto que en el citado folio 537 se indican dos

consejeros integrantes del Consejo de Administración de Ascendi - Concessoes de Transportes SGPS S.A, a saber los señores Gonzalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y Hago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, cuyas firmas se encuentran a folio 529.

1.2. Observación contenida en el numeral 1.1.2, según la cual las alternativas para acreditar experiencia de sociedades controladas por la matriz y de acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales, no pueden combinarse sin participación directa y situación de control por parte del miembro del proponente”.

A folio 537 de la propuesta, obra una certificación firmada por los representantes de Mota - Engil SGPS S.A de Mota Engil Concessoes de Transportes SGPS SA y de Mota Engil Engenharia e Construcao SA., la cual indica en forma expresa que “De acuerdo con lo anterior y en los términos del artículo 260 del Código de Comercio de Colombia, Mota — Engil SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi — Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.” En consecuencia, es claro que en dicha certificación sí se acreditó la situación de control sobre Ascendi — Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., tal como lo exigía el pliego de condiciones.

Quien formula la observación sostiene en la página 83, que el numeral 3.6.7 del pliego de condiciones exige que se tenga una participación en la asociación de manera directa, afirmación ésta que no es cierta, puesto que dicho numeral en ningún aparte indica que deba ser de manera directa. Por el contrario, como ya se dijo, el numeral establece que un Requisito Habilitante como era el de la Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura, podía ser acreditado bajo figuras asociativas, y dicho requisito habilitante al tenor de lo establecido en el numeral 3.51 podía ser acreditado por el miembro de la Estructura Plural, su matriz, sociedades controladas o sociedades controladas por la matriz.

Evidentemente no es un tema de “combinar” sino de leer simplemente el pliego de condiciones y seguir sus instrucciones.”

RESPUESTA DEL INCO

Antes de entrar a dar respuesta al observante respecto a que la 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 acreditada 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., es preciso señalar como se acredita la situación de control, si el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por su matriz:

“3.5. ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS HABILITANTES DE SOCIEDADES CONTROLADAS POR EL PROPONENTE O DE LA MATRIZ DEL PROPONENTE

(...)

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

(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 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.”

Según consta a folios 537 a 539, los administradores de las sociedades MOTA- ENGIL, SGPS, S.A., MOTA – ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUCAO, S.A., MOTA – ENGIL, CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A. y ASCENDI - CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., certifican que:

“... (i) la sociedad **Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.** es propietaria de más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la sociedad **Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.**, y, (ii) a su vez la sociedad **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es propietaria del 100% del capital de la sociedad **Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.**, y (iii) a su vez la sociedad **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es propietaria del 100% del capital de la sociedad **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.** ... ”

(...)

“De acuerdo con lo anterior y en los términos del artículo 260 del Código de Comercio de Colombia, **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es la matriz de **Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS S.A.**, y las sociedades **Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.** y **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.** son sociedades controladas por **Mota – Engil, SGPS, S.A.**”

Según lo dispuesto en el Pliego de Condiciones sobre la forma de acreditar la situación de control, se indica que los miembros de las Estructuras Plurales como es el caso de **Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.** podrán acreditar los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por su matriz como es el caso **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.**, por lo tanto, al revisar los documentos aportados en la propuesta se encuentra que se ha acreditado que **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es la matriz de **Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS S.A.**, y a su vez controla dos sociedades que son **Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.** y **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.**

No obstante lo anterior, mediante comunicación con radicado INCO No. 20101020092751 de fecha 13 de julio de 2010, la Directora del Comité Evaluador requiere al proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S PSF, en los siguientes términos;

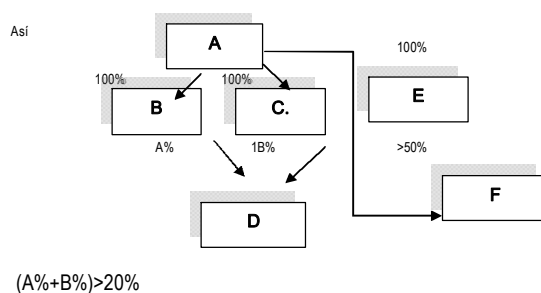
“En razón a que una vez verificados los documentos aportados en la propuesta, se encuentra que la sociedad **MOTA – ENGIL CONCESIOENS DE TRANSPORTES SGPS S.A.** no acredita situación de control respecto de la sociedad **AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A.**, así como tampoco se acredita situación de control de **MOTA – ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A.** respecto a la sociedad **SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTEROR S.A.**, en las condiciones establecidas en el numeral 3.5 del Pliego de Condiciones, y en concordancia con la respuesta a la primera pregunta de la sexta ronda dada por la entidad, el Comité Evaluador del proceso licitatorio del asunto, de la manera más atenta, se permite requerir al proponente **Concesionaria Vial del Caribe S.A.S. PSF** para que a través de su representante legal, allegue la información que acredite la situación de control respecto de las sociedades mencionadas anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5 y sus subnumerales del pliego de condiciones, a más tardar a las 16:00 horas del día 19 de julio de 2010, los cuales deberán ser radicados en la Oficina de Correspondencia del Instituto Nacional de Concesiones –INCO.

A continuación se transcribe la pregunta y respuesta número uno, de la sexta ronda de respuestas, a la que se alude:

“Primero:

- De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, el Proponente puede presentar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz.
- Para estos efectos habrá control, entre otros eventos, cuando se verifique que la matriz respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acredita, tiene el 50% o más del capital. Todo lo anterior en los términos del Código de Comercio Colombiano.
- De otro lado, el artículo 260 del Código de Comercio, establece que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra 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.**
- Por su parte, el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones establece que se puede acreditar experiencia bajo figuras asociativas con terceros, siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiera sido de al menos del 20%.

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”.

Respuestas

“Los Pliegos, aunque prevén la opción de acreditar experiencia de la matriz y de sociedades controladas por la matriz, no señalan de manera expresa que pueden sumarse porcentajes de participación entre varias sociedades controladas por una misma matriz a fin de sumar el porcentaje mínimo requerido, tal como se plantea en la comunicación.

En efecto, los pliegos señalan dos reglas generales: (i) es viable acreditar experiencia de matrices, controladas o sociedades controladas por la matriz. En este caso, se debe demostrar la situación de control en los términos previstos en el numeral 3.5. de los pliegos; (ii) es viable acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales anteriores caso en el cual debe tener de manera directa el Proponente o MAP tal participación en la figura asociativa.

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”

Mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-016406-2 de fecha 19 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. Promesa de Sociedad Futura da respuesta al requerimiento al que aludió anteriormente en el siguiente sentido:

(...)

“No obstante lo anterior, en respuesta al requerimiento de la referencia, ratificamos que la situación de control que se nos solicitó acreditar, en efecto existe y se comprueba tal y como se indica a continuación.

II. Conforme a lo establecido en el numeral 3.5.1 del pliego de condiciones, la situación de control se acredita con la comprobación de alguno o varios de los siguientes supuestos:

“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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Al respecto es importante citar el artículo 261 del Código de Comercio que estipula:

“Art. 261. Subrogado. Ley 222 de 1995, Art. 27. Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en una 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 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 20. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En aplicación a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 261 del Código de Comercio, la sociedad MOTA-ENGIL SGPS S.A. matriz de la sociedad ASCENDI-CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. controla a través de ésta a las sociedades CONCESIONARIA LUSOLISBOA AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. (sociedades concesionarias de objeto único), en los términos de las certificaciones que se adjuntan, debidamente apostilladas, legalizadas y traducidas, con las cuales se da cumplimiento a lo dispuesto en numeral 3, literal c) del numeral 3.5.2 del pliego de condiciones y para acreditar el requisito de experiencia previsto en el numeral 3.6. del pliego.

II. Por último, es importante aclarar a la entidad que la sociedad que tiene la participación accionaria en las sociedades LUSOLISBOAS AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A., es la sociedad MOTA ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. y no la sociedad MOTA ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. como equivocadamente se indica en el requerimiento de la referencia”.

Adjunta a la comunicación referida, se anexa una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota – Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, en la que señalan:

“*CERTIFICAMOS que:*

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 36.09%

Banco Espírito Santo, S.A. — 17,50%

Opway— Engenharia, S.A. — 12,38%

Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%

Hagen Engenharia, SA. — 3,30%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%

Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%

Rosas Construtores, S.A. - 3,30%

2) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es: Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37.08%

Banco Espírito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%

Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%

ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, SA. — 7,70%

Hagen Engenharia, S.A. — 3,85%

Empresa de Coristruções Amândio Carvaiho, S.A. - 3,85%

Rosas Construtores, S.A. - 3,85%

3) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 60% de la participación accionaria de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, SA. y el capital de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de propiedad en un 100% de la sociedad Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia MotaEngil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.

4) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 100% de la participación accionaria de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. es de propiedad de Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia Mota-Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A.

5) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial (en adelante el "Acuerdo") bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. y Mota-Engil — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.). En virtud del Acuerdo, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales (hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) (Subrayado fuera de texto)

(i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.

(u) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,

(iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y

(iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.

6) Las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.

7) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.

8) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.

y

9) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

10) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

En consecuencia:

a) Desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil, SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.

b) A partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), en virtud de lo indicado en los numerales 9) y 10) del presente certificado, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.”

Así mismo, se adjunta una certificación debidamente legalizada y apostillada, suscrita por el presidente de la sociedad Aenor Douro – Estradas do Douro Interior S.A, señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes certificaron que:

“1) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37.08%

Banco Espírito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%

Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%

ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 7,70%

Hagen Engenharia, SA. — 3,85%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,85%

Rosas Construtores, SA. - 3,85%

2) A partir de la fecha de su constitución y hasta la fecha, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A., Banco Espírito Santo, S.A., Opway — Engenharia, S.A., Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. y ESConcessões, SGPS, S.A. acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espírito Santo, la representación por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil, SGPS, S.A.) teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima decisoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil SGPS, S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control de Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A.”

Finalmente, se adjunta una certificación suscrita por el presidente de la sociedad Lusolisboa – Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A., señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes indican:

“CERTIFICAMOS que:

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, SA. - 36.09%

Banco Espirito Santo, S.A. — 17,50%

Opway — Engenharia, S.A. — 12,38%

Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%

Hagen Engenharia, SA. — 3,30%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%

Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%

Rosas Construtores, SA. - 3,30%

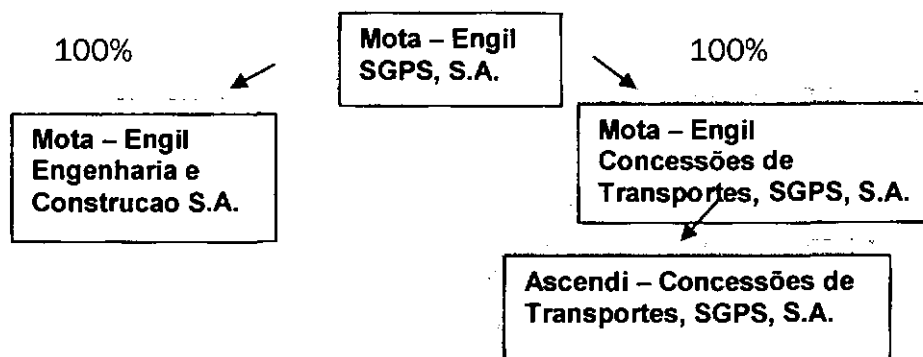
2) Que a partir del mes de octubre de 2006 los siguientes accionistas, MotaEngil, Engenharia e Construção, SA. con el 36.09% del capital social, Banco Espirito Santo, S.A. con el 17,50% del capital social y Opway — Engenharia, S.A. con el 12,38% del capital social, acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espirito Santo, que ejercerían los derechos de voto en el mismo sentido, y con lo cual dichas empresas detentan más de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva. Como consecuencia de lo anterior, se permitió que Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. (subsidiaria de Mota-Engil, SGPS, S.A.) ejerciese el control en representación de las empresas antes indicadas en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A.

3) A partir de la constitución de la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007) y hasta la fecha, las empresas aludidas han sido representadas por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima decisoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil SGPS S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Confrontados los documentos aportados en la propuesta del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSP, en los cuales se acredita la situación de control, frente a la documentación aportada por el representante legal de dicho proponente, mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015406-6 a los que nos referimos anteriormente, el Comité Evaluador encuentra:

1. Que en la propuesta a folios 537 a 539, los administradores de la sociedades MOTA- ENGIL, SGPS, S.A., MOTA – ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇAO, S.A., MOTA – ENGIL, CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A. y ASCENDI - CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., certifican que:

“...(I) la sociedad **Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.** es propietaria de más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la sociedad **Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.** y, (ii) a su vez la sociedad **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es propietaria del 100% del capital de la sociedad **Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A.**, y (iii) a su vez la sociedad **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es propietaria del 100% del capital de la sociedad **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.** ... ”



“De acuerdo con lo anterior y en los términos del artículo 260 del Código de Comercio de Colombia, Mota - Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS S.A., y las sociedades Mota - Engil - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. y Mota - Engil - Engenharia e Construcao S.A. son sociedades controladas por Mota - Engil, SGPS, S.A.”

2. Que como lo indica el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, en su comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio de 2010, los Requisitos Habilitantes los podía acreditar, el Proponente, o el miembro de la Estructura Plural, con sociedades controladas, con su matriz o con sociedades controladas por su matriz, situaciones claramente regladas en el cada uno de los literales (a), (b) y (c) que componen el numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones.

Para el caso presentado en las propuestas, se acredita los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz, como fue el caso de Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

En cumplimiento de lo anterior, y como quedo probado dentro de los documentos aportados en la propuesta Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., acreditó la “Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura” que tenía la sociedad Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. controlada de la matriz del miembro de la estructura plural, en las concesiones (i) Grande Lisboa S.A (tal como consta en los folios 229 a 401), y (ii) Douro Interior, para lo cual se allegó la documentación que soporta dicha situación, en los términos exigidos en el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

3. Ahora bien, a raíz del requerimiento que efectúa el Comité Evaluador a través de su Directora, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, allega una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota - Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi - Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, cuyo contenido es ratificado en otras dos, en la que se indica:
 - a.) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial, el cual no se adjunta, bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construcao, S.A. y Mota-Engil — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y el Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.).

- b.) En virtud del Acuerdo mencionado, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., y
- (i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.
 - (ii) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,
 - (iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y
 - (iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.
- c.) Que las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.
- d.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.
- e.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.
- f.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
- g.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
- h.) Que desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil,SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad

Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.

- i.) Que finalmente concluyen certificando que a partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.
4. Que según consta a folio 71 se presenta es una declaración juramentada en la que se certifica la fecha de constitución de la sociedad comercial ASCENDI – CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., fue el 20 de diciembre de 2007-

De la lectura juiciosa de las certificaciones aportadas y de los documentos que reposan en la propuesta, se evidencia claramente que el miembro de la Estructura Plural Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. pasa de acreditar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz en las condiciones dispuestas en el literal (c) del numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones, a acreditar Requisitos Habilitantes a través de sociedades controladas por ella, en los términos del literal (b) del numeral 3.5.2 del Pliego, situación que deja de presente incoherencias en la información aportada, dado que desde la constitución de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007), en virtud del Acuerdo de Cooperación Empresarial (no fue aportado), tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A..

En consecuencia, el Comité Evaluador no encuentra razón que justifique la modificación de la forma de acreditar la situación de control, posterior al requerimiento efectuado por la entidad, si desde hace casi tres años, la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., detenta control sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., supuestos facticos que por lógica han sido conocidos con anterioridad por el miembro de la estructura plural, y cuyo control se encontraba enmarcado en las condiciones establecidas en el literal (ii) del numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, en consecuencia, la calificación jurídica es **NO ADMISIBLE**.

OBSERVACIÓN No. 2

1.1.2. Las alternativas para acreditar experiencias 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

(...)

... 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 ESTRADA DA GRANDE LISBOA S.A. es del 36.09%...

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 los 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 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 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 de 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 proponente de manera directa, no a través de su Matriz o vinculadas, tiene una participación de al menos el 20%.*

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, directamente o indirectamente, en los términos del numeral 3.5.1. dichas sociedades concesionarias, tal como se certifica en los folios 306 y 410”

Mediante comunicación No. 2010-409-015615-2 de fecha 09 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S, PSF, da respuesta a la observación presentada en los términos transcritos en la observación No. 1.

Mediante comunicación con radicado INCO No. 20101020092751 de fecha 13 de julio de 2010, el Comité Evaluador a través de su Directora requiere al proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S PSF, en los siguientes términos;

“En razón a que una vez verificados los documentos aportados en la propuesta, se encuentra que la sociedad MOTA – ENGIL CONCESIOENS DE TRANSPORTES SGPS S.A. no acredita situación de control respecto de la sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., así como tampoco se acredita situación de control de MOTA – ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. respecto a la sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTEROR S.A., en las condiciones establecidas en el numeral 3.5 del Pliego de Condiciones, y en concordancia con la respuesta a la primera pregunta de la sexta ronda dada por la entidad, el Comité Evaluador del proceso licitatorio del asunto, de la manera más atenta, se permite requerir al proponente Concesionaria Vial del Caribe S.A.S. PSF para que a través de su representante legal, allegue la información que acredite la situación de control respecto de las sociedades mencionadas anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5 y sus subnumerales del pliego de condiciones, a más tardar a las 16:00 horas del día 19 de julio de 2010, los cuales deberán ser radicados en la Oficina de Correspondencia del Instituto Nacional de Concesiones –INCO.

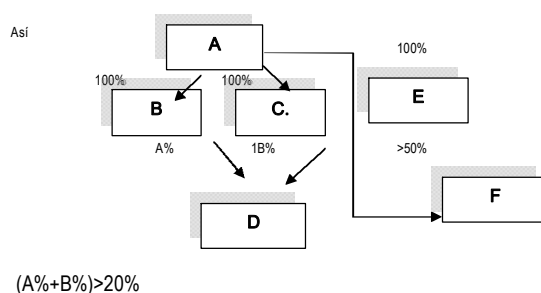
A continuación se transcribe la pregunta y respuesta número uno, de la sexta ronda de respuestas, a la que se alude:

“Primero:

- *De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, el Proponente puede presentar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz.*

- *Para estos efectos habrá control, entre otros eventos, cuando se verifique que la matriz respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acredita, tiene el 50% o más del capital. Todo lo anterior en los términos del Código de Comercio Colombiano.*
- *De otro lado, el artículo 260 del Código de Comercio, establece que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra 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.*
- *Por su parte, el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones establece que se puede acreditar experiencia bajo figuras asociativas con terceros, siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiera sido de al menos del 20%.*

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”.

Respuestas

“Los Pliegos, aunque prevén la opción de acreditar experiencia de la matriz y de sociedades controladas por la matriz, no señalan de manera expresa que pueden sumarse porcentajes de participación entre varias sociedades controladas por una misma matriz a fin de sumar el porcentaje mínimo requerido, tal como se plantea en la comunicación.

En efecto, los pliegos señalan dos reglas generales: (i) es viable acreditar experiencia de matrices, controladas o sociedades controladas por la matriz. En este caso, se debe demostrar la situación de control en los términos previstos en el numeral 3.5. de los pliegos; (ii) es viable acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales anteriores caso en el cual debe tener de manera directa el Proponente o MAP tal participación en la figura asociativa.

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”

RESPUESTA DEL INCO

Mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-016406-2 de fecha 19 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. Promesa de Sociedad Futura da respuesta al requerimiento al que aludió anteriormente en el siguiente sentido:

(...)

“No obstante lo anterior, en respuesta al requerimiento de la referencia, ratificamos que la situación de control que se nos solicitó acreditar, en efecto existe y se comprueba tal y como se indica a continuación.

II. Conforme a lo establecido en el numeral 3.5.1 del pliego de condiciones, la situación de control se acredita con la comprobación de alguno o varios de los siguientes supuestos:

“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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Al respecto es importante citar el artículo 261 del Código de Comercio que estipula:

“**Art. 261. Subrogado. Ley 222 de 1995, Art. 27. Presunciones de subordinación.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno a 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 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 20. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En aplicación a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 261 del Código de Comercio, la sociedad MOTA-ENGIL SGPS S.A. matriz de la sociedad ASCENDI-CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. controla a través de ésta a las sociedades CONCESIONARIA LUSOLISBOA AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. (sociedades concesionarias de objeto único), en los términos de las certificaciones que se adjuntan, debidamente apostilladas, legalizadas y traducidas, con las cuales se da cumplimiento a lo dispuesto en numeral 3, literal c) del numeral 3.5.2 del pliego de condiciones y para acreditar el requisito de experiencia previsto en el numeral 3.6. del pliego.

II. Por último, es importante aclarar a la entidad que la sociedad que tiene la participación accionaria en las sociedades LUSOLISBOAS AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A., es la sociedad MOTA ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. y no la sociedad MOTA ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. como equivocadamente se indica en el requerimiento de la referencia”.

Adjunta a la comunicación referida, se anexa una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota – Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi – Concessões de Transportes, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, en la que señalan:

“CERTIFICAMOS que:

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusólisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 36,09%

Banco Espírito Santo, S.A. — 17,50%

Opway— Engenharia, S.A. — 12,38%

Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%

Hagen Engenharia, SA. — 3,30%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%

Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%

Rosas Construtores, S.A. - 3,30%

2) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37,08%

Banco Espírito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%

Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%

ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, SA. — 7,70%

Hagen Engenharia, S.A. — 3,85%

Empresa de Coristruções Amândio Carvaiho, S.A. - 3,85%

Rosas Construtores, S.A. - 3,85%

3) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 60% de la participación accionaria de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, SA. y el capital de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de propiedad en un 100% de la sociedad Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia MotaEngil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.

4) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 100% de la participación accionaria de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. es de propiedad de Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia Mota-Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A.

5) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial (en adelante el “Acuerdo”) bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. y Mota-Engil — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.). En virtud del Acuerdo, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales (hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) (Subrayado fuera de texto)

(i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.

(u) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,

(iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y

(iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.

6) Las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.

7) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.

8) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.

y

9) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

10) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

En consecuencia:

a) Desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil, SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.

b) A partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), en virtud de lo indicado en los numerales 9) y 10) del presente certificado, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.”

Así mismo, se adjunta una certificación debidamente legalizada y apostillada, suscrita por el presidente de la sociedad Aenor Douro – Estradas do Douro Interior S.A, señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes certificaron que:

“1) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37.08%

Banco Espirito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%
Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%
ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%
MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 7,70%
Hagen Engenharia, SA. — 3,85%
Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,85%
Rosas Construtores, SA. - 3,85%

2) A partir de la fecha de su constitución y hasta la fecha, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A., Banco Espírito Santo, S.A., Opway — Engenharia, S.A., Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. y ESConcessões, SGPS, S.A. acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espírito Santo, la representación por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil, SGPS, S.A.) teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima decisoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil SGPS, S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control de Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A.”

Finalmente, se adjunta una certificación suscrita por el presidente de la sociedad Lusolisboa – Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A., señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes indican:

“*CERTIFICAMOS que:*

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, SA. - 36.09%
Banco Espírito Santo, S.A. — 17,50%
Opway — Engenharia, S.A. — 12,38%
Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%
MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%
Hagen Engenharia, SA. — 3,30%
Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%
Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%
Rosas Construtores, SA. - 3,30%

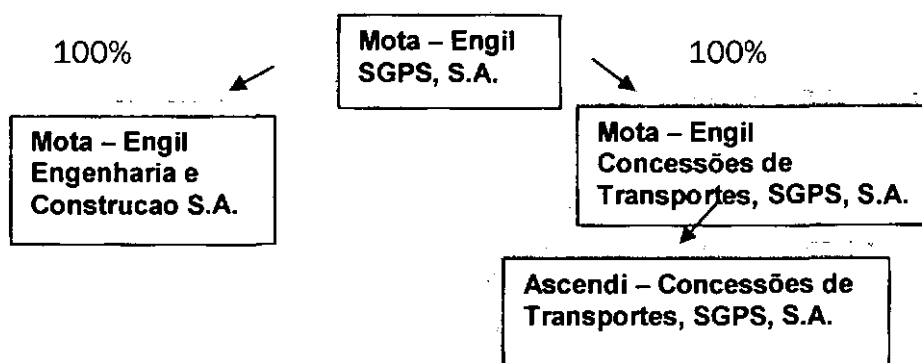
2) Que a partir del mes de octubre de 2006 los siguientes accionistas, MotaEngil, Engenharia e Construção, SA. con el 36.09% del capital social, Banco Espírito Santo, S.A. con el 17,50% del capital social y Opway — Engenharia, S.A. con el 12,38% del capital social, acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espírito Santo, que ejercerían los derechos de voto en el mismo sentido, y con lo cual dichas empresas detentan más de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva. Como consecuencia de lo anterior, se permitió que Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. (subsidiaria de Mota-Engil, SGPS, S.A.) ejerciese el control en representación de las empresas antes indicadas en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A.

3) A partir de la constitución de la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007) y hasta la fecha, las empresas aludidas han sido representadas por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima decisoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil SGPS S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Confrontados los documentos aportados en la propuesta del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSP, en los cuales se acredita la situación de control, frente a la documentación aportada por el representante legal de dicho proponente, mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015406-6 a los que nos referimos anteriormente, el Comité Evaluador encuentra:

- Que en la propuesta a folios 537 a 539, los administradores de las sociedades MOTA- ENGIL, SGPS, S.A., MOTA – ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, S.A., MOTA – ENGIL, CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A. y ASCENDI - CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., certifican que:

“... (i) la sociedad Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. es propietaria de más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la sociedad Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. y, (ii) a su vez la sociedad Mota – Engil, SGPS, S.A. es propietaria del 100% del capital de la sociedad Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., y (iii) a su vez la sociedad Mota – Engil, SGPS, S.A. es propietaria del 100% del capital de la sociedad Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A. ... ”



“De acuerdo con lo anterior y en los términos del artículo 260 del Código de Comercio de Colombia, Mota – Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS S.A., y las sociedades Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. y Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A. son sociedades controladas por Mota – Engil, SGPS, S.A.”

- Que como lo indica el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, en su comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio de 2010, los Requisitos Habilitantes los podía acreditar, el Proponente, o el miembro de la Estructura Plural, con sociedades controladas, con su matriz o con sociedades controladas por su matriz, situaciones claramente regladas en el cada uno de los literales (a), (b) y (c) que componen el numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones.

Para el caso presentado en la propuestas, se acredita los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz, como fue el caso de Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

En cumplimiento de lo anterior, y como quedo probado dentro de los documentos aportados en la propuesta Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., acreditó la “Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura” que tenía la sociedad Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. controlada de la matriz del miembro de la estructura plural, en las concesiones (i) Grande Lisboa S.A (tal como consta en los folios 229 a 401), y (ii) Douro Interior, para lo cual se allegó la documentación que soporta dicha situación, en los términos exigidos en el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

7. Ahora bien, a raíz del requerimiento que efectúa el Comité Evaluador, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, allega una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota – Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, cuyo contenido es ratificado en otras dos, en la que se indica:
- j.) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial, el cual no se adjunta, bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. y Mota-Engil — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y el Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.).
 - k.) En virtud del Acuerdo mencionado, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., y
 - (i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.
 - (ii) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,
 - (iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y
 - (iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.
 - l.) Que las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.
 - m.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.

- n.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.
 - o.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
 - p.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
 - q.) Que desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil,SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.
 - r.) Que finalmente concluyen certificando que a partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.
8. Que según consta a folio 71 se presenta es una declaración juramentada en la que se certifica la fecha de constitución de la sociedad comercial ASCENDI – CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., fue el 20 de diciembre de 2007-

De la lectura juiciosa de las certificaciones aportadas y de los documentos que reposan en la propuesta, se evidencia claramente que el miembro de la Estructura Plural Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. pasa de acreditar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz en las condiciones dispuestas en el literal (c) del numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones, a acreditar Requisitos Habilitantes a través de sociedades controladas por ella, en los términos del literal (b) del numeral 3.5.2 del Pliego, situación que deja de presente incoherencias en la información aportada, dado que desde la constitución de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007), en virtud del Acuerdo de Cooperación Empresarial suscrito el 4 de octubre de 2006 (no fue aportado), tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A..

En consecuencia, el Comité Evaluador no encuentra razón que justifique la modificación de la forma de acreditar la situación de control, posterior al requerimiento efectuado por la entidad, si desde hace casi tres

años, la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., detenta control sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., supuestos facticos que por lógica han sido conocidos con anterioridad por el miembro de la estructura plural, y cuyo control se encontraba enmarcado en las condiciones establecidas en el literal (ii) del numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, en consecuencia, la calificación jurídica es **NO ADMISIBLE**.

OBSERVACIÓN No. 3

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

(...)

“...El mandato del señor JOSÉ HENRIQUE PARENTE DE SOUSA REVÉS tenía una plazo de duración (2006/2009), razón por la cual el firmante en cuestión, para la fecha en que se 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.”

RESPUESTA DEL INCO

Frente a la observación presentada, el Comité Evaluador procede a verificar los documentos aportados en la propuesta, encontrando:

1. Como consta en el folio 235 (traducción oficial verificable a folios 241 y 242) el abogado Nuno Silva, efectúa reconocimiento de firma de los señores Augusto Manuel Fontes de Carvalho y **JOSÉ HENRIQUE PARENTES DE SOUSA REVÉS** en los términos del n° 1 del artículo 38° del Decreto – Ley número 76-A/2006, del 29 de marzo y de la Portería (Documento Público) n° 657-B/2006, del 29 de junio, en la que señala:

*“...**ambos en calidad de Administradores y en representación, con poderes para el acto**, de la sociedad comercial anónima denominada “LUSOLISBOA – AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., con sede en la Avenida António Augusto de Aguiar, n° 163, 5° piso a la izquierda, en Lisboa, con capital social de 100.000.000.00€, matriculada en la Conservatoria del Registro Comercial de Lisboa, bajo el número 507.959.248, correspondiente al número de identificación de persona jurídica, calidad y poderes que verifiqué por la información constante del certificado permanente disponible en el site de internet <http://www.portaldaempresas.pt/CVE...>”* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

2. Que una vez verificado el documento expedido por el abogado Silva, referido en el numeral anterior, se encuentra que dentro del texto contenido en dicho documento, claramente se indica que en los términos del n° 1 del artículo 38° del Decreto – Ley número 76-A/2006, del 29 de marzo, los reconocimientos, las autenticaciones y las certificaciones efectuadas por abogado o solicitador, confieren al documento el mismo valor probatorio que tendría si tales actos hubiesen sido realizados con intervención notarial.
3. Verificado el certificado permanente en la página web <http://www.portaldaempresas.pt/CVE> en la que el abogado Silva indica que verificó el número de identificación de la persona jurídica (LUSOLISBOA – AUTO – ESTRADA DA GRANDE LISBOA S.A.), calidad y poderes, según consta a folio 242, se encuentra que el señor **JOSÉ HENRIQUE PARENTES DE SOUSA REVÉS**, registra así:

“PORTUGAL GOBIERNO CIUDADANOS EMPRESAS

Acceso al Registro Permanente

MINISTERIO DE JUSTICIA

Registro Permanente

Documento de Registro Permanente

Empresas On-line

Registro Permanente

Código de acceso: 2338-6680-0086

La entrega de este código a cualquier entidad pública o privada dispensa la presentación de un registro en papel. (Art. 75°, n° 5 del Código de Registro Comercial)

Matricula

NIPC: 507959248

Empresa: LUSOLISBOA – AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A.

(...)

Forma de obligar: por la firma conjunta de dos administradores...

Plazo de duración del (los) Mandato (s): hasta el final del mandato en curso

(...)

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

(...)

Cargo: Vocero

Nombre: José Henrique Parente de Sousa Revés

NIF/NIPC: 144458098

(...)

4. El Representante Legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio del año en curso, frente al caso que nos ocupa, señala:

“... Tal como consta a folio 235 (traducción oficial verificable a folios 241 y 242 de la propuesta), es claro que el señor JOSÉ HENRIQUE PARENTES DE SOUSA REVÉS es miembro actual y vigente del Consejo de Administración de la sociedad LUSOLISBOA – AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., tal y como lo acredita fehacientemente y sin lugar a equívocos, la certificación con reconocimiento notarial sobre que el mismo señor JOSÉ HENRIQUE PARENTES DE SOUSA REVÉS ha actuado en la emisión de la certificación en su condición de administrador y con poderes suficientes para el acto de la sociedad comercial anónima denominada LUSOLISBOA – AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., afirmando, además, el funcionario con facultades notariales que comprobó la existencia e identificación de la persona jurídica y su representación legal verificando la calidad y poderes del aludido funcionario, de acuerdo con el certificado obrante en el Registro Mercantil.

Además, se adjunta el certificado de existencia y representación legal emitido por el Registro Mercantil, en el cual consta que el señor JOSÉ HENRIQUE PARENTES DE SOUSA REVÉS es representante legal de la sociedad y cuenta con poderes suficientes para la emisión de la certificación a que nos hemos venido refiriendo, ya que a la fecha no ha sido sustituido en sus funciones...

Adicionalmente se presenta una certificación emitida por el Embajador de Portugal en Colombia, cuya firma se encuentra debidamente autenticada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de la normatividad portuguesa vigente contenida en el artículo 391 numeral 4 del Código de Sociedades Comerciales de Portugal, de acuerdo con el cual se establece que los administradores, aunque por plazo cierto, se mantienen en funciones hasta nueva designación.”

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que en el reconocimiento de firma efectuado por el abogado Nuno Silva, se da fe pública que el señor JOSÉ HENRIQUE PARENTES DE SOUSA REVÉS, posee la calidad de Administrador y en representación, con poderes para el acto, de la sociedad comercial anónima denominada LUSOLISBOA – AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., el Comité Evaluador encuentra probada la capacidad del administrador para suscribir el documento aportado en la propuesta, y en consecuencia, la observación presentada no es acogida.

OBSERVACIÓN No. 4

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 de treinta y siete por ciento (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 través de una "Forma Asociativa", que la participación de la Matriz del MAP es dicha "Forma Asociativa" que ejecuta el contrato, se permite con menos del cincuenta por ciento (50%).

*Ahora bien, solo 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 la ley), nuevamente en gracia de discusión, encontramos que de todas maneras dicha experiencia se encuentra indebidamente acreditada pues se omitieron algunas certificaciones exigidas por el Pliego, tendiente a **acreditar la situación de control de todas las sociedades involucradas en la cadena de control.**"*

(...)

Mediante comunicación No. 2010-409-015615-2 de fecha 09 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S, PSF, da respuesta a la observación presentada en los términos transcritos en la observación No. 1.

Mediante comunicación No. 20101010092751 de fecha 13 de julio de 2010, el Comité Evaluador a través de su Directora, requiere al proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S PSF, en los siguientes términos;

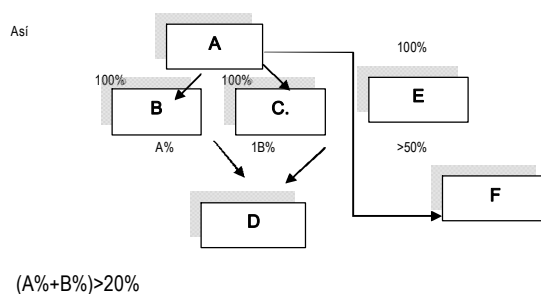
"En razón a que una vez verificados los documentos aportados en la propuesta, se encuentra que la sociedad MOTA – ENGIL CONCESIOENS DE TRANSPORTES SGPS S.A. no acredita situación de control respecto de la sociedad AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A., así como tampoco se acredita situación de control de MOTA – ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. respecto a la sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTEROR S.A., en las condiciones establecidas en el numeral 3.5 del Pliego de Condiciones, y en concordancia con la respuesta a la primera pregunta de la sexta ronda dada por la entidad, el Comité Evaluador del proceso licitatorio del asunto, de la manera más atenta, se permite requerir al proponente Concesionaria Vial del Caribe S.A.S. PSF para que a través de su representante legal, allegue la información que acredite la situación de control respecto de las sociedades mencionadas anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5 y sus subnumerales del pliego de condiciones, a más tardar a las 16:00 horas del día XXXXX de 2010, los cuales deberán ser radicados en la Oficina de Correspondencia del Instituto Nacional de Concesiones –INCO.

A continuación se transcribe la pregunta y respuesta número uno, de la sexta ronda de respuestas, a la que se alude:

"Primero:

- *De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, el Proponente puede presentar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz.*
- *Para estos efectos habrá control, entre otros eventos, cuando se verifique que la matriz respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acredita, tiene el 50% o más del capital. Todo lo anterior en los términos del Código de Comercio Colombiano.*
- *De otro lado, el artículo 260 del Código de Comercio, establece que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra 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.***
- *Por su parte, el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones establece que se puede acreditar experiencia bajo figuras asociativas con terceros, siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiera sido de al menos del 20%.*

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”.

Respuestas

“Los Pliegos, aunque prevén la opción de acreditar experiencia de la matriz y de sociedades controladas por la matriz, no señalan de manera expresa que pueden sumarse porcentajes de participación entre varias sociedades controladas por una misma matriz a fin de sumar el porcentaje mínimo requerido, tal como se plantea en la comunicación.

En efecto, los pliegos señalan dos reglas generales: (i) es viable acreditar experiencia de matrices, controladas o sociedades controladas por la matriz. En este caso, se debe demostrar la situación de control en los términos previstos en el numeral 3.5. de los pliegos; (ii) es viable acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales anteriores caso en el cual debe tener de manera directa el Proponente o MAP tal participación en la figura asociativa.

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”

RESPUESTA DEL INCO

Mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-016406-2 de fecha 19 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. Promesa de Sociedad Futura da respuesta al requerimiento al que aludió anteriormente en el siguiente sentido:

(...)

“No obstante lo anterior, en respuesta al requerimiento de la referencia, ratificamos que la situación de control que se nos solicitó acreditar, en efecto existe y se comprueba tal y como se indica a continuación.

II. Conforme a lo establecido en el numeral 3.5.1 del pliego de condiciones, la situación de control se acredita con la comprobación de alguno o varios de los siguientes supuestos:

“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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Al respecto es importante citar el artículo 261 del Código de Comercio que estipula:

“**Art. 261. Subrogado. Ley 222 de 1995, Art. 27. Presunciones de subordinación.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en una 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 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 20. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En aplicación a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 261 del Código de Comercio, la sociedad MOTA-ENGIL SGPS S.A. matriz de la sociedad ASCENDI-CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. controla a través de ésta a las sociedades CONCESIONARIA LUSOLISBOA AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. (sociedades concesionarias de objeto único), en los términos de las certificaciones que se adjuntan, debidamente apostilladas, legalizadas y traducidas, con las cuales se da cumplimiento a lo dispuesto en numeral 3, literal c) del numeral 3.5.2 del pliego de condiciones y para acreditar el requisito de experiencia previsto en el numeral 3.6. del pliego.

II. Por último, es importante aclarar a la entidad que la sociedad que tiene la participación accionaria en las sociedades LUSOLISBOAS AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A., es la sociedad MOTA ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. y no la sociedad MOTA ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. como equivocadamente se indica en el requerimiento de la referencia”.

Adjunta a la comunicación referida, se anexa una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota – Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, en la que señalan:

“**CERTIFICAMOS** que:

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 36,09%

Banco Espírito Santo, S.A. — 17,50%

Opway— Engenharia, S.A. — 12,38%

Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%

Hagen Engenharia, SA. — 3,30%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%

Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%

Rosas Construtores, S.A. - 3,30%

2) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37,08%

Banco Espírito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%

Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%

ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, SA. — 7,70%

Hagen Engenharia, S.A. — 3,85%

Empresa de Coristruções Amândio Carvaiho, S.A. - 3,85%

Rosas Construtores, S.A. - 3,85%

3) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 60% de la participación accionaria de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, SA. y el capital de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de propiedad en un 100% de la sociedad Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia MotaEngil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.

4) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 100% de la participación accionaria de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. es de propiedad de Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia Mota-Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A.

5) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial (en adelante el "Acuerdo") bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. y Mota-Engil — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.). En virtud del Acuerdo, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales (hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) (Subrayado fuera de texto)

(i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.

(u) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,

(iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y

(iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.

6) Las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.

7) Que las sociedades Lusolísboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se

encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.

8) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.

y

9) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

10) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

En consecuencia:

a) Desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil, SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.

b) A partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), en virtud de lo indicado en los numerales 9) y 10) del presente certificado, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.”

Así mismo, se adjunta una certificación debidamente legalizada y apostillada, suscrita por el presidente de la sociedad Aenor Douro – Estradas do Douro Interior S.A, señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes certificaron que:

“1) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37.08%

Banco Espírito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%

Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%

ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 7,70%

Hagen Engenharia, SA. — 3,85%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,85%

Rosas Construtores, SA. - 3,85%

2) A partir de la fecha de su constitución y hasta la fecha, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A., Banco Espírito Santo, S.A., Opway — Engenharia, S.A., Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. y ESConcessões, SGPS, S.A. acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espírito Santo, la representación por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil, SGPS, S.A.) teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima decisoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.

(subsidiaria de Mota Engil SGPS, S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control de Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A.”

Finalmente, se adjunta una certificación suscrita por el presidente de la sociedad Lusolisboa – Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A., señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes indican:

“CERTIFICAMOS que:

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, SA. - 36.09%

Banco Espirito Santo, S.A. — 17,50%

Opway — Engenharia, S.A. — 12,38%

Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%

Hagen Engenharia, SA. — 3,30%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%

Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%

Rosas Construtores, SA. - 3,30%

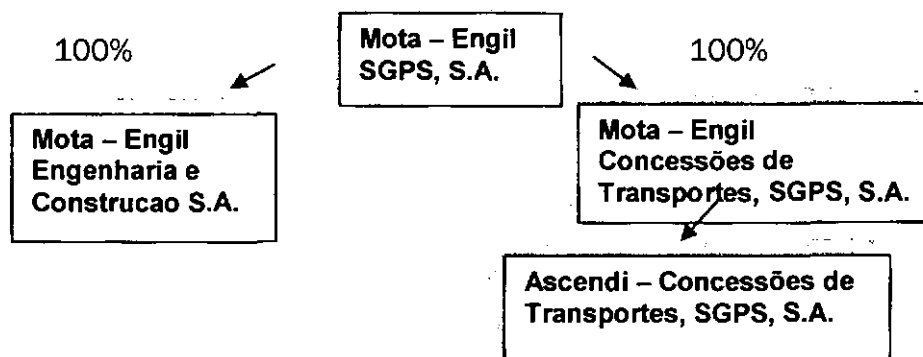
2) Que a partir del mes de octubre de 2006 los siguientes accionistas, MotaEngil, Engenharia e Construção, SA. con el 36.09% del capital social, Banco Espirito Santo, S.A. con el 17,50% del capital social y Opway — Engenharia, S.A. con el 12,38% del capital social, acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espirito Santo, que ejercerían los derechos de voto en el mismo sentido, y con lo cual dichas empresas detentan más de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva. Como consecuencia de lo anterior, se permitió que Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. (subsidiaria de Mota-Engil, SGPS, S.A.) ejerciese el control en representación de las empresas antes indicadas en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A.

3) A partir de la constitución de la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007) y hasta la fecha, las empresas aludidas han sido representadas por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima decisoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil SGPS S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Confrontados los documentos aportados en la propuesta del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSP, en los cuales se acredita la situación de control, frente a la documentación aportada por el representante legal de dicho proponente, mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015406-6 a los que nos referimos anteriormente, el Comité Evaluador encuentra:

9. Que en la propuesta a folios 537 a 539, los administradores de la sociedades MOTA- ENGIL, SGPS, S.A., MOTA – ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇAO, S.A., MOTA – ENGIL, CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A. y ASCENDI - CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., certifican que:

“... (i) la sociedad Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. es propietaria de más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la sociedad Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. y, (ii) a su vez la sociedad Mota – Engil, SGPS, S.A. es propietaria del 100% del capital de la sociedad Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., y (iii) a su vez la sociedad Mota – Engil, SGPS, S.A. es propietaria del 100% del capital de la sociedad Mota – Engil – Engenharia e Construção S.A. ... ”



“De acuerdo con lo anterior y en los términos del artículo 260 del Código de Comercio de Colombia, Mota - Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS S.A., y las sociedades Mota - Engil - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. y Mota - Engil - Engenharia e Construcao S.A. son sociedades controladas por Mota - Engil, SGPS, S.A.”

10. Que como lo indica el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, en su comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio de 2010, los Requisitos Habilitantes los podía acreditar, el Proponente, o el miembro de la Estructura Plural, con sociedades controladas, con su matriz o con sociedades controladas por su matriz, situaciones claramente regladas en el cada uno de los literales (a), (b) y (c) que componen el numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones.

Para el caso presentado en la propuestas, se acredita los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz, como fue el caso de Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

En cumplimiento de lo anterior, y como quedo probado dentro de los documentos aportados en la propuesta Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., acreditó la “Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura” que tenía la sociedad Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. controlada de la matriz del miembro de la estructura plural, en las concesiones (i) Grande Lisboa S.A (tal como consta en los folios 229 a 401), y (ii) Douro Interior, para lo cual se allegó la documentación que soporta dicha situación, en los términos exigidos en el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

11. Ahora bien, a raíz del requerimiento que efectúa la Directora del Comité Evaluador, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, allega una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota - Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi - Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, cuyo contenido es ratificado en otras dos, en la que se indica:

- s.) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial, el cual no se adjunta, bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construcao, S.A. y Mota-Engil — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y el Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.).

- t.) En virtud del Acuerdo mencionado, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., y
- (i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.
 - (ii) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,
 - (iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y
 - (iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.
- u.) Que las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.
- v.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.
- w.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.
- x.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
- y.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
- z.) Que desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil,SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad

Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.

- aa.) Que finalmente concluyen certificando que a partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.

12. Que según consta a folio 71 se presenta es una declaración juramentada en la que se certifica la fecha de constitución de la sociedad comercial ASCENDI – CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., fue el 20 de diciembre de 2007-

De la lectura juiciosa de las certificaciones aportadas y de los documentos que reposan en la propuesta, se evidencia claramente que el miembro de la Estructura Plural Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. pasa de acreditar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz en las condiciones dispuestas en el literal (c) del numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones, a acreditar Requisitos Habilitantes a través de sociedades controladas por ella, en los términos del literal (b) del numeral 3.5.2 del Pliego, situación que deja de presente incoherencias en la información aportada, dado que desde la constitución de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007), en virtud del Acuerdo de Cooperación Empresarial (no fue aportado), tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A..

En consecuencia, el Comité Evaluador no encuentra razón que justifique la modificación de la forma de acreditar la situación de control, posterior al requerimiento efectuado por la entidad, si desde hace casi tres años, la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., detenta control sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., supuestos facticos que por lógica han sido conocidos con anterioridad por el miembro de la estructura plural, y cuyo control se encontraba enmarcado en las condiciones establecidas en el literal (ii) del numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, en consecuencia, la calificación jurídica es **NO ADMISIBLE**.

OBSERVACIÓN No. 5

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 se exige en el Pliego de Condiciones...”

RESPUESTA DEL INCO

En respuesta, el proponente observado manifiesta “No procede la observación, todas las apostillas fueron entregadas en original”

Sobre el particular el comité evaluador, una vez revisados los documentos a que se hace mención, ratifica lo expresado por el proponente observado, precisando además, que las copias entregadas al observante, son copia de la primera copia de la propuesta y no del original.

OBSERVACIÓN No. 6

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

(...)

“El proponente adjuntó un Acta de 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 facultades estatutarias para autorizar al representante para participar en el proceso SEA-LP-001-2010 .”

(...)

RESPUESTA DEL INCO

Dentro de la comunicación remitida por el representante legal de la Promesa de Sociedad Futura Concesión Vial del Caribe S.A. en la que da respuesta a las observaciones presentadas a su propuesta por los demás proponentes, acompaña la escritura por medio de la cual la sociedad MEYAN S.A. se transformó de limitada a anónima en donde se encuentran los estatutos de la misma. En el literal (ii) del párrafo 21 de la escritura pública No. 2018 de fecha 23 de abril de 2004 de la Notaria Sexta de Bogotá, que contiene los citados estatutos de MEYAN S.A., en el que se lee:

“Se exceptúan de autorización previa de la junta directiva y su suplente las siguientes actividades, cualquiera que sea su cuantía... (ii) Formulación de propuestas u ofertas ante entidades públicas o privadas, mediante licitación o sin ella, de manera individual o en unión con otra u otras personas naturales o jurídicas, en consorcios o en cualquier otra forma que establece la Ley, para celebración de contratos de prestación, de ejecución de obras o de aquellas que constituyan el giro ordinario de los negocios de la sociedad...”

En consecuencia, como acertadamente lo observa el representante legal de la Promesa de Sociedad Futura Concesión Vial del Caribe S.A., el acta que se aporta de la Junta Directiva reitera las facultades del representante legal para comprometer a la sociedad MEYAN S.A., situación que no implica que tuviera limitación para contratar, lo que significa que la observación presentada no tenga ningún fundamento legal, y por lo tanto debe ser desestimada por el Comité Evaluador.

OBSERVACIÓN No. 7

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

“La sociedad MOTA ENGIL SGPS S.A. no es un miembro de la Estructura Plural sino que funge como matriz de la sociedad ASCENDI CONCESIONES DE TRANSPORTE SGPS S.A. Contrario a dicha situación fáctica, el Formato 2A 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.”

RESPUESTA DE INCO

Ver respuesta del componente financiero del Comité Evaluador

OBSERVACIÓN No. 7

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

(...)

“Si bien se encuentra probado que las personas que suscriben la fianza tienen Representación Legal de la sociedad MOTA ENGIL SGPS S.A., **no se encuentra probado que MOTA ENGIL SGPS S.A. cuente con plenas aptitudes jurídicas para poder garantizar obligaciones de terceros, constituir la garantía única de cumplimiento, otorgar cartas 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”**”

RESPUESTA DEL INCO

Antes de entrar a dar respuesta al observante, es importante señalar lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, respecto de la Fianza:

En el literal (z) del numeral 1.4, señala:

“(z) “Fianza”. Es el contrato atípico que suscribirán (i) los futuros accionistas de la Promesa de Sociedad Futura; y/o (ii) las sociedades controlantes de los Proponentes que acrediten Requisitos Habilitantes de su matriz y/o; (iii) los accionistas del SPV. En los casos señalados en los numerales (i) y (iii) solamente suscribirán la Fianza los accionistas o futuros accionistas que sean MAP y acrediten la experiencia señalada en los numerales 3.6, 3.7.2 y 3.8 de estos Pliegos de Condiciones, aquellos MAP que no acrediten al menos uno de tales requisitos de experiencia no deberán diligenciar la Fianza. La Fianza para la situación prevista en el numeral (ii) se 1 sujetará a los términos y condiciones señalados en el Anexo 2A de estos Pliegos y la Fianza para las situaciones descritas en los numerales (i) y (iii) se sujetará a los términos y condiciones señalados en el Anexo 2B.”

En el numeral 3.3.4 de Pliego literal (b), más adelante en la definición de Promesa de Sociedad Futura, se indica:

“(b) Promesa de Sociedad Futura: Para participar bajo esta forma de asociación deberán cumplirse los siguientes requisitos:

(...)

(vi) Así mismo, junto con el contrato de promesa de sociedad el(los) futuro(s) accionistas o socios o partícipes que sean MAP y acrediten Requisitos Habilitantes deberán cada uno suscribir una Fianza, cuya única condición suspensiva válida será la Adjudicación del Sector.”

Por su parte, el literal (c) del numeral 3.5.2 del Pliego, establece:

*“(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 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 1 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)*

En el presente caso, y como acertadamente lo afirma el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S, PSF en su comunicación No. 2010-409-015615.2 de fecha 9 de julio de 2010, la firma que representa cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos por el Pliego de Condiciones en cuanto a la Fianza.

Así mismo, se entregó una certificación de fotocopia suscrita por el abogado Nuno Silva, en la que indica según traducción oficial que “CERTIFICO, al abrigo de lo dispuesto en el Decreto Ley n° 28/2000, del 13 de

Marzo, que la presente fotocopia, contenido en dieciocho hojas, que enumero y rubrico, constituye copia integral del Registro Permanente de la sociedad anónima denominada "MOTA – ENGIL, SGPS, S.A." con código de acceso 6116-7343-0157, suscrita el 20 de noviembre de 2009, la cual está según el original..."

Una vez verificada la información contenida en el documento de traducción oficial del Certificado Permanente de la sociedad denominada MOTA – ENGIL, SGPS, S.A., se encuentra probado que:

- (i) La sociedad MOTA – ENGIL, SGPS, S.A. se encuentra vigente y matriculada con el NIPC: 502399694, y que,
- (ii) El objeto es: *"Gestión de participaciones sociales de otras sociedades, como forma indirecta de ejercicio de actividades económicas"*.
- (iii) La Forma de Obligar: "Todos los documentos que obliguen a la sociedad, incluyendo cheques, letras de cambio, libranzas y títulos bancarios, tendrán validez cuando asignados: a) por el Presidente..."
- (iv) Forma de obligar/órganos sociales: "a) Por la firma conjunta de dos Administradores..."

Así las cosas, los miembros del Comité Evaluador encuentran que dentro del certificado permanente de la sociedad MOTA – ENGIL, SGPS, S.A., no se registra ninguna restricción sobre sus aptitudes jurídicas para poder garantizar obligaciones de terceros en las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones, y estando sus administradores plenamente facultados para comprometer a dicha sociedad, la Fianza suscrita por los Vicepresidentes Jorge Paulo Sacadura Almeida Coelho y Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins de la sociedad comercial anónima MOTA – ENGIL, SGPS, S.A. cuenta con plena validez legal, por lo tanto, la observación es desestimada.

OBSERVACIÓN No. 8

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

(...)

"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"

Mediante comunicación No. 2010-409-015763-2 de fecha 13 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S, PSF, da respuesta a la observación presentada en los siguientes términos:

(...)

"Nos permitimos citar los siguientes apartados:

"Al respecto expresó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: "Con relación a la certificación expedida por el embajador de Colombia en España donde afirma que la administración española extiende un tramo similar a las empresas colombianas con respecto al trato que reciban las empresas españolas en Colombia en materia de concursos de suministros de bienes y servicios, no consideramos que sea suficiente para satisfacer los requerimientos de reciprocidad enunciados en la ley 816 de 2003. De conformidad con la norma tan solo se puede comprobar reciprocidad cuando el tratamiento se extiende a los bienes y servicios de manera específica, no a las empresas encargadas de suministrarlos..."

"...Por su parte el Ministerio de Relaciones Exteriores, expresó: es necesario precisar que cuando se expone en el Informe de la Misión Colombiana que la "Administración Española admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas españolas sean admitidas a licitación en concursos convocados por la Administración de la República de Colombia", no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades españolas de otorgar unilateralmente trato a nacional a los bienes y servicios colombianos, si no que se enuncia que el tratamiento que se concederá sería el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios españoles..."

El observante, conforme a las citas expuestas, se permite indicar:

“En virtud de los anterior, el INCO desestimó la certificación de reciprocidad emitida por la Misión Diplomática del Reino de España en los Informes de Evaluación de las diferentes propuestas presentadas en la Licitación para los sectores 1 y 2 de la Ruta del Sol, publicados el 9 de diciembre de 2009, señalando que no se reconoce debidamente acreditada la reciprocidad entre Colombia y España.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Y concluye lo siguiente:

“O) ... En la medida en que, siguiendo las palabras del Ministerio de Comercio Exterior, “el tratamiento se extiende a los bienes y servicios de manera específica, no a las empresas encargadas de suministrarlos”, se tiene entonces que, al otorgar el tratamiento a las empresas y no a los bienes y servicios, se estaría desconociendo el postulado exigido en el Artículo 1° de la ley 816 de 2003; y

(u) Adaptando las palabras del Ministerio de Relaciones Exteriores, no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades portuguesas de otorgar unilateralmente trato nacional a bienes y servicios colombianos (Subrayado nuestro) si no que enuncia que el tratamiento que se concederá sería el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios portugueses”.

(...)

“Al comparar los dos textos existe una diferencia fundamental la cual permite esclarecer cualquier duda que eventualmente pudiera tenerse sobre la validez y alcance de la certificación aportada en nuestra oferta para acreditar la reciprocidad. La diferencia esencial radica en la autoridad del Estado de Portugal sobre la cual se sustenta la certificación. En el caso del documento que obra a folio 614 de nuestra oferta éste indica que existe una autoridad específica que acredita la reciprocidad en el Estado de Portugal, que de acuerdo con ella es la Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal —AICEP-, del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal (En adelante AICEP)

Conforme a lo anterior, las diferencias entre una y otra son como sigue:

1. Se acreditó la reciprocidad entre Colombia y Portugal, y no entre Colombia y España, esto es dos situaciones totalmente diferentes.

2. En el proceso de licitación, el oferente anterior no indicó la autoridad competente para informar de la aplicación de reciprocidad en el Reino de España.

La importancia de esta referencia radica en que las relaciones internacionales de cada Estado son diferentes y la forma en que las aplican no puede ser extensiva a otros estados.

Tan es así que mientras la certificación expedida por la misión diplomática de Colombia en España se limita al concepto general e indeterminado de “Administración Española”, en tanto que la misión diplomática de Colombia en Portugal certifica con total claridad que en materia de reciprocidad si existe un órgano específico y particular de la Administración Portuguesa para ese fin.

La identificación del órgano estatal no es una simple mención, es un elemento probatorio que permite presentar el alcance y efecto de la certificación de reciprocidad.

La Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal -AICEP-, del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal, es una entidad pública que como tal se encuentra sometida al imperio de la ley, y por lo tanto, cualquier manifestación o información que suministre debe corresponder a sus facultades y al objeto que le haya concedido la misma, así, estas actuaciones y pronunciamientos obligan al órgano estatal.

El objeto y competencia de éste organismo se resume en lo dicho por el Instituto de Comercio Exterior de España (en adelante ICEX), Organismo Público con personalidad jurídica propia adscrito a la Secretaría de Estado de Comercio dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el escrito que se encuentra en el vínculo:

<http://www.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/viewDocumentjO,,,OO.bin?doc=4112565>, en los siguientes términos:

“Es la entidad exclusiva de acogida de toda la inversión extranjera, independientemente de su dimensión. Tiene por objeto promover activamente condiciones propicias y apoyos a la realización de grandes proyectos de inversión, sean nacionales o extranjeros, y es la entidad competente para en representación del Estado, recibir, analizar negociar y contratar dichos proyectos de inversión.”

En uso de las competencias y facultades otorgadas es que el AICEP informa a la misión diplomática de Colombia —Embajada de Colombia- que existe reciprocidad en materia de ofertas de bienes y servicios. La

reciprocidad no obedece a una interpretación propia del oferente, o de algún organismo de la República de Colombia. La reciprocidad se aplica en virtud de lo establecido en el decreto ley 203 de 2003 del estado de Portugal que eliminó cualquier trato diferencial, así lo cita el mencionado documento del ICEX:

La legislación portuguesa no ha establecido sectores prohibidos a la inversión extranjera. Admite sin embargo, restricciones a la libertad de establecimiento para proyectos que por su naturaleza, forma o condiciones de realización puedan afectar el orden, seguridad o salud pública, así como los relacionados con la industria de material de guerra, casos para los que se prevé un procedimiento de autorización previa a la realización de los mismos. Está limitado el acceso (tanto a inversores nacionales como extranjeros) a determinadas actividades económicas, como son: captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, comunicaciones por vía postal, transportes ferroviarios en régimen de servicio público y la explotación de puertos marítimos. Los operadores privados pueden tener acceso a estas actividades pero solamente a través de contratos de concesión.

El Gobierno aprobó por el Decreto Ley 203/2003 de 10 de septiembre un régimen contractual único al objeto de terminar con el tratamiento diferenciado entre la inversión extranjera y la nacional. Este texto deroga el régimen existente hasta ese momento, que obligaba a un registro 'a posteriori' de las operaciones de inversión extranjera en Portugal." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo anterior comprueba como dos países pueden manejar sus relaciones comerciales en distinta forma y bajo parámetros diferentes. Así mientras España en concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, del Ministerio de Comercio Exterior de Colombia y del observante no otorga reciprocidad, Portugal sí lo hace por expresa disposición legal -Decreto Ley No.203 de 2003, reconocido igualmente en el texto que consta en el siguiente hipervínculo

http://www.oficinascomerciales.es/icex/cda/controller/pae0fecomes/0,5310,52804495299369_5296234_0_PT.00.html, del cual extractamos:

"El Gobierno aprobó por el Decreto Ley 203/2003 de 10 de septiembre un régimen contractual único al objeto de terminar con el tratamiento diferenciado entre la inversión extranjera y la nacional. Este texto deroga el régimen existente hasta entonces, que obligaba a un registro a posteriori de las operaciones de inversión extranjera en Portugal.

Este es un régimen especial de contratación de apoyos e incentivos aplicable exclusivamente a grandes proyectos de inversión, en el marco de las competencias de AICEP — Agencia para la Inversión y el Comercio Exterior de Portugal" (Subrayado y negrilla fuera de texto), y así lo certifica la Misión Diplomática de Colombia en Portugal.

Conforme a lo anterior, es claro que la Misión Diplomática de Colombia en Portugal sí cumplió con los requisitos exigidos por la Ley 816 artículo 1, párrafo único y con el aparte y. 2 del numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones, para acreditar la reciprocidad en ausencia de tratados o convenios. Fluye también de la certificación, que el párrafo único del citado artículo 10 de la Ley 816 de 2003 también permite a falta de tratado o convenio, que las Misiones Diplomáticas acrediten la reciprocidad, siempre que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios de los extranjeros en su país. Es lo que ocurre a nivel general con el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y a nivel especial, con el aparte y. 2 del numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones.

Lo anterior, nos permite refutar las conclusiones que realiza el observante respecto a la acreditación de reciprocidad en los siguientes términos:

1. La legislación de Portugal no prohíbe la inversión extranjera, ni la diferencia de trato entre Nacionales y extranjeros. Por lo tanto, la reciprocidad incluye sin distinción o limitación alguna a bienes, servicios y empresas. La conclusión del observante es errónea.

2. Contrario a lo que manifiesta el observante, al existir una legislación específica en materia de protección a la inversión extranjera y una entidad con la obligación de aplicar la normativa en esta misma, no puede afirmarse bajo ninguna circunstancia que no hay obligación por parte de Portugal o sus autoridades de honrar la reciprocidad que la misma ley exige, decreto ley 203 de 2003.

Recordamos que de igual forma, es derecho del proponente utilizar todos los medios probatorios que estén a su alcance para invocar y establecer el derecho de reciprocidad, así lo indica la honorable jurisprudencia del Consejo de Estado:

"El peticionario podrá allegar todas las formas probatorias que, de acuerdo con la legislación colombiana y con los tratados internacionales respectivos, den mérito a su requerimiento. Si el contrato celebrado por una

entidad u organismo del Estado hubiere desconocido los criterios previstos en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o violado el principio de reciprocidad, podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ésta, con base en el artículo 44 del estatuto de contratación estatal, declare si hay lugar a la nulidad absoluta del contrato. Como se dijo en la primera respuesta, el principio de reciprocidad no es de aplicación general en la contratación estatal. Las entidades y organismos del Estado de todo orden, para los efectos propios de la ley 80 de 1993, deben implementar mecanismos de desagregación tanto para los proyectos de inversión que manejen directamente como para aquellos que realicen mediante contratos de asociación. (Consejo de Estado. Sala de consulta. Conc. 1013 Diciembre, 16/97 M.P. Augusto Trejos Jaramillo) (Subrayado y negrilla fuera de texto) La conclusión final es que la certificación aportada en nuestra propuesta cumple con lo exigido por el Pliego de Condiciones numeral 3.3.2, (b) (y) ordinal 2 para acreditar la reciprocidad, por lo tanto, no solo la observación no es procedente, sino que además la puntuación que se le debe otorgar al proponente es de cien puntos (100) por apoyo a la industria nacional.”

RESPUESTA DEL INCO

Para efectos de acreditar la Reciprocidad con el país de Portugal fue aportada Certificación expedida por el Embajador de Colombia en Portugal en la que se expresa “Que de conformidad con la información suministrada por el Gobierno de Portugal, a través de la Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal –AICEP del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal, la administración portuguesa admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro 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. En todo caso, las empresas colombianas deberán cumplir, al igual que las portuguesas, con los requisitos establecidos en la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas de Portugal.”.

Teniendo en cuenta que artículo 1º de la Ley 816 de 2003, establece en su párrafo que: “Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios (...) de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.”, se elevó consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que conceptúen si con la certificación aportada puede considerarse que en Portugal a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concede el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios portugueses, como lo prevé la Ley 816 de 2003.

En consecuencia, no se acepta la observación hasta tanto se obtenga el concepto de los Ministerios antes citados.

OBSERVACIÓN No. 9

7. 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 apoderado 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...”

RESPUESTA DEL INCO

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil en su artículo 67, el cual señala:

“ART. 67.- Reconocimiento del apoderado. Para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que éste sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente o por su ejecución” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En razón a lo anterior, teniendo en cuenta que si bien el poder conferido a los señores MARCELA CASTRO y GUSTAVO CASTILLA no fueron aceptados expresamente en el documento en que se otorgó, no menos cierto que al haber actuado como mandatarios de su poderdante dentro del proceso que nos ocupa, tal y

como se evidencia en los documentos aportados en la propuesta, la aceptación se efectuó como lo indica el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil subrayado en el párrafo anterior.

Por lo tanto, la entidad no acoge la observación.

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONETE VÍAS DE COLOMBIA S.A.S – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Observaciones presentadas mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015425-2 de fecha 08 de julio de 2010, hora 15:03:55

OBSERVACIÓN No. 1

“ 4.1 OBSERVACIONES FRENTE A LOS REQUISISTOS GENERALES

4.1.2. Capacidad Jurídica del Apoderado

- Exigencia del Pliego de Condiciones

El numeral 3.3.4 del pliego de condiciones señala lo siguiente, en relación con la forma de acreditar la capacidad del apoderado:

(...)

...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...

(...)

En la promesa de sociedad Futura visible a folio 611, no costa la presentación personal de los representantes legales de los siguientes miembros del proponente: Mario Huertas Cotes, MEYAN y PROCOPAL, quienes otorgan poder en el documento donde consta la promesa de sociedad futura.”

RESPUESTA DEL INCO

Una vez verificados los hechos que pone de presente el observante, se encuentra que los mismos no obedecen a la realidad, en la medida que en el anverso del folio 610 se encuentra la presentación personal del señor Mario Alberto Huertas Cotes y del señor Baltazar Mesa Restrepo, representantes legales de Concesiones Vial del Caribe S.A.S PSF y de Meyan, respectivamente.

Así mismo, en el anverso del folio 611 se evidencia la presentación personal del señor Emiro Enrique López Luna representante legal de Procopal S.A.

OBSERVACIÓN No. 2

“4.1.3. Reciprocidad

- Exigencia Pliego de Condiciones

El numeral 3.3.2. del pliego de condiciones establece lo siguiente en relación con el puntaje por Apoyo a la Industria Nacional:

(...)

Dos son entonces los supuestos que contempla la norma citada para efectos de reconocer trato nacional: (i) que Colombia haya negociado con el Estado correspondiente trato nacional en materia de compras estatales; o (ii) que en el respectivo país a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales.

De conformidad con la información disponible, Colombia no ha negociado con Portugal un tratado o convenio en el que se otorgue trato nacional en materia de compras estatales.

(...)

Sobre el alcance de esta segunda opción, correspondiente “a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales”, conviene recordar que en el Proceso de Licitación SEA-LP-001-2009, correspondiente a lo que se conoció como el Proyecto Ruta del Sol,

Sector 1, 2, y 3, el INCO, en el Informe de Evaluación de los sectores 1 y 2 de la licitación pública en el SECOP el 24 de noviembre de 2009, señaló lo siguiente respecto del Proponente VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:

“Para efectos de acreditar la Reciprocidad con el Reino de España fue aportada Certificación expedida por el Embajador de Colombia en España en la que se expresa “Que de conformidad con la información suministrada por el Gobierno Español, la Administración Española admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas españolas sean admitidas a licitación en concursos convocados por la Administración de la República de Colombia. En todo caso, las empresas colombianas deberán cumplir, al igual que las españolas, con los requisitos establecidos en la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas de España.

Teniendo en cuenta que artículo 1º de la Ley 816 de 2003, establece en su párrafo que: “Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios (...) de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.”, se elevó consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que conceptúen si con la certificación aportada puede considerarse que en España a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concede el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios españoles, como lo prevé la Ley 816 de 2003.

En consecuencia, el puntaje se otorgará una vez se obtenga el concepto de los Ministerios antes citados.”

Por su parte, el Acta aclaratoria al Informe de Evaluación, publicaron en el SECOP el 9 de diciembre de 2009, determino:

“De acuerdo con lo expresado en los conceptos emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con el Reino de España no existe Acuerdo Comercial que incluya compras del Sector Público, de manera que para acreditar la Reciprocidad se debe demostrar, mediante informe de la Misión Diplomática de Colombia, que en el país de que se trate, los bienes y servicios colombianos reciben trato de locales en las licitaciones públicas de ese país.

*Lo cual no fue acreditado, al respecto expresó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: “con relación a la certificación expedida por el Embajador de Colombia en España donde afirma que la administración española extiende un trato similar a las empresas colombianas con respecto al trato que reciban las empresas españolas en Colombia en materia de concursos de suministros de bienes y servicios, no consideramos que sea suficiente para satisfacer los requerimientos de reciprocidad enunciados en la Ley 816 de 2003. **De conformidad con la norma tan solo se puede comprobar la reciprocidad cuando el tratamiento se extiende a los bienes y servicios de manera específica, no a las empresas encargadas de suministrarlos...**En la actualidad no hay ningún acuerdo vigente en materia de compras públicas entre los dos países por lo que es improbable que se pueda conformar la condición de reciprocidad en mención.”*

Por su parte el Ministerio de Relaciones Exteriores, expresó: “es necesario precisar que cuando se expone en el Informe de la Misión Colombiana que ‘la Administración Española

*admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas españolas sean admitidas a licitación en concursos convocados por la Administración de la República de Colombia’, **no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades españolas de otorgar unilateralmente trato nacional a los bienes y servicios colombianos, si no que se enuncia que el tratamiento que se concederá sería el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios españoles.**” En todo caso, las empresas colombianas deberán cumplir, al igual que las españolas, con los requisitos establecidos en la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas de España.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

En virtud de lo anterior, el INCO desestimó la certificación de reciprocidad emitida por la Misión Diplomática del Reino de España en los Informes Finales de Evaluación de las diferentes propuestas presentadas en la Licitación para los sectores 1 y 2 de la Ruta del Sol publicados el 9 de diciembre de 2009, señalando que no se reconoce debidamente acreditada la reciprocidad entre Colombia y España.

Teniendo de presente entonces que, en la referida oportunidad – que también versaba sobre el Proyecto de Ruta del Sol – el INCO adoptó en un todo lo señalado en los conceptos de los Ministerios de Comercio

Exterior y Relaciones Exteriores, se tiene entonces que la certificación emitida por el Encargado de Negocios A.I. de la Embajada de Colombia ante la República Portuguesa el 25 de mayo de 2010 (cuyo texto es prácticamente el mismo que el que acreditó en esa ocasión por parte de la misión diplomática colombiana en España ante el gobierno español), no cumple con lo previsto en la Ley 816/03...

Mediante comunicación No. 2010-409-015763-2 de fecha 13 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S, PSF, da respuesta a la observación presentada en los siguientes términos:

(...)

“Nos permitimos citar los siguientes apartados:

“Al respecto expresó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: “Con relación a la certificación expedida por el embajador de Colombia en España donde afirma que la administración española extiende un tramo similar a las empresas colombianas con respecto al trato que reciban las empresas españolas en Colombia en materia de concursos de suministros de bienes y servicios, no consideramos que sea suficiente para satisfacer los requerimientos de reciprocidad enunciados en la ley 816 de 2003. De conformidad con la norma tan solo se puede comprobar reciprocidad cuando el tratamiento se extiende a los bienes y servicios de manera específica, no a las empresas encargadas de suministrarlos...”

“...Por su parte el Ministerio de Relaciones Exteriores, expresó: es necesario precisar que cuando se expone en el Informe de la Misión Colombiana que la “Administración Española admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas españolas sean admitidas a licitación en concursos convocados por la Administración de la República de Colombia”, no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades españolas de otorgar unilateralmente trato a nacional a los bienes y servicios colombianos, si no que se enuncia que el tratamiento que se concederá sería el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios españoles...”

El observante, conforme a las citas expuestas, se permite indicar:

“En virtud de los anterior, el INCO desestimó la certificación de reciprocidad emitida por la Misión Diplomática del Reino de España en los Informes de Evaluación de las diferentes propuestas presentadas en la Licitación para los sectores 1 y 2 de la Ruta del Sol, publicados el 9 de diciembre de 2009, señalando que no se reconoce debidamente acreditada la reciprocidad entre Colombia y España.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Y concluye lo siguiente:

“O) ... En la medida en que, siguiendo las palabras del Ministerio de Comercio Exterior, “el tratamiento se extiende a los bienes y servicios de manera específica, no a las empresas encargadas de suministrarlos”, se tiene entonces que, al otorgar el tratamiento a las empresas y no a los bienes y servicios, se estaría desconociendo el postulado exigido en el Artículo 1° de la ley 816 de 2003; y

(u) Adaptando las palabras del Ministerio de Relaciones Exteriores, no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades portuguesas de otorgar unilateralmente trato nacional a bienes y servicios colombianos (Subrayado nuestro) si no que enuncia que el tratamiento que se concederá sería el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios portugueses”.

(...)

“Al comparar los dos textos existe una diferencia fundamental la cual permite esclarecer cualquier duda que eventualmente pudiera tenerse sobre la validez y alcance de la certificación aportada en nuestra oferta para acreditar la reciprocidad. La diferencia esencial radica en la autoridad del Estado de Portugal sobre la cual se sustenta la certificación. En el caso del documento que obra a folio 614 de nuestra oferta éste indica que existe una autoridad específica que acredita la reciprocidad en el Estado de Portugal, que de acuerdo con ella es la Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal —AICEP-, del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal (En adelante AICEP)

Conforme a lo anterior, las diferencias entre una y otra son como sigue:

1. Se acreditó la reciprocidad entre Colombia y Portugal, y no entre Colombia y España, esto es dos situaciones totalmente diferentes.

2. En el proceso de licitación, el oferente anterior no indicó la autoridad competente para informar de la aplicación de reciprocidad en el Reino de España.

La importancia de esta referencia radica en que las relaciones internacionales de cada Estado son diferentes y la forma en que las aplican no puede ser extensiva a otros estados.

Tan es así que mientras la certificación expedida por la misión diplomática de Colombia en España se limita al concepto general e indeterminado de "Administración Española", en tanto que la misión diplomática de Colombia en Portugal certifica con total claridad que en materia de reciprocidad si existe un órgano específico y particular de la Administración Portuguesa para ese fin.

La identificación del órgano estatal no es una simple mención, es un elemento probatorio que permite presentar el alcance y efecto de la certificación de reciprocidad.

La Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal -AICEP-, del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal, es una entidad pública que como tal se encuentra sometida al imperio de la ley, y por lo tanto, cualquier manifestación o información que suministre debe corresponder a sus facultades y al objeto que le haya concedido la misma, así, estas actuaciones y pronunciamientos obligan al órgano estatal.

El objeto y competencia de éste organismo se resume en lo dicho por el Instituto de Comercio Exterior de España (en adelante ICEX), Organismo Público con personalidad jurídica propia adscrito a la Secretaría de Estado de Comercio dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el escrito que se encuentra en el vínculo:

<http://www.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/viewDocumentjO,,,OO.bin?doc=4112565>, en los siguientes términos:

"Es la entidad exclusiva de acogida de toda la inversión extranjera, independientemente de su dimensión. Tiene por objeto promover activamente condiciones propicias y apoyos a la realización de grandes proyectos de inversión, sean nacionales o extranjeros, y es la entidad competente para en representación del Estado, recibir, analizar negociar y contratar dichos proyectos de inversión."

En uso de las competencias y facultades otorgadas es que el AICEP informa a la misión diplomática de Colombia —Embajada de Colombia- que existe reciprocidad en materia de ofertas de bienes y servicios. La reciprocidad no obedece a una interpretación propia del oferente, o de algún organismo de la República de Colombia. La reciprocidad se aplica en virtud de lo establecido en el decreto ley 203 de 2003 del estado de Portugal que eliminó cualquier trato diferencial, así lo cita el mencionado documento del ICEX:

La legislación portuguesa no ha establecido sectores prohibidos a la inversión extranjera. Admite sin embargo, restricciones a la libertad de establecimiento para proyectos que por su naturaleza, forma o condiciones de realización puedan afectar el orden, seguridad o salud pública, así como los relacionados con la industria de material de guerra, casos para los que se prevé un procedimiento de autorización previa a la realización de los mismos. Está limitado el acceso (tanto a inversores nacionales como extranjeros) a determinadas actividades económicas, como son: captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, comunicaciones por vía postal, transportes ferroviarios en régimen de servicio público y la explotación de puertos marítimos. Los operadores privados pueden tener acceso a estas actividades pero solamente a través de contratos de concesión.

El Gobierno aprobó por el Decreto Ley 203/2003 de 10 de septiembre un régimen contractual único al objeto de terminar con el tratamiento diferenciado entre la inversión extranjera y la nacional Este texto deroga el régimen existente hasta ese momento, que obligaba a un registro 'a posteriori' de las operaciones de inversión extranjera en Portugal." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo anterior comprueba como dos países pueden manejar sus relaciones comerciales en distinta forma y bajo parámetros diferentes. Así mientras España en concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, del Ministerio de Comercio Exterior de Colombia y del observante no otorga reciprocidad, Portugal si lo hace por expresa disposición legal -Decreto Ley No.203 de 2003, reconocido igualmente en el texto que consta en el siguiente hipervínculo

http://www.oficinascomerciales.es/icex/cda/controller/pae0fecomes/0,5310,52804495299369_5296234_0_PT.00.html, del cual extractamos:

"El Gobierno aprobó por el Decreto Ley 203/2003 de 10 de septiembre un régimen contractual único al objeto de terminar con el tratamiento diferenciado entre la inversión extranjera y la nacional. Este texto deroga el

régimen existente hasta entonces, que obligaba a un registro a posteriori de las operaciones de inversión extranjera en Portugal.

Este es un régimen especial de contratación de apoyos e incentivos aplicable exclusivamente a grandes proyectos de inversión, en el marco de las competencias de AICEP — Agencia para la Inversión y el Comercio Exterior de Portugal” (Subrayado y negrilla fuera de texto), y así lo certifica la Misión Diplomática de Colombia en Portugal.

Conforme a lo anterior, es claro que la Misión Diplomática de Colombia en Portugal sí cumplió con los requisitos exigidos por la Ley 816 artículo 1, párrafo único y con el aparte y. 2 del numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones, para acreditar la reciprocidad en ausencia de tratados o convenios. Fluye también de la certificación, que el párrafo único del citado artículo 10 de la Ley 816 de 2003 también permite a falta de tratado o convenio, que las Misiones Diplomáticas acrediten la reciprocidad, siempre que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios de los extranjeros en su país. Es lo que ocurre a nivel general con el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y a nivel especial, con el aparte y. 2 del numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones.

Lo anterior, nos permite refutar las conclusiones que realiza el observante respecto a la acreditación de reciprocidad en los siguientes términos:

1. La legislación de Portugal no prohíbe la inversión extranjera, ni la diferencia de trato entre Nacionales y extranjeros. Por lo tanto, la reciprocidad incluye sin distinción o limitación alguna a bienes, servicios y empresas. La conclusión del observante es errónea.

2. Contrario a lo que manifiesta el observante, al existir una legislación específica en materia de protección a la inversión extranjera y una entidad con la obligación de aplicar la normativa en esta misma, no puede afirmarse bajo ninguna circunstancia que no hay obligación por parte de Portugal o sus autoridades de honrar la reciprocidad que la misma ley exige, decreto ley 203 de 2003.

Recordamos que de igual forma, es derecho del proponente utilizar todos los medios probatorios que estén a su alcance para invocar y establecer el derecho de reciprocidad, así lo indica la honorable jurisprudencia del Consejo de Estado:

“El peticionario podrá allegar todas las formas probatorias que, de acuerdo con la legislación colombiana y con los tratados internacionales respectivos, den mérito a su requerimiento. Si el contrato celebrado por una entidad u organismo del Estado hubiere desconocido los criterios previstos en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o violado el principio de reciprocidad, podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ésta, con base en el artículo 44 del estatuto de contratación estatal, declare si hay lugar a la nulidad absoluta del contrato. Como se dijo en la primera respuesta, el principio de reciprocidad no es de aplicación general en la contratación estatal. Las entidades y organismos del Estado de todo orden, para los efectos propios de la ley 80 de 1993, deben implementar mecanismos de desagregación tanto para los proyectos de inversión que manejen directamente como para aquellos que realicen mediante contratos de asociación. (Consejo de Estado. Sala de consulta. Conc. 1013 Diciembre, 16/97 M.P. Augusto Trejos Jaramillo) (Subrayado y negrilla fuera de texto) La conclusión final es que la certificación aportada en nuestra propuesta cumple con lo exigido por el Pliego de Condiciones numeral 3.3.2, (b) (y) ordinal 2 para acreditar la reciprocidad, por lo tanto, no solo la observación no es procedente, sino que además la puntuación que se le debe otorgar al proponente es de cien puntos (100) por apoyo a la industria nacional.”

RESPUESTA DEL INCO

Para efectos de acreditar la Reciprocidad con el país de Portugal fue aportada Certificación expedida por el Embajador de Colombia en Portugal en la que se expresa “Que de conformidad con la información suministrada por el Gobierno de Portugal, a través de la Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal –AICEP del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal, la administración portuguesa admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro 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. En todo caso, las empresas colombianas deberán cumplir, al igual que las portuguesas, con los requisitos establecidos en la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas de Portugal.”

Teniendo en cuenta que artículo 1º de la Ley 816 de 2003, establece en su parágrafo que: “Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios (...) de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.”, se elevó consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que conceptúen si con la certificación aportada puede considerarse que en Portugal a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concede el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios portugueses, como lo prevé la Ley 816 de 2003.

En consecuencia, no se acepta la observación hasta tanto se obtenga el concepto de los Ministerios antes citados.

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A.– PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Observaciones presentadas mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015319-2 de fecha 07 de julio de 2010, hora 15:46:35

OBSERVACIÓN No. 1

“D. CAPACIDAD JURÍDICA – OBSERVACIÓN GENERAL

D1. Legalización documentos extranjeros por parte de autoridad competente.

Debido a que todos los documentos extranjeros presentados en la Propuesta observada tienen un común denominador consistente en la Certificación de fotocopia mediante la cual se acredita que los documentos son copias fieles de originales; se observa lo siguiente:

Que esta certificación es expedida por el abogado Nuno Silva con Cédula profesional No. 12731L, el cual no acredita facultades legales que le permitan dar fe de la legalidad de los documentos. Lo anterior se concluye debido a que en Portugal existen notarías encargadas de esta función y que no obstante existir el Decreto – ley No. 28 de 2000; no es claro que un abogado que ejerza su profesión de manera privada pueda emitir este tipo de documentos”.

RESPUESTA DEL INCO

Una vez verificado los documentos expedidos por el abogado Nuno Silva, se evidencia que en todos y cada uno de los documentos se expresa que los actos registrados en la orden de abogados se efectúa en los términos y para los efectos de lo dispuesto en el artículo 38º del Decreto – Ley nº 76-A/2006 del 26 de marzo, y al respecto a folios 170 y 171 se indica:

“En los términos del artículo 38º, nº 2 del Decreto – Ley nº 76-A/2006 del 29 de marzo, los reconocimientos, las autenticaciones y las certificaciones efectuadas por abogado o solicitador, confieren a los documentos el mismo valor probatorio que tendría si tales actos hubiesen sido realizados con la intervención notarial”

Lo anterior queda plenamente probado, como acertadamente lo manifiesta el proponente observado en el documento allegado, cuando indica que es el mismo Procurador General del Estado Portugués el que confiere a las certificaciones emitidas por el abogado Nuno Silva el reconocimiento de ser documentos públicos al imponerles la legalización de la Apostille. Es así como, la apostilla impuesta en las certificaciones aludidas por el observante, son prueba del carácter de público del documento expedido por el abogado Silva, la condición en que éste actúa y la fecha de legalización.

En consecuencia, la entidad no acoge los argumentos del observante.

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL

Observaciones presentadas mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015314-2 de fecha 07 de julio de 2010, hora 15:16:42

OBSERVACIÓN No. 1

“3.1. No existe aceptación por parte del señor Mario Huertas del poder que se le confiere como representante legal y apoderado de la sociedad futura, siendo que este es un requisito expresamente exigido en el numeral (ii) literal (b) del numeral 3.3.4., en concordancia con el numeral 3.3.5. del pliego de condiciones...”

RESPUESTA DEL INCO

En respuesta, el proponente observado manifiesta que “a folio 610 de nuestra oferta en el anverso consta el sello del notario que acredita el reconocimiento de la firma del señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y sus autenticidad. Con esta constancia se da cumplimiento a lo exigido en el numeral 3.3.4. y se da plena constancia de la aceptación que hace MARIO ALBERTO HUERTAS COTES a su designación como representante...”

Sobre el particular el comité evaluador, una vez revisados los documentos a que se hace mención, ratifica lo expresado por el proponente observado.

OBSERVACIÓN No. 2

“Según se desprende de la declaración juramentada de la oferta (folio 71), en Portugal, país de origen de la sociedad Acendi = Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. no hay una entidad que se encargue de certificar su existencia, objeto, fecha de constitución, vigencia, nombre de representante legal de la sociedad o de la persona o personas que tengan capacidad jurídica para comprometerla y sus facultades señalando expresamente, si fuere el caso, que el representante no tiene limitaciones para presentar la propuesta. Se trata, de más ni menos de una declaración escueta que nada indica acerca de la información vital para acreditar la capacidad financiera. Sorprende en extremo que mientras nuestra oferta es rechazada por no indicar expresamente que no hay autoridad, a esta oferta NADA de esos le suceda, siendo que resulte en extremos incompletos sobre la información esencial que regula el numeral 3.3.2. Esto denota un tratamiento diferencial, lo cual resulta inadmisibles en un proceso de selección reglado por la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, debe indicarse que en la oferta no aparece ninguna comprobación sobre la vigencia de la compañía”

RESPUESTA DEL INCO

Una vez verificados los hechos que pone de presente el observante, se encuentra que sus afirmaciones no obedecen a la verdad, toda vez que a folio 71 lo que se presenta es una declaración juramentada en la que se certifica la fecha de constitución de la sociedad comercial ASCENDI – CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., toda vez que en Portugal no existe autoridad u organismo que certifique tal situación.

Ahora bien, como acertadamente lo afirma el proponente en su comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio de 2010, la existencia, objeto, vigencia y nombre de los representantes legales, así como la certificación de la capacidad de éstos de comprometer a la sociedad comercial ASCENDI – CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., se acredita en el Certificado Permanente y los Estatutos de dicha sociedad, los cuales constan a folio 016 a 098-

En consecuencia, la entidad no acoge los argumentos del observante.

OBSERVACIÓN No. 3

OBSERVACION GENERAL SOBRE LA RECIPROCIDAD ACREDITADA EN LAS PROPUESTA CON COMPONENTE EXTRANJERO.

Teniendo en cuenta que existen múltiples propuestas con integrantes de origen extranjero con los que Colombia no ha suscrito tratado o convenio para los propósitos del Ordinal (v) del Literal (b) del Numeral 3.3.2 del Pliego y del Numeral 4.4 ibidem, cordialmente solicitamos, al igual que el INCO lo hiciera para la Licitación Pública SEA-LP-001-2009, se oficie al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de que certifique si existe o no, la obligación o compromiso expreso de las autoridades de Italia, Portugal y Corea del Sur, para otorgar unilateralmente trato nacional a los bienes y servicios colombianos.

En caso de resultar que no existe tal obligación o compromiso, solicitamos no se le otorgue a la(s) propuesta(s) correspondiente(s) el puntaje relativo al apoyo a la industria nacional o reciprocidad.

Mediante comunicación No. 2010-409-015763-2 de fecha 13 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S, PSF, da respuesta a la observación presentada en los siguientes términos:

(...)

“Nos permitimos citar los siguientes apartados:

“Al respecto expresó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: “Con relación a la certificación expedida por el embajador de Colombia en España donde afirma que la administración española extiende un tramo similar a las empresas colombianas con respecto al trato que reciben las empresas españolas en Colombia en materia de concursos de suministros de bienes y servicios, no consideramos que sea suficiente para satisfacer los requerimientos de reciprocidad enunciados en la ley 816 de 2003. De conformidad con la norma tan solo se puede comprobar reciprocidad cuando el tratamiento se extiende a los bienes y servicios de manera específica, no a las empresas encargadas de suministrarlos...”

“...Por su parte el Ministerio de Relaciones Exteriores, expresó: es necesario precisar que cuando se expone en el Informe de la Misión Colombiana que la “Administración Española admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas españolas sean admitidas a licitación en concursos convocados por la Administración de la República de Colombia”, no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades españolas de otorgar unilateralmente trato a nacional a los bienes y servicios colombianos, si no que se enuncia que el tratamiento que se concederá sería el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios españoles...”

El observante, conforme a las citas expuestas, se permite indicar:

“En virtud de los anterior, el INCO desestimó la certificación de reciprocidad emitida por la Misión Diplomática del Reino de España en los Informes de Evaluación de las diferentes propuestas presentadas en la Licitación para los sectores 1 y 2 de la Ruta del Sol, publicados el 9 de diciembre de 2009, señalando que no se reconoce debidamente acreditada la reciprocidad entre Colombia y España.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Y concluye lo siguiente:

“O) ... En la medida en que, siguiendo las palabras del Ministerio de Comercio Exterior, “el tratamiento se extiende a los bienes y servicios de manera específica, no a las empresas encargadas de suministrarlos”, se tiene entonces que, al otorgar el tratamiento a las empresas y no a los bienes y servicios, se estaría desconociendo el postulado exigido en el Artículo 1° de la ley 816 de 2003; y

(u) Adaptando las palabras del Ministerio de Relaciones Exteriores, no se establece una obligación o compromiso expreso de parte de las autoridades portuguesas de otorgar unilateralmente trato nacional a bienes y servicios colombianos (Subrayado nuestro) si no que enuncia que el tratamiento que se concederá sería el mismo que en Colombia se brinde a los bienes y servicios portugueses”.

(...)

“Al comparar los dos textos existe una diferencia fundamental la cual permite esclarecer cualquier duda que eventualmente pudiera tenerse sobre la validez y alcance de la certificación aportada en nuestra oferta para acreditar la reciprocidad. La diferencia esencial radica en la autoridad del Estado de Portugal sobre la cual se sustenta la certificación. En el caso del documento que obra a folio 614 de nuestra oferta éste indica que existe una autoridad específica que acredita la reciprocidad en el Estado de Portugal, que de acuerdo con ella es la Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal —AICEP-, del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal (En adelante AICEP)

Conforme a lo anterior, las diferencias entre una y otra son como sigue:

1. Se acreditó la reciprocidad entre Colombia y Portugal, y no entre Colombia y España, esto es dos situaciones totalmente diferentes.

2. En el proceso de licitación, el oferente anterior no indicó la autoridad competente para informar de la aplicación de reciprocidad en el Reino de España.

La importancia de esta referencia radica en que las relaciones internacionales de cada Estado son diferentes y la forma en que las aplican no puede ser extensiva a otros estados.

Tan es así que mientras la certificación expedida por la misión diplomática de Colombia en España se limita al concepto general e indeterminado de “Administración Española”, en tanto que la misión diplomática de Colombia en Portugal certifica con total claridad que en materia de reciprocidad si existe un órgano específico y particular de la Administración Portuguesa para ese fin.

La identificación del órgano estatal no es una simple mención, es un elemento probatorio que permite presentar el alcance y efecto de la certificación de reciprocidad.

La Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal -AICEP-, del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal, es una entidad pública que como tal se encuentra sometida al imperio de la ley, y por lo tanto, cualquier manifestación o información que suministre debe corresponder a sus facultades y al objeto que le haya concedido la misma, así, estas actuaciones y pronunciamientos obligan al órgano estatal.

El objeto y competencia de éste organismo se resume en lo dicho por el Instituto de Comercio Exterior de España (en adelante ICEX), Organismo Público con personalidad jurídica propia adscrito a la Secretaría de Estado de Comercio dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el escrito que se encuentra en el vínculo:

<http://www.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/viewDocumentjO,,,OO.bin?doc=4112565>, en los siguientes términos:

“Es la entidad exclusiva de acogida de toda la inversión extranjera, independientemente de su dimensión. Tiene por objeto promover activamente condiciones propicias y apoyos a la realización de grandes proyectos de inversión, sean nacionales o extranjeros, y es la entidad competente para en representación del Estado, recibir, analizar negociar y contratar dichos proyectos de inversión.”

En uso de las competencias y facultades otorgadas es que el AICEP informa a la misión diplomática de Colombia —Embajada de Colombia- que existe reciprocidad en materia de ofertas de bienes y servicios. La reciprocidad no obedece a una interpretación propia del oferente, o de algún organismo de la República de Colombia. La reciprocidad se aplica en virtud de lo establecido en el decreto ley 203 de 2003 del estado de Portugal que eliminó cualquier trato diferencial, así lo cita el mencionado documento del ICEX:

La legislación portuguesa no ha establecido sectores prohibidos a la inversión extranjera. Admite sin embargo, restricciones a la libertad de establecimiento para proyectos que por su naturaleza, forma o condiciones de realización puedan afectar el orden, seguridad o salud pública, así como los relacionados con la industria de material de guerra, casos para los que se prevé un procedimiento de autorización previa a la realización de los mismos. Está limitado el acceso (tanto a inversores nacionales como extranjeros) a determinadas actividades económicas, como son: captación, tratamiento y distribución de agua para consumo público, comunicaciones por vía postal, transportes ferroviarios en régimen de servicio público y la explotación de puertos marítimos. Los operadores privados pueden tener acceso a estas actividades pero solamente a través de contratos de concesión.

El Gobierno aprobó por el Decreto Ley 203/2003 de 10 de septiembre un régimen contractual único al objeto de terminar con el tratamiento diferenciado entre la inversión extranjera y la nacional Este texto deroga el

régimen existente hasta ese momento, que obligaba a un registro 'a posteriori' de las operaciones de inversión extranjera en Portugal." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo anterior comprueba como dos países pueden manejar sus relaciones comerciales en distinta forma y bajo parámetros diferentes. Así mientras España en concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, del Ministerio de Comercio Exterior de Colombia y del observante no otorga reciprocidad, Portugal sí lo hace por expresa disposición legal -Decreto Ley No.203 de 2003, reconocido igualmente en el texto que consta en el siguiente hipervínculo

http://www.oficinascomerciales.es/icex/cda/controller/pae0fecomes/0,5310,52804495299369_5296234_0_PT.00.html, del cual extractamos:

"El Gobierno aprobó por el Decreto Ley 203/2003 de 10 de septiembre un régimen contractual único al objeto de terminar con el tratamiento diferenciado entre la inversión extranjera y la nacional. Este texto deroga el régimen existente hasta entonces, que obligaba a un registro a posteriori de las operaciones de inversión extranjera en Portugal.

Este es un régimen especial de contratación de apoyos e incentivos aplicable exclusivamente a grandes proyectos de inversión, en el marco de las competencias de AICEP — Agencia para la Inversión y el Comercio Exterior de Portugal" (Subrayado y negrilla fuera de texto), y así lo certifica la Misión Diplomática de Colombia en Portugal.

Conforme a lo anterior, es claro que la Misión Diplomática de Colombia en Portugal sí cumplió con los requisitos exigidos por la Ley 816 artículo 1, párrafo único y con el aparte y. 2 del numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones, para acreditar la reciprocidad en ausencia de tratados o convenios. Fluye también de la certificación, que el párrafo único del citado artículo 10 de la Ley 816 de 2003 también permite a falta de tratado o convenio, que las Misiones Diplomáticas acrediten la reciprocidad, siempre que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios de los extranjeros en su país. Es lo que ocurre a nivel general con el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y a nivel especial, con el aparte y. 2 del numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones.

Lo anterior, nos permite refutar las conclusiones que realiza el observante respecto a la acreditación de reciprocidad en los siguientes términos:

- 1. La legislación de Portugal no prohíbe la inversión extranjera, ni la diferencia de trato entre Nacionales y extranjeros. Por lo tanto, la reciprocidad incluye sin distinción o limitación alguna a bienes, servicios y empresas. La conclusión del observante es errónea.*
- 2. Contrario a lo que manifiesta el observante, al existir una legislación específica en materia de protección a la inversión extranjera y una entidad con la obligación de aplicar la normativa en esta misma, no puede afirmarse bajo ninguna circunstancia que no hay obligación por parte de Portugal o sus autoridades de honrar la reciprocidad que la misma ley exige, decreto ley 203 de 2003.*

Recordamos que de igual forma, es derecho del proponente utilizar todos los medios probatorios que estén a su alcance para invocar y establecer el derecho de reciprocidad, así lo indica la honorable jurisprudencia del Consejo de Estado:

"El peticionario podrá allegar todas las formas probatorias que, de acuerdo con la legislación colombiana y con los tratados internacionales respectivos, den mérito a su requerimiento. Si el contrato celebrado por una entidad u organismo del Estado hubiere desconocido los criterios previstos en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o violado el principio de reciprocidad, podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ésta, con base en el artículo 44 del estatuto de contratación estatal, declare si hay lugar a la nulidad absoluta del contrato. Como se dijo en la primera respuesta, el principio de reciprocidad no es de aplicación general en la contratación estatal. Las entidades y organismos del Estado de todo orden, para los efectos propios de la ley 80 de 1993, deben implementar mecanismos de desagregación tanto para los proyectos de inversión que manejen directamente como para aquellos que realicen mediante contratos de asociación. (Consejo de Estado. Sala de consulta. Conc. 1013 Diciembre, 16/97 M.P. Augusto Trejos Jaramillo) (Subrayado y negrilla fuera de texto) La conclusión final es que la certificación aportada en nuestra propuesta cumple con lo exigido por el Pliego de Condiciones numeral 3.3.2, (b) (y) ordinal 2 para acreditar la reciprocidad, por lo tanto, no solo la observación no es procedente, sino que además la puntuación que se le debe otorgar al proponente es de cien puntos (100) por apoyo a la industria nacional."

RESPUESTA DEL INCO

Para efectos de acreditar la Reciprocidad con el país de Portugal fue aportada Certificación expedida por el Embajador de Colombia en Portugal en la que se expresa “Que de conformidad con la información suministrada por el Gobierno de Portugal, a través de la Agencia para la Inversión y Comercio Externo de Portugal –AICEP del Ministerio de Economía, Innovación y Desarrollo de Portugal, la administración portuguesa admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concurso de suministro 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. En todo caso, las empresas colombianas deberán cumplir, al igual que las portuguesas, con los requisitos establecidos en la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas de Portugal.”.

Teniendo en cuenta que artículo 1º de la Ley 816 de 2003, establece en su párrafo que: “Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios (...) de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.”, se elevó consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que conceptúen si con la certificación aportada puede considerarse que en Portugal a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concede el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios portugueses, como lo prevé la Ley 816 de 2003.

En consecuencia, no se acepta la observación hasta tanto se obtenga el concepto de los Ministerios antes citados.

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE AUTOPISTA DEL SOL S.A.S PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Observaciones presentadas mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015331-2 de fecha 07 de julio de 2010, hora 16:25:03

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

3.5.1. El Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) podrá(n) presentar los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz. Para 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 (u) tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o junta directiva o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva si la hubiere, o (iii) ejerce, en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad. Todo lo anterior, en los términos previstos en el Código de Comercio colombiano.

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

RESPUESTA DEL INCO

Antes de entrar a dar respuesta al observante, es preciso señalar como se acredita la situación de control, si el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por su matriz:

“3.5. ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS HABILITANTES DE SOCIEDADES CONTROLADAS POR EL PROPONENTE O DE LA MATRIZ DEL PROPONENTE

(...)

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

(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 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.”

Según consta a folios 537 a 539, los administradores de las sociedades MOTA- ENGIL, SGPS, S.A., MOTA – ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, S.A., MOTA – ENGIL, CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A. y ASCENDI - CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., certifican que:

*“... (i) la sociedad **Mota – Engil – Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.** es propietaria de más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la sociedad **Ascendi - Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.**, y, (ii) a su vez la sociedad **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es propietaria del 100% del capital de la sociedad **Mota – Engil – Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.**, y (iii) a su vez la sociedad **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es propietaria del 100% del capital de la sociedad **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.** ... ”*

(...)

*“De acuerdo con lo anterior y en los términos del artículo 260 del Código de Comercio de Colombia, **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es la matriz de **Ascendi - Concessoos de Transportes, SGPS S.A.**, y las sociedades **Mota – Engil – Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.** y **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.** son sociedades controladas por **Mota – Engil, SGPS, S.A.**”*

Según lo dispuesto en el Pliego de Condiciones sobre la forma de acreditar la situación de control, se indica que los miembros de las Estructuras Plurales como es el caso de **Ascendi - Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.** podrán acreditar los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por su matriz como es el caso **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.**, por lo tanto, al revisar los documentos aportados en la propuesta se encuentra que se ha acreditado que **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es la matriz de **Ascendi - Concessoos de Transportes, SGPS S.A.**, y a su vez controla dos sociedades que son **Mota – Engil – Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.** y **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.**

Con fundamento en lo anterior, no le asiste razón al observante cuando afirma “... *no está demostrado en la oferta la condición de controlante y controlada que existe entre ASCENDI y MOTA- ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, S.A.*” toda vez que **Ascendi - Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.** acredita requisitos en las habilitantes a través de sociedades controladas por su matriz de conformidad con lo dispuesto en el literal (C) numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones, tal y como se evidencia en los documentos aportados en la propuesta, en consecuencia, queda probado que **Mota – Engil, SGPS, S.A.** es la matriz de **Ascendi - Concessoos de Transportes, SGPS S.A.**, y las sociedades **Mota – Engil – Concessoos de Transportes, SGPS, S.A.** y **Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A.** son sociedades controladas por **Mota – Engil, SGPS, S.A.**, situación que implica que el Comité Evaluador no acoja la observación.

No obstante lo anterior, mediante comunicación con radicado INCO No. 20101020092751 de fecha 13 de julio de 2010, la Directora del Comité Evaluador requiere al proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S PSF, en los siguientes términos;

*“En razón a que una vez verificados los documentos aportados en la propuesta, se encuentra que la sociedad **MOTA – ENGIL CONCESIOENS DE TRANSPORTES SGPS S.A.** no acredita situación de control respecto de la sociedad **AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A.**, así como tampoco se acredita situación de control*

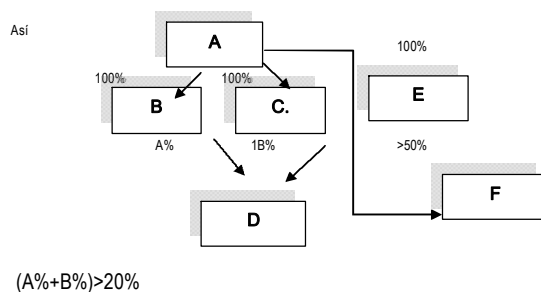
de MOTA – ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. respecto a la sociedad SUBCONCESIONARIA AENOR DOURO – ESTRADAS DO DOURO INTEROR S.A., en las condiciones establecidas en el numeral 3.5 del Pliego de Condiciones, y en concordancia con la respuesta a la primera pregunta de la sexta ronda dada por la entidad, el Comité Evaluador del proceso licitatorio del asunto, de la manera más atenta, se permite requerir al proponente Concesionaria Vial del Caribe S.A.S. PSF para que a través de su representante legal, allegue la información que acredite la situación de control respecto de las sociedades mencionadas anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5 y sus subnumerales del pliego de condiciones, a más tardar a las 16:00 horas del día 19 de julio de 2010, los cuales deberán ser radicados en la Oficina de Correspondencia del Instituto Nacional de Concesiones –INCO.

A continuación se transcribe la pregunta y respuesta número uno, de la sexta ronda de respuestas, a la que se alude:

“Primero:

- De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, el Proponente puede presentar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz.
- Para estos efectos habrá control, entre otros eventos, cuando se verifique que la matriz respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acredita, tiene el 50% o más del capital. Todo lo anterior en los términos del Código de Comercio Colombiano.
- De otro lado, el artículo 260 del Código de Comercio, establece que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra 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.**
- Por su parte, el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones establece que se puede acreditar experiencia bajo figuras asociativas con terceros, siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiera sido de al menos del 20%.

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”.

Respuestas

“Los Pliegos, aunque prevén la opción de acreditar experiencia de la matriz y de sociedades controladas por la matriz, no señalan de manera expresa que pueden sumarse porcentajes de participación entre varias sociedades controladas por una misma matriz a fin de sumar el porcentaje mínimo requerido, tal como se plantea en la comunicación.

En efecto, los pliegos señalan dos reglas generales: (i) es viable acreditar experiencia de matrices, controladas o sociedades controladas por la matriz. En este caso, se debe demostrar la situación de control en los términos previstos en el numeral 3.5. de los pliegos; (ii) es viable acreditar experiencia obtenida en estructuras plurales anteriores caso en el cual debe tener de manera directa el Proponente o MAP tal participación en la figura asociativa.

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”

Mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-016406-2 de fecha 19 de julio de 2010, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. Promesa de Sociedad Futura da respuesta al requerimiento al que aludió anteriormente en el siguiente sentido:

(...)

“No obstante lo anterior, en respuesta al requerimiento de la referencia, ratificamos que la situación de control que se nos solicitó acreditar, en efecto existe y se comprueba tal y como se indica a continuación.

II. Conforme a lo establecido en el numeral 3.5.1 del pliego de condiciones, la situación de control se acredita con la comprobación de alguno o varios de los siguientes supuestos:

“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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Al respecto es importante citar el artículo 261 del Código de Comercio que estipula:

“**Art. 261. Subrogado. Ley 222 de 1995, Art. 27. Presunciones de subordinación.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en una 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 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 20. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En aplicación a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 261 del Código de Comercio, la sociedad MOTA-ENGIL SGPS S.A. matriz de la sociedad ASCENDI-CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. controla a través de ésta a las sociedades CONCESIONARIA LUSOLISBOA AUTO ESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A. (sociedades concesionarias de objeto único), en los términos de las certificaciones que se adjuntan, debidamente apostilladas, legalizadas y traducidas, con las cuales se da cumplimiento a lo dispuesto en numeral 3, literal c) del numeral 3.5.2 del pliego de condiciones y para acreditar el requisito de experiencia previsto en el numeral 3.6. del pliego.

II. Por último, es importante aclarar a la entidad que la sociedad que tiene la participación accionaria en las sociedades LUSOLISBOAS AUTOESTRADAS DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO-ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A., es la sociedad MOTA ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. y no la sociedad MOTA ENGIL CONCESSOES DE TRANSPORTES SGPS S.A. como equivocadamente se indica en el requerimiento de la referencia”.

Adjunta a la comunicación referida, se anexa una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota – Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, en la que señalan:

“CERTIFICAMOS que:

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 36.09%

Banco Espírito Santo, S.A. — 17,50%

Opway— Engenharia, S.A. — 12,38%

Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%

Hagen Engenharia, SA. — 3,30%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%

Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%

Rosas Construtores, S.A. - 3,30%

2) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37.08%

Banco Espírito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%

Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%

ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, SA. — 7,70%

Hagen Engenharia, S.A. — 3,85%

Empresa de Coristruções Amândio Carvaiho, S.A. - 3,85%

Rosas Construtores, S.A. - 3,85%

3) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 60% de la participación accionaria de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, SA. y el capital de Mota-Engil - Concessões de Transportes, SGPS, S.A. es de propiedad en un 100% de la sociedad Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia MotaEngil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.

4) Tal y como se certificó en los folios 537 a 539 de la oferta, el 100% de la participación accionaria de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. es de propiedad de Mota-Engil, SGPS, S.A., en consecuencia Mota-Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A.

5) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial (en adelante el “Acuerdo”) bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. y Mota-Engil —

Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.). En virtud del Acuerdo, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales (hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) (Subrayado fuera de texto)

(i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.

(u) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,

(iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y

(iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.

6) Las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.

7) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.

8) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.

y

9) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

10) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad. (Subrayado fuera de texto)

En consecuencia:

a) Desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil, SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.

b) A partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), en virtud de lo indicado en los numerales 9) y 10) del presente certificado, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da

Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.”

Así mismo, se adjunta una certificación debidamente legalizada y apostillada, suscrita por el presidente de la sociedad Aenor Douro – Estradas do Douro Interior S.A, señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes certificaron que:

“1) La composición accionaria de la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. - 37.08%

Banco Espírito Santo, S.A. — 14,99%

Opway — Engenharia, S.A. — 14,83%

Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. — 8,85%

ESConcessões, SGPS, S.A. — 5,00%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 7,70%

Hagen Engenharia, SA. — 3,85%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,85%

Rosas Construtores, SA. - 3,85%

2) A partir de la fecha de su constitución y hasta la fecha, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A., Banco Espírito Santo, S.A., Opway — Engenharia, S.A., Mota-Engil, Concessões de Transportes, SGPS, S.A. y ESConcessões, SGPS, S.A. acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espírito Santo, la representación por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil, SGPS, S.A.) teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima decisoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil SGPS, S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control de Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A.”

Finalmente, se adjunta una certificación suscrita por el presidente de la sociedad Lusolisboa – Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A., señor Goncalo Nuno Gomes de Andrade Moura Martins y el Consejero Augusto Manuel Fontes de Cavalho, ambos en calidad de administradores, quienes indican:

“CERTIFICAMOS que:

1) La composición accionaria de la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. es:

Mota-Engil, Engenharia e Construção, SA. - 36.09%

Banco Espírito Santo, S.A. — 17,50%

Opway — Engenharia, S.A. — 12,38%

Bento Pedroso Construções, S.A. — 14,23%

MonteAdriano — Engenharia e Construção, S.A. — 6,60%

Hagen Engenharia, SA. — 3,30%

Empresa de Construções Amândio Carvalho, S.A. - 3,30%

Mesquita Etvia — Construção de Vias de Comunicação, S.A. - 3,30%

Rosas Construtores, SA. - 3,30%

2) Que a partir del mes de octubre de 2006 los siguientes accionistas, MotaEngil, Engenharia e Construção, SA. con el 36.09% del capital social, Banco Espírito Santo, S.A. con el 17,50% del capital social y Opway — Engenharia, S.A. con el 12,38% del capital social, acordaron, en su calidad de empresas que integran los grupos empresariales Mota-Engil y Banco Espírito Santo, que ejercerían los derechos de voto en el mismo sentido, y con lo cual dichas empresas detentan más de la mayoría mínima decisoria en la asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva. Como consecuencia de lo anterior, se permitió que Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. (subsidiaria de Mota-Engil, SGPS, S.A.) ejerciese el control en representación de las empresas antes indicadas en los términos del

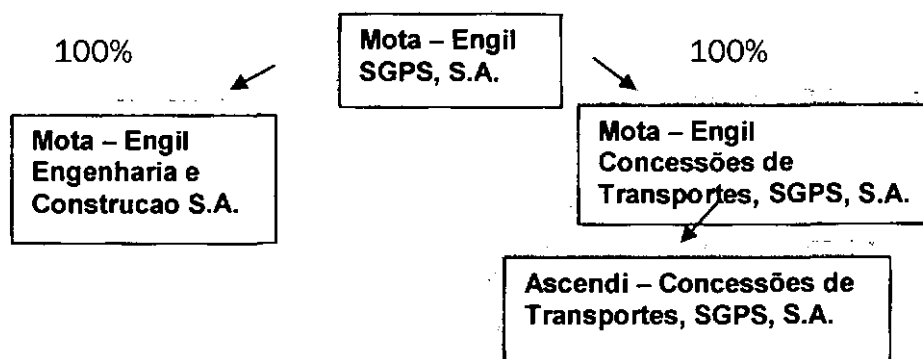
numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A.

3) A partir de la constitución de la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007) y hasta la fecha, las empresas aludidas han sido representadas por Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. teniendo ella la representación y voto de más de la mayoría mínima dedsoria en dicha asamblea de accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva con lo cual resulta que Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (subsidiaria de Mota Engil SGPS S.A.) ejerce en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano el control sobre Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Confrontados los documentos aportados en la propuesta del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSP, en los cuales se acredita la situación de control, frente a la documentación aportada por el representante legal de dicho proponente, mediante comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015406-6 a los que nos referimos anteriormente, el Comité Evaluador encuentra:

13. Que en la propuesta a folios 537 a 539, los administradores de la sociedades MOTA- ENGIL, SGPS, S.A., MOTA – ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, S.A., MOTA – ENGIL, CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A. y ASCENDI - CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., certifican que:

“...(I) la sociedad Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. es propietaria de más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la sociedad Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. y, (ii) a su vez la sociedad Mota – Engil, SGPS, S.A. es propietaria del 100% del capital de la sociedad Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., y (iii) a su vez la sociedad Mota – Engil, SGPS, S.A. es propietaria del 100% del capital de la sociedad Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A. ... ”



“De acuerdo con lo anterior y en los términos del artículo 260 del Código de Comercio de Colombia, Mota – Engil, SGPS, S.A. es la matriz de Ascendi - Concessoes de Transportes, SGPS S.A., y las sociedades Mota – Engil – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. y Mota – Engil – Engenharia e Construcao S.A. son sociedades controladas por Mota – Engil, SGPS, S.A.”

14. Que como lo indica el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, en su comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio de 2010, los Requisitos Habilitantes los podía acreditar, el Proponente, o el miembro de la Estructura Plural, con sociedades controladas, con su matriz o con sociedades controladas por su matriz, situaciones claramente regladas en el cada uno de los literales (a), (b) y (c) que componen el numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones.

Para el caso presentado en la propuestas, se acredita los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz, como fue el caso de Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

En cumplimiento de lo anterior, y como quedo probado dentro de los documentos aportados en la propuesta Ascendi - Concessoes de Transporte SGPS SA., acreditó la "Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura" que tenía la sociedad Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. controlada de la matriz del miembro de la estructura plural, en las concesiones (i) Grande Lisboa S.A (tal como consta en los folios 229 a 401), y (ii) Douro Interior, para lo cual se allegó la documentación que soporta dicha situación, en los términos exigidos en el literal c) del numeral 3.2.5 del Pliego de Condiciones.

15. Ahora bien, a raíz del requerimiento que efectúa la Directora del Comité Evaluador, el representante legal del proponente Concesión Vial del Caribe S.A.S. PSF, allega una certificación suscrita por el vicepresidente de la sociedad comercial anónima Mota – Engil, SGPS, S.A señor Jorge Paulo Sacaduria Almeida Cohelo y el Consejero Luis Felipe Cardoso da Silva, ambos en calidad de administradores, así como por los Consejeros de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transporte, SGPS, S.A. señores Augusto José de Melo Faria de Barros y Tiago de Brito Ribeiro Alves Caseiro, cuyo contenido es ratificado en otras dos, en la que se indica:

bb.) Que el 4 de octubre de 2006 se celebró en la ciudad de Lisboa un Acuerdo de Cooperación Empresarial, el cual no se adjunta, bajo el cual se obligan los grupos empresariales Mota-Engil (encabezado por Mota-Engil, SGPS, S.A. e incluyendo sus subordinadas, Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. y Mota-Engil — Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) y el Banco Espírito Santo (encabezado por el Banco Espírito Santo, S.A. e incluyendo las empresas integrantes del grupo, ESConcessões, SGPS, S.A. y Opway — Engenharia, S.A.).

cc.) En virtud del Acuerdo mencionado, se establece que se constituirá una sociedad gestora de participaciones sociales hoy Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., y

(i) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el 60% de la participación accionaria y el Banco Espírito Santo y sus asociadas y/o participadas tendrían, como en efecto hoy tienen, el 40% de la participación accionaria.

(ii) En la cual Mota-Engil, SGPS, S.A., directamente o a través de sus subordinadas, tendría, como en efecto hoy tiene, el derecho para elegir y remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración,

(iii) A la cual, una vez se obtengan las respectivas autorizaciones gubernamentales y de las entidades financieras, y el asentimiento de las concesionarias y respectivos accionistas, se cederán las participaciones accionarias en las concesionarias de propiedad de quienes se obligan por dicho Acuerdo, y

(iv) A la cual, es decir a Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, le delegaron la representación, gestión y todos sus derechos de voto respecto de las participaciones accionarias de su propiedad en las Asambleas de Accionistas y Consejos de Administración de las sociedades concesionarias existentes a dicha fecha y en las que en el futuro participaran hasta tanto tales participaciones accionarias sean cedidas a la sociedad que acordaron constituir, en este caso, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., tal y como se indicó anteriormente.

- dd.) Que las partes que se obligaron en virtud del Acuerdo, a partir del 4 de octubre de 2006 acordaron que hasta tanto se constituyera la sociedad Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., aplicarían en las concesionarias los mismos principios de gobierno previstos en los subnumerales (i) y (ii) anteriores, para efectos de garantizar la articulación, representación, gestión y control de las sociedades concesionarias en las que tuvieran participación.
- ee.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, SA. y Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son sociedades concesionarias en las cuales la mayoría de la participación accionaria se encuentra en cabeza de quienes se obligaron en virtud del Acuerdo, tal y como se indicó en los numerales 1 y 2 del presente certificado.
- ff.) Que las sociedades Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. son objeto del Acuerdo.
- gg.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A., tiene en la concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 65.97% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
- hh.) Que en virtud del Acuerdo, Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., subordinada de Mota-Engil SGPS, tiene en la subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. el control y el derecho a ejercer el voto sobre el 80.75% de la participación accionaria y por ende tiene más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de dicha sociedad.
- ii.) Que desde la fecha de constitución de la sociedad concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y hasta tanto se constituyó Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A., certificamos que Mota-Engil,SGPS, S.A., detentó el control sobre la sociedad Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio, por virtud de lo indicado en el numeral 6) del presente certificado.
- jj.) Que finalmente concluyen certificando que a partir de la constitución de Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. (quien es subordinada de Mota-Engil, SGPS, S.A.), Ascendi — Concessões de Transportes, SGPS, S.A. tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., por tanto, certificamos que existe control de Mota-Engil, SGPS, S.A. sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A. en los términos del numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio colombiano.

16. Que según consta a folio 71 se presenta es una declaración juramentada en la que se certifica la fecha de constitución de la sociedad comercial ASCENDI – CONCESSOES DE TRANSPORTES, SGPS, S.A., fue el 20 de diciembre de 2007-

De la lectura juiciosa de las certificaciones aportadas y de los documentos que reposan en la propuesta, se evidencia claramente que el miembro de la Estructura Plural Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. pasa de acreditar Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz en las condiciones dispuestas en el literal (c) del numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones, a acreditar Requisitos Habilitantes a

través de sociedades controladas por ella, en los términos del literal (b) del numeral 3.5.2 del Pliego, situación que deja de presente incoherencias en la información aportada, dado que desde la constitución de la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A. (20 de diciembre de 2007), en virtud del Acuerdo de Cooperación Empresarial (no fue aportado), tiene el derecho de emitir los votos constitutivos de más de la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas y el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los directores de las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A..

En consecuencia, el Comité Evaluador no encuentra razón que justifique la modificación de la forma de acreditar la situación de control, posterior al requerimiento efectuado por la entidad, si desde hace casi tres años, la sociedad Ascendi – Concessoes de Transportes, SGPS, S.A., detenta control sobre las sociedades concesionaria Lusolisboa — Auto Estradas da Grande Lisboa, S.A. y subconcesionaria Aenor Douro — Estradas do Douro Interior, S.A., supuestos facticos que por lógica han sido conocidos con anterioridad por el miembro de la estructura plural, y cuyo control se encontraba enmarcado en las condiciones establecidas en el literal (ii) del numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones, en consecuencia, la calificación jurídica es **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 5 AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. PSF

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LOS DEMAS PROPONENTES

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

Mediante oficio del 7 de julio de 2010 identificado con el número 000-0033-07-07-10, radicado con el número 2010-409-015326-2 la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.** presenta las siguientes observaciones a la oferta presentada por AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:

1.1 En primer lugar se indica que uno de los miembros integrantes de la promesa de sociedad Autopista del Sol S.A.S. tiene insuficiencia del objeto social y en los siguientes términos:

“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.

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 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 a 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 ese 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”.

Sobre la insuficiencia del objeto social de la empresa Hyundai el Comité Evaluador no acoge la observación presentada y no la considera como causal de rechazo por las siguientes razones:

(i) El Código de Comercio define en su artículo 469 la sociedad extranjera como aquellas sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior. Para establecer su régimen jurídico indica el mismo Código en el artículo 497, que en aquello que no se encuentre previsto en tratados o convenios internacionales, se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas.

Consultando el Código indica que se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios (artículo 25).

En lo que tiene que ver con el objeto social el artículo 99 *ibidem* señala lo siguiente con respecto a la capacidad de las sociedades y el alcance del objeto social:

ARTÍCULO 99. <CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD>. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Finalmente, con respecto a las funciones de los administradores de las sociedades, el artículo 196 *ibidem* esto es lo que señala:

ARTÍCULO 196. FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LOS ADMINISTRADORES. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.

(ii) La Corte Constitucional mediante la expedición de la Sentencia C-190 del 27 de febrero de 2008, actuando como Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, se declaró inhibida respecto de la demanda de inconstitucionalidad entre otros del artículo 99 del Código de Comercio, sin embargo dentro del contenido de la declaratoria, se nos puede ilustrar sobre el concepto de objeto social.

En la intervención de la Superintendencia de Sociedades la abogada Luz Esther Rozo Cortés, en representación de dicha Superintendencia indica que la legislación colombiana acogió la teoría de la especialidad o determinación del objeto social de las sociedades, que se traduce en que la capacidad de la persona jurídica circunscribiéndola a lo prescrito en el objeto social, lo cual posibilita el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones. Agrega la profesional que esta delimitación permite conocer el objetivo con el que la empresa es creada y los fines que persigue, lo cual, contrario a lo dicho por el demandante, garantiza la inversión externa, porque confiere seguridad en el inversionista que conoce de antemano la razón de ser de la sociedad.

Agrega que la limitación legal del objeto social no va en contravía de la Carta Política, porque nada impide que dentro de la órbita de sus competencias, la sociedad amplíe sus horizontes y acceda a otros mercados, pero siempre en el marco del respeto que el administrador debe tener en relación con la voluntad de los socios. Puntualiza que el objeto social definido permite que los socios formulen pautas de manejo al administrador y tengan certezas sobre los límites de su función, con lo cual de paso se beneficia a los terceros que pretenden contratar con la sociedad.

En la misma jurisprudencia se encuentra la intervención de la Universidad de los Andes por parte de los abogados Marcela Castro Ruiz y Pablo Rey Vallejo quienes sostienen que en relación con el objeto social específico, anotan que se trata de un modelo que pretende delimitar en términos concretos el alcance de la

capacidad jurídica de la sociedad. Este sistema -dicen- es ventajoso en tanto que garantiza claridad en el desarrollo de las actividades societarias y evita extralimitaciones de los socios y del administrador, especialmente del último, cuando por exceder los límites del objeto social, sus actos le son inoponibles a la sociedad. Agregan que los terceros se benefician del sistema porque reconocen los linderos de la capacidad de la sociedad y pueden exigirle el comportamiento adecuado a su administrador, lo que no ocurre con un sistema de objeto indeterminado, que facilita la confusión de la responsabilidad de los administradores y la sociedad.

Concluye la Universidad que el fin de la teoría *ultra vires* es garantizar los intereses de los asociados, de los accionistas y de los contratantes, pues se busca que la sociedad mantenga un rumbo establecido y que los accionistas sepan de antemano que el manejo de la empresa se encauzará por los caminos prefijados en el acto de constitución; y en esos términos la ventaja la reportan los terceros porque conocen los temas y asuntos en que puede comprometerse válidamente la sociedad y pueden determinar si su administrador está abusando de sus competencias.

Luego encontramos la intervención de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad El Rosario a través del señor decano Alejandro Venegas Franco, que indica que el régimen de objeto social definido del código de comercio persigue dos finalidades legítimas: el conocimiento preciso de las actividades a que está dedicada una sociedad y la de conferir seguridad al asociado respecto del tipo de actividades que puede desplegar el representante legal de la sociedad.

(iii) La promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. integrada entre otros por la persona jurídica extranjera Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. acreditó su existencia y representación y en los folios 40 a 47 del Sobre No. 1 estos fueron los propósitos para los cuales de constituyó la compañía:

- Trabajos de ingeniería civil, construcción, eléctricos y de dragado.
- Servicios relacionados con construcción
- Inversión, construcción y operación de infraestructura social financiada privadamente
- Pruebas de calidad para trabajos de construcción
- Supervisión de diseños de construcción
- Servicios técnicos relacionados con la construcción
- Manejo de proyectos de construcción
- Construcción Civil
- Construcción de concreto reforzado
- Construcción relacionada con pavimentos
- Construcción de estructura de acero
- Negocios e inversiones relacionadas con las disposiciones precedentes

De acuerdo con los pliegos de condiciones, el objeto de la licitación pública No. SEA-LP-001-2110 se propone seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Sector comprendido entre San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar, denominado Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol.

Por lo tanto en principio, la persona jurídica extranjera Hyundai Engineering y Construction Co. Ltd. se encontraría en capacidad de ejecutar el objeto de la concesión a contratar por cuanto el mismo corresponde al giro normal de sus negocios.

(iv) Ya en lo que corresponde al cuestionamiento que el proponente **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.** le pretende endilgar a **PROPUESTA PRESENTADA POR LA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**, la misma no está llamada a prosperar por cuanto bajo la legislación colombiana, la condición de persona jurídica que posee uno de los integrantes de la promesa de sociedad oferente cumple con los requisitos establecidos en el artículo 99 del Código de Comercio, según el cual, la capacidad de la sociedad de limitar a los actos directamente relacionados con su objeto social y los que tengan relación con la finalidad para ejercer derechos y cumplir con sus obligaciones.

Como el cuestionamiento se encuentra relacionado con el hecho que la empresa extranjera no tenía capacidad jurídica para celebrar el contrato de promesa de sociedad ni para constituir la fianza, al revisar el objeto social de Hyundai Engineering and Construction encontramos que además de tener la capacidad legal para ejecutar el objeto de la concesión a adjudicar, igualmente dentro de su objeto social tiene estipulada una cláusula que indica su competencia para realizar “Negocios e inversiones relacionadas con las disposiciones precedentes”, es decir, relacionadas con:

- Trabajos de ingeniería civil, construcción, eléctricos y de dragado.
- Servicios relacionados con construcción
- Inversión, construcción y operación de infraestructura social financiada privadamente
- Pruebas de calidad para trabajos de construcción
- Supervisión de diseños de construcción
- Servicios técnicos relacionados con la construcción
- Manejo de proyectos de construcción
- Construcción Civil
- Construcción de concreto reforzado
- Construcción relacionada con pavimentos
- Construcción de estructura de acero
- Negocios e inversiones relacionadas con las disposiciones precedentes

Si bien, la estructura legal colombiana reguló un modelo de sociedades en las cuales el objeto social se encuentra limitado como lo señalaron las distintas intervenciones en la fallida demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 99 del Código de Comercio, ello no se constituye en un impedimento para que la persona jurídica extranjera que integra la promesa de sociedad Autopista del Sol S.A.S. pueda presentar ofrecimiento.

En esos términos se concluye que la persona jurídica en cuestión para realizar su objeto social en el área de la ingeniería, sus estatutos autorizan realizar todo tipo de negocios para lograr ese propósito, negocios como la constitución de una sociedad que tenga como único propósito la celebración y ejecución de un contrato de concesión; y la celebración de una fianza que garantice sus compromisos para ejecutar las obras objeto de la concesión.

Para sustentar lo anterior, revisaremos la definición que de la estructura plural de oferentes se regula en la ley 80 de 1993 en su artículo 32:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

PARÁGRAFO 2o.

(...)

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal.

Efectivamente, encontramos Hyundai Engineering and Construction con base en lo que predica sus estatutos, se encuentra autorizado para expresar su intención de asociarse con Vergel y Castellanos S.A., y Sainc Ingenieros Constructores S.A. con la celebración de la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S.,

e igualmente de celebrar el contrato de Fianza, requisito establecido en los pliegos de condiciones de la licitación mencionada.

(v) Adicionalmente, mediante oficio del 7 de julio de 2010, la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010, ante esta observación indica que las atribuciones relacionadas con la capacidad social se entiende incluidas dentro de la facultad general e incluyen todos aquellos actos que sean necesarios para el desarrollo y cumplimiento de su objeto social, estableciéndose como principio en la materia que las limitaciones deben estar expresamente consagradas y trae a colación lo señalado en el objeto social de la empresa cuestionada y el contenido del artículo 99 del Código de Comercio. Finaliza su argumentación señalando que en la capacidad societaria no se requiere una descripción detallada de las actividades que la sociedad puede desarrollar, puesto que estará capacitada para hacer todos aquellos actos directamente relacionados con el mismo.

Lo anterior coincide con nuestra valoración jurídica y por ello no se rechazará la oferta presentada.

1.2 Adicionalmente se indica por parte del observante que hay ausencia de capacidad del representante legal de otro de los integrantes de la promesa de sociedad Autopista del Sol S.A.S. y en los siguientes términos:
"2. AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL 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 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.

Así mismo es necesario, según el texto del certificado de existencia y representación 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". En esos términos se solicita en el oficio del 7 de julio que se rechace la oferta por el incumplimiento de esta obligación que se encuentra contenida en el numeral 3.3.1 de los pliegos de condiciones".

Agrega adicionalmente que esta misma sociedad no otorgó poder debidamente y así quedó la observación:
"3. PODER INDEBIDAMENTE OTORGADO POR PARTE DE LA SOCIEDAD SAINC.

La autorización otorgada por el señor Gilberto Saa Navia, en calidad de representación legal de la sociedad SAINC S.A., al señor Francisco José 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".

Para sustentar su argumento trae a colación el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil y concluye en el oficio 7 de julio de 2010, que por tratarse de un poder que no cumple los requisitos de ley debe tenerse por no presentado al no haberse otorgado por escritura pública y se debe rechazar la oferta".

Las observaciones no están llamadas a prosperar por cuanto como a continuación se pasa a demostrar, por cuanto por una parte no es el Gerente de la empresa quien compromete a la sociedad sino el Director General, el cual por estatutos no tiene limitaciones y adicionalmente el poder especial por escritura pública es optativo no obligante como lo plantea el observante. Y en segundo lugar, el proponente allegó el Acta de Junta de Socios donde establecen la autorización al representante legal para comprometerse a favor de terceros.

(i) El certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali de fecha 18 de mayo de 2010 certificó con respecto a las funciones de la Junta Directiva de la sociedad Sainc Ingenieros Constructores S.A. lo siguiente:

A. Elegir y remover libremente en cualquier momento, al **Director General de la sociedad, a los subdirectores y al Gerente de la Compañía.**

J. **Autorizar al Gerente de la compañía.**

1. Para que celebre todo acto o contrato que tenga por objeto adquirir, enajenar o limitar bienes raíces y activos fijos de la compañía o dar una prensa muebles y adquirir préstamos bancarios y de entidades financieras o compañías aseguradoras, cualquier fuera su cuantía, y;

2. Para que presente y suscriba licitaciones y cotizaciones que excedan la suma de 10.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes en la fecha en que la autorización sea dada, requisito sin el cual el acto o contrato es inoponible a la sociedad.

K. Autorizar al Gerente de la compañía para que celebre todo acto o contrato que tenga por objeto desarrollar el objeto desarrollar el objeto social diferentes a los señalados en el numeral 1) del literal j) anterior, celebrar contratos de sociedad en que la compañía ingrese como socia o accionista y entregar a terceros dinero a título de mutuo, así como la compra de materias primas, su pignoración, celebración de contratos de cuenta corriente, depósitos a término y en cuentas de ahorro o negocios de importación o exportación, **cuya cuantía exceda el equivalente en pesos a 3.000 salarios mínimos mensuales legales** vigentes en la fecha en que la autorización sea dada, requisito sin el cual el acto o contrato es inoponible a la sociedad.

L. Establecer sucursales, fábricas, agencias y oficinas de la compañía en cualquier lugar del territorio colombiano o fuera de él.

LL. Designar los gerentes de las sucursales a que se refiere el literal anterior, fijar su remuneración e investirlos de los poderes que la misma Junta Directiva determine.

M. Nombra apoderados generales extrajudiciales e investirlos, por escritura pública que otorgaran el Director General o el Gerente de la compañía, de las facultades que consideren convenientes para el logro de los fines sociales.

P. Ejercer las demás funciones que le señalen los estatutos, las que no estén expresamente atribuidas a la Asamblea General de accionistas y que estén comprendidas dentro del objeto social y la conduzcan a su relación.

Con respecto a la calidad de representante legal esto es lo que certifica la Cámara de Comercio:

Director General: La orientación general de los negocios sociales y **la representación legal de la misma estarán a cargo de un Director General**, designado por la Junta Directiva para periodos de un (1) año, reelegible indefinidamente y removible por ella en cualquier tiempo.

Con respecto a los subdirectores esto es lo que se certifica:

Subdirectores. La sociedad tendrá dos (2) subdirectores, que reemplazarán al Director General en sus faltas temporales o absolutas, en el orden que determine la Junta Directiva.

Con respecto a las funciones del Director General, esto es lo que certifica la Cámara de Comercio:

(...)

D- ... y en general, celebrar todos los actos y contratos permitidos por la ley, necesarios y conducentes al logro de los fines sociales de la compañía sin límite de cuantía. E. Presentar y suscribir licitaciones y cotizaciones sin límite de cuantía y sin necesidad de autorización de la Junta Directiva y suscribir los contratos, también sin límite de cuantía, correspondientes a las licitaciones y cotizaciones que se adjudiquen a la sociedad. (La subraya, negrilla y cursiva fuera del texto)

Culmina el certificado de existencia y representación señalando que el primer subdirector y representante legal suplente es el señor José Angulo Angulo; que el segundo subdirector es el señor Hernando Angulo Angulo; y que el Director General y representante legal es Gilberto Saa Navia.

Finalmente, en folio 250 y 251 se registra que Gilberto Saa Navia en su condición de Director General y representante legal autoriza a Francisco José Angulo Angulo para que en su calidad de primer subdirector y representante legal suplente comprometa y firme todos los documentos necesarios y que sean requeridos para la presentación de la propuesta a la Licitación Pública No. SEA LP-001-2010, adelantada por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y a representar a la compañía en todos los actos que se lleven a cabo con ocasión de la mencionada Licitación.

Por lo tanto, no se requiere Acta de la Junta de Socios de la sociedad Sainc Ingenieros Constructores S.A., toda vez que quien presenta y compromete todos los actos para la presentación de la propuesta de la Promesa de Sociedad futura es uno de los representantes legales que no tiene limitaciones para celebrar los actos y los contratos y presentar y suscribir licitaciones y cotizaciones, como es el subdirector, al cual el Director le otorgó el respectivo poder de representación, el señor Francisco José Angulo Angulo, y quien suscribió la Carta de Presentación de la Propuesta (folio 005) y el contrato de promesa de sociedad Autopista del Sol S.A.S. (folio 289).

Lo anterior es reiterado por el oficio del 7 de julio de 2010 remitido por la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010.

(ii) Respecto a la irregularidad en el otorgamiento del poder por parte del representante legal se requiere revisar el artículo 65 y 67 del código de procedimiento civil a fin de determinar la interpretación correcta de los artículos en mención:

ARTÍCULO 65. PODERES. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 23 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podrán conferirse por escritura pública. En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.

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

(...)

ARTÍCULO 67. RECONOCIMIENTO DEL APODERADO. Para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que éste sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente o por su ejercicio. (La subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

Como se colige de la interpretación de la norma, el tratarse de un poder especial no implica necesariamente que el mismo se deba otorgar por escritura pública, en razón a que la misma norma establece que quien otorga el poder puede o no hacerlo con esta formalidad y en esos términos, al revisar el poder que otorgó el Director General de la sociedad Sainc Ingenieros Constructores S.A., debemos entender que quiso hacerlo no a través de escritura pública sino mediante presentación personal ante notario. Ya en cuanto a la observación que no existe aceptación por parte del apoderado, se aclara que el poder así constituido no es irregular por cuanto el mismo artículo 67 del mencionado Código de Procedimiento Civil establece que hay aceptación tácita por el ejercicio del mandatario y en este caso es evidente la aceptación tácita con la suscripción de la carta de presentación de la propuesta y del documento de promesa de sociedad futura.

Ahora, dentro de la argumentación presentada por el observante se indica que en ausencia de regulación con respecto del poder se aplicará el artículo 65 de Código de Procedimiento Civil, por lo tanto, se requiere revisar si efectivamente esta sería la única norma que regula la presentación del poder o si por el contrario el código civil colombiano sería pertinente para regular si la propuesta presentada por la promesa de contrato Autopista del Sol S.A.S no contiene los poderes de quienes lo integran.

Señala el artículo 2142 del Código Civil que el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Agrega la norma que la persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.

Luego el artículo 2149 *ibidem* indica que el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.

Finalmente el artículo 2151 del mismo código cuando regula la presunción de aceptación del mandato señala que las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo

más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación.

Consultando la doctrina⁸ esto es lo ha señalado con respecto del consentimiento del mandatario:

304. Consentimiento del mandatario

El consentimiento del mandatario está revestido bajo la forma de aceptación, bien expresa, ora tácita; cuando esto ocurre, el mandato se reputa perfecto (Artículo 2150).

La aceptación expresa consiste en la voluntad exteriorizada de manera inequívoca de realizar la gestión que le encarga el mandante. La aceptación tácita se aprecia cuando "hay acto en ejecución del mandato". (Artículo 2150).

Sin embargo, exigiendo el artículo 2150 una aceptación, expresa o tácita, el Código Civil consagra una excepción establecida en el artículo 2151, cuando el silencio del mandatario se mira como una aceptación.

Esto es: el mismo silencio es el que constituye el elemento de aceptación. Claro está que para que el silencio produzca los efectos señalados se requiere: a) Que la persona pretendida mandataria, se encargue de negocios ajenos, como profesión u oficio. b) Que se le formule, claramente, una gestión por persona ausente, y c) Que transcurra un término razonable, o sea el necesario para comunicar su aceptación o rechazo de la gestión, sin expresar su voluntad sobre el encargo. Si rechazare el encargo, deberá tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio, que de esta manera se le encomienda, bajo los efectos de responder de los perjuicios que sobrevengan por esa omisión. No hay mandato; empero, quien recibe el encargo estará obligado a adoptar las medidas de conservación.

Como aspecto principal, la aceptación por parte del mandatario, ya sea expresa o tácita, o por medio del silencio, vincula a las partes contractualmente, por cuanto se entiende que el mandato se reputa perfecto.

Por lo tanto, ante la observación que no hay representación por cuanto el poder que otorgó el Director General de la sociedad Sainc Ingenieros Constructores S.A. no se efectuó por escritura pública y adicionalmente no hay prueba sobre la aceptación del poder por parte del mandatario, al aplicar la reglas del Código Civil podemos encontrar que el mandante no se encontraba obligado por ley a constituir el mandato por escritura pública. Por otra parte, si el mandatario si bien no aceptó expresamente el poder otorgado por el Director General de la sociedad Sainc Ingenieros Constructores S.A., bajo la presunción que reguló el Código Civil, este poder es válido y produjo todos sus efectos, pues el paso del tiempo tuvo como consecuencia la aceptación tácita por parte de Francisco José Angulo Angulo, prueba de ello son las actuaciones posteriores que indican dicha aceptación como son la Carta de Presentación de la Propuesta (folio 005) y el contrato de promesa de sociedad Autopista del Sol S.A.S. (folio 289).

Se concluye que el documento "AUTORIZACIÓN PARA PRESENTAR PROPUESTA Y FIRMA CONTRATO" contenida en los folios 250 y 251 cumple con los requisitos establecidos en la ley y en los pliegos de condiciones, es válido y produce todos sus efectos jurídicos y no genera el rechazo de la propuesta presentada por promesa de contrato Autopista del Sol S.A.S.

Lo anterior es reiterado por el oficio del 7 de julio de 2010 remitido por la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010.

⁸ José Alejandro Bonivento Fernández. *LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES Y SU PARALELO CON LOS COMERCIALES*. Séptima edición. Ediciones Librería del Profesional. 1987, pag. 454.

(iii) El certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali de fecha 18 de mayo de 2010 indica lo siguiente sobre el objeto social de SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. lo siguiente:

“PARAGRAFO: PROHIBASE A LA SOCIEDAD, EXCEPTO EN CUANTO A LOS IMPUESTOS, TASAS O CONTRIBUCIONES DE ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL O MUNICIPAL, **A CONSTITUIRSE EN GARANTE DE OBLIGACIONES DE TERCEROS** O CAUCIONAR CON LOS BIENES SOCIALES TENGA INTERES EN LA NEGOCIACION O PROYECTO QUE SE VA A GARANTIZAR Y QUE **ADEMAS SE CUENTE CON PREVIA AUTORIZACION DE LA JUNTA DIRECTIVA.**”

A folio 250 se acredita una autorización para presentar propuesta y firmar contrato con el siguiente texto: “El Director General y los Subdirectores como representantes Legales de SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. no tienen limitación alguna para comprometer a la sociedad para presentar la propuesta suscribir y celebrar el contrato de Concesión resultante de la adjudicación del proceso licitatorio de la referencia, teniendo amplia facultad expresa para actuar y firmar sin límite de cuantía y como representante legales, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal”.

A los folios 292 a 395 se incorpora la Fianza otorgada por el socio o accionista de la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. en la cual se indica que SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. está representada por FRANCISCO JOSE ANGULO ANGULO, “quien en adelante y para todos los efectos se denominará el “Fiador”, se compromete a garantizar las obligaciones de la **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.** (el “Garantizado”) derivadas de la adjudicación al Garantizado en su condición de Proponente del proceso licitatorio No. SEA-LP-001-2010 abierto por el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, incluyendo (i) la constitución de la Garantía Única de Cumplimiento y de la carta de crédito stand by; y (ii) el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión (las “Obligaciones Garantizadas”), en las condiciones indicadas en el presente documento (en adelante la “Fianza”).

Luego en la cláusula segunda esto fue lo que se pactó:

CLAUSULA SEGUNDA – OBJETO

El Fiador, por medio del presente documento, otorga fianza irrevocable a favor del Instituto Nacional de Concesiones -INCO- para asegurar el cumplimiento de todas y cada una de las Obligaciones Garantizadas.

(...).

Como se evidencia, la fianza otorgada por el apoderado de la sociedad SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A constituye una garantía para el cumplimiento de obligaciones de un tercero, en este caso, la promesa de sociedad futura Autopistas del Sol S.A.S. Siendo una garantía para el cumplimiento de obligaciones de la futura promesa de sociedad, el objeto social de la sociedad SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A determinó que estaba prohibido para la sociedad entre otros constituirse en garante de obligaciones de terceros, salvo que se cuente con previa autorización de la Junta Directiva. Al revisar la propuesta, el mismo oferente indica que los Directores y subdirectores no tienen ninguna limitación para comprometer a la sociedad, sin embargo este asunto no concierne con la ausencia de limitaciones que por sus competencias consagran sus estatutos, sino una prohibición expresa de comprometerla para garantizar obligaciones de terceros. En este caso se le haya razón al observante, por cuanto efectivamente no se allegó el acta de Junta de Socios en donde se le autorizara al representante legal a comprometer a la sociedad en la fianza que otorgaría para garantizar las obligaciones de la promesa de sociedad futura y que en un evento de incumplimiento del contrato de concesión respondiera por las obligaciones de este contrato frente al beneficiario de la garantía, en este caso el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-.

Establece el numeral 3.3.1. de los pliegos de condiciones respecto de los interesados Colombianos lo siguiente:

(b) Personas Jurídicas Civiles o Comerciales:

Las personas jurídicas civiles o comerciales de naturaleza privada, constituidas conforme a la legislación colombiana y con domicilio en Colombia, y las personas jurídicas colombianas de carácter mixto, entendidas como aquellas entidades conformadas bajo las Leyes de la República

de Colombia, que a pesar de contar con participación estatal, en razón de sus características y/o de la proporción de tal participación, por virtud de la Ley deban someterse al régimen de derecho privado, trátense de entidades del orden nacional o territorial, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

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

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

(1) la existencia y representación legal;

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

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

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

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

Por lo anteriormente expuesto cuando el integrante de la promesa de sociedad no allegó el acta de junta de socios donde se levanta la prohibición de constituir garantías a favor de terceros y declarar en un poder que no requería autorizaciones para comprometer a la empresa, no cumplieron con un requisito que ellos mismos se impusieron y en esos términos se debe dar aplicación al numeral 7.6.4 del numeral 7.6 de los pliegos de condiciones sobre causales de rechazo de la propuesta, por cuanto la fianza no contiene la autorización de la junta de socios.

Sin embargo, mediante oficio del 7 de julio de 2010, la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010, ante esta observación allega a la entidad el extracto del Acta No. 95 del 26 de mayo del 2010 en donde consta la reunión de la Junta Directiva de SAINC S.A. en esa misma fecha y en la cual se deja constancia que dicha autorización existe antes del cierre del proceso licitatorio. En esos términos, si bien la propuesta no contenía el Acta de Junta de Socios, al allegarla el proponente con fecha de celebración con anterioridad al cierre del proceso, no hay lugar al rechazo de la propuesta.

1.3 Por otro lado se indica que no hay acreditación del principio de reciprocidad por parte de la firma extranjera y lo expresa de la siguiente manera:

“4. NO ACREDITACION 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 y comercial, la consolidación de la cooperación y los acuerdos bilaterales entre las dos naciones.” Es evidente que dicha certificación no cumple con el objetivo de una certificación de tratamiento recíproco de bienes y servicios colombianos en Corea”.

Tal como lo plantea el observante, la certificación emanada de la Embajada de Corea no cumple con los requisitos establecidos por las normas vigentes sobre la materia, por cuanto no está acreditando la existencia de convenio o tratado entre los dos países y así se va a ver reflejado en la asignación de puntos por este concepto.

1.4 Así mismo se indica que el documento por medio del cual se suscribió la promesa de contrato de sociedad no contiene un elemento esencial de dicho contrato, para lo cual argumenta en los siguientes términos:
“5. AUSENCIA DE UN REQUISITO ESENCIAL DE LA PROMESA DE SOCIEDAD.

A folio 258 de la Propuesta presentada, obra la promesa de 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”. Nótese que esta cláusula no establece la fecha en la cual se construirá la sociedad prometida”.

Para sustentar su argumento en el oficio del 7 de julio se trae a colación los requisitos establecidos para la presentación de la promesa de sociedad futura del numeral 3.3.4 de los pliegos de condiciones que indican que se debe señalar el “término o plazo para la suscripción del contrato de sociedad en dicho evento”, y el artículo 119 del Código de Comercio que establece que la promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito y en ella se deberá indicar el término o la condición que fije la fecha que ha de constituirse la sociedad. Por lo anterior indican que como carece la promesa de sociedad del proponente que cuestionan, de un elemento esencial determinado por la ley, en consecuencia dicha promesa se considera inexistente y se debe entender como no presentada, con lo cual se deberá proceder a rechazar la propuesta”.

Sobre la observación presentada no se acogerá por la entidad por cuanto la promesa de contrato de sociedad presentada por el proponente promesa de sociedad Autopistas del Sol S.A.S cumple con el requisito de establecer el momento en el cual suscribiría el contrato de sociedad y como a continuación se pasa a exponer:

(i) El artículo 1530 del Código Civil establece que es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. Agrega el artículo 1531 del mismo código que la condición es positiva o negativa, positiva cuando consiste en acontecer una cosa; y la negativa en que una cosa no acontezca.

Por su parte en cuanto al plazo el artículo 1551 lo definió como la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

(ii) Ha dicho la doctrina⁹ con respecto al cumplimiento e incumplimiento de una condición lo siguiente:

722. CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICION

El negocio jurídico que da vida a una obligación puede contener una estipulación (*accidentalía negocia*) que, introduciéndole una modalidad, condicione o subordine la producción de sus efectos, en su orden, a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, o la llegada de un día cierto, o a determinado empleo de un bien (condición, plazo y modo, en su orden).

Los particulares pueden alterar los efectos finales de cualquier negocio jurídico patrimonial (p. ej., testamento, contrato, acto colectivo), mediante las llamadas modalidades: condición, término, modo. Los derechos y deberes emanados de un negocio condicional existen, los sujetos negociables y los destinatarios se encuentran vinculados entre sí, solo que condicionalmente, y sus intereses son objeto de la tutela que corresponde (arts. 1550 y 1136 c.c.) y pueden ser transferidos en ese estado. Los derechos a término suspensivo o consuntivo están sometidos, en cuanto a la producción de sus efectos finales, en su orden, a un día cierto inicial o a uno terminal. Y en lo que respecta al modo, que es un ruego u orden de “aplicar a un fin especial” el bien objeto de la asignación patrimonial, acá interesa aquel que lleva en sí una condición resolutoria, cuyo tratamiento es el de esta figura (arts. 1550 y 1148 c.c.).

⁹ Fernando Hinestrosa. *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. CONCEPTO ESTRUCTURA VISCITUDES*. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2002, pags. 873 a 876

Al no realizarse el hecho futuro e incierto incluido en el negocio jurídico como condición suspensiva, los efectos finales pertinentes desaparecen definitivamente, como también se disuelve el vínculo y, en consecuencia, la obligación se extingue y el deudor queda libre.

(...)

723. CONDICION

Dentro de la amplitud de comportamiento de que gozan, los particulares pueden, en los más de los negocios (concretamente en los patrimoniales), subordinar la eficacia de los dictados a la realización o a la no verificación de un suceso a la vez que futuro, incierto. Es ese el fenómeno de la condición que engendra un estado de "pendencia". Las partes se halan a la expectativa, pendientes de si el hecho se realiza o no, que, según se presenten las cosas, concreta y hace definitivo su derecho, o impone borrar toda huella que haya podido dejar en el entretanto la relación establecida.

(...); pero desde ahora se anota que la condición puede ser positiva o negativa, según que la relevancia del hecho se prevenga en su realización, o en su ausencia (art. 1531 c.c.), y suspensiva o resolutoria, según que el suceso influya de modo de diferir y hacer eventual la iniciación de la eficacia final, o de manera de destruir los efectos producidos (art. 1536 c.c.); y que si la condición suspensoria falla, ninguna eficacia final logrará el negocio, y si la condición resolutoria se sucede, los efectos realizados deben destruirse, se borrarán en la medida de lo posible (arts. 1544 y 1545 c.c.). En tales circunstancias el negocio condicional origina obligaciones que pueden extinguirse en cuanto ocurra o se deje de sucederse el acontecimiento.

(iii) Estableció el pliego de condiciones definitivo en el numeral 3.3.4 respecto de las estructuras plurales y en especial de las promesas de sociedad futuras lo siguiente:

"3.3.4. Estructuras Plurales. Se entenderá presentada una Propuesta por Estructuras Plurales, cuando de manera conjunta dos o más personas naturales o jurídicas o Fondos de Capital Privado, nacionales o extranjeros, presenten una Propuesta de manera conjunta. Tal como se precisó en la definición de Estructura Plural la promesa de constituir una sociedad por acciones simplificada con un único accionista o cuando se presente un SPV bajo esta misma modalidad se considerará también como Estructura Plural. En tal caso se tendrá como Proponente, para todos los efectos dentro de la presente Licitación, al grupo conformado por la pluralidad de personas (y a las sociedades por acciones simplificadas con un único accionista), y no las personas que lo conforman individualmente consideradas. La presentación de Propuesta por parte de Estructuras Plurales, deberá sujetarse a las siguientes condiciones:

(...)

(b) Promesa de Sociedad Futura: Para participar bajo esta forma de asociación deberán cumplirse los siguientes requisitos:

(...)

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".

(iv) En el artículo 119 del Código de Comercio se establecen los requisitos de la promesa de contrato de sociedad indicando 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 y con indicación del término o

condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. (La subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

(v) En el folio 258 de la propuesta presentada por el proponente promesa de sociedad futura Autopistas del Sol S.A.S. se indicó lo siguiente en la cláusula tercera del “DOCUMENTO DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA” con respecto a la fecha de suscripción del contrato de sociedad:

CLAUSULA TERCERA.- Condición Única. Los Accionistas Promitentes celebrarán el contrato de sociedad para la constitución de la Sociedad Prometida cuando se verifique la única condición consistente en que se produzca a su favor la Adjudicación del Contrato de Concesión objeto de la LICITACIÓN PÚBLICA No. SEA-LP-001-2010, adelantada por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO. En este sentido, una vez verificado el cumplimiento de la anterior condición, los Accionistas Promitentes celebrarán el contrato de Sociedad Prometida, a más tardar, treinta (30) días después de la notificación de la Adjudicación.

(vi) Revisando la observación planteada se indica que la cláusula tercera del documento promesa de contrato de sociedad no establece la fecha en el cual se construirá la sociedad prometida. Sobre este particular, contrario a lo expuesto por el quejoso, la promesa de sociedad si contiene un plazo y una condición, la condición consistirá en la eventual adjudicación del contrato y el plazo de suscripción de la sociedad, a los treinta días siguientes a que se adjudique el respectivo contrato de concesión. Con lo anterior no solo se da cumplimiento a lo establecido en numeral 3.3.1 de los pliegos de condiciones, sino que particularmente se da cumplimiento al artículo 119 del Código de Comercio.

En otras palabras, como lo señaló el artículo 1530 del Código Civil y la doctrina, la condición es una estipulación que supone la llegada de un día cierto, y que para el caso que nos ocupa se trataría de la adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010. Surtida esta condición en cuanto que el adjudicatario del contrato de concesión sea la promesa de sociedad futura Autopistas de Sol S.A.S., en ese evento las partes que suscribieron el contrato de promesa se comprometieron a que en un plazo máximo de un mes constituirían la sociedad prometida. Por lo tanto no hay lugar al rechazo de la propuesta como lo solicita el observante.

(vii) Lo anterior es reiterado por el oficio del 7 de julio de 2010 remitido por la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010.

1.5 Finalmente se señala por parte del observante que no cumple con las formalidades para documentos que provengan del exterior la acreditación de experiencia en proyectos de concesión de infraestructura y para lo cual expone el argumento en los siguientes términos:

“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 inglés 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.

(...)”.

Al respecto nos permitimos aclarar que la revisión que hizo el observante no corresponde con la documentación que allegó el proponente Promesa de Sociedad Futura Autopistas del Sol toda vez que la oferta se presenta en idioma ingles y coreano, siendo los apartes en el idioma ingles los que fueron objeto de traducción oficial por parte de Traductor oficial de ingles a español certificado por el Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano, tal como a continuación se relaciona:

DOCUMENTO ENTIDAD ACREEDORA. Traducción Oficial No. 010-351 del 9 de junio de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 351 a 353),

donde acredita que expide la certificación la Oficina Notarial y legal Han-Gug. Joong-Kyum Kim como Presidente y Principal Funcionario Ejecutivo declara la veracidad de los documentos adjuntos y luego se deja constancia que KOREA DEVELOPMENT BANK con registro comercial No. 101-81-68490 participó en el cierre financiero del contrato que se relaciona en la certificación, suministrando unas cifras. La declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 03 de junio de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 356 a 362).

Luego se allega la Traducción Oficial del 3 de junio de 2010 efectuada por Ho Sang Yoo Traductor Oficial de Español – Coreano – Español por resolución No. 0926 de febrero 15 de 2000 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 363 a 365), donde acredita el sello de la notaria donde se generó el documento objeto de la traducción, la firma del Presidente de Kim Joong Kyum, el apostillaje del Ministerio de Justicia de la República de Corea.

Por lo anteriormente expuesto, la documentación presentada por parte del HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION Co LTD para acreditar con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones cumple por cuanto elevan documentos donde simultáneamente están acreditando información en inglés y en coreano, con su correspondiente traducción del idioma inglés a español por traductor oficial. Y un último documento que se encuentra totalmente en coreano, se tradujo oficialmente del coreano al español con todos los requisitos exigidos por la ley.

Adicionalmente mediante oficio VYC-681-13-07-2010 de julio 13 de 2010 el proponente allega a la entidad una certificación de la Embajada de Corea en Colombia, en la cual con fecha 9 de julio de 2010, se indica que en la República de Corea usualmente y como costumbre utiliza el idioma inglés para documentos que se expiden en las diferentes operaciones y actuaciones en el extranjero, sin limitación o restricción por razón del asunto. Agrega la certificación de la embajada que de acuerdo con los trámites notariales en la República de Corea se permite la gestión y procedimiento de aquellos, en idioma inglés.

Por lo tanto se ratifica la evaluación jurídica que ya había realizado la entidad con respecto a la documentación acreditada por el proponente.

2. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE S.A.S.

Mediante oficio del 6 de julio de 2010 identificado con el número 3694/2010 y radicado con el número 2010-409-015321-2, la **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN VIAL DEL CARIBE S.A.S.** presenta la siguiente observación a la oferta presentada por AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:

2.1 Se indica en el oficio en mención que el proponente No. 5 Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con respecto a su CAPACIDAD JURIDICA omitió los requisitos exigidos por el pliego de condiciones para aportar documentos de origen extranjero, vulnerando así el contenido del numeral 5.2.8 que reguló los requisitos que deben cumplir los documentos otorgados en el exterior. En dicho numeral se estableció que el idioma de la licitación sería el castellano, por lo tanto cuando documentos emitidos en idioma diferente al castellano sean presentados en el idioma original, deberán ser traducidos al castellano por un traductor oficial.

Ya en lo que respecta a la oferta señala que al "... revisar los documentos presentados por el integrante HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION Co LTD para acreditar su existencia, representación y capacidad se observa que en los folios 030 a folio 0104 reposan los documentos en idioma oficial del país de origen, que es el Coreano, una traducción simple al idioma Inglés y luego esta traducción se encuentra igualmente traducida al Español por un traductor oficial debidamente acreditado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia.

Mas adelante en el mismo oficio indica con respecto a la CAPACIDAD FINANCIERA lo siguiente:
"B) CAPACIDAD FINANCIERA

1. A folios 633 a 707 se encuentra la documentación referente a la certificación de cupo de crédito otorgado por el KOREA EXCHANGE BANK el día 10 de mayo de 2010 (folio 637). Al igual que en

los casos anteriormente indicados esta información no cuenta con la traducción oficial del origen al Español, ni con el original de la apostilla lo que implica que estos documentos se deben tomar como no presentados, y dan lugar al rechazo de la oferta.

Al respecto nos permitimos aclarar que la revisión que hizo el observante no corresponde con la documentación que allegó el proponente Promesa de Sociedad Futura Autopistas del Sol toda vez que la oferta se presenta en idioma ingles y coreano, siendo los apartes en el idioma ingles los que fueron objeto de traducción oficial por parte de Traductor oficial de ingles a español certificado por el Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano, tal como a continuación se relaciona:

CERTIFICADO DE REGISTRO MERCANTIL. Traducción Oficial No. 010-333 del 4 de junio de 2010 efectuada por Sergio Andres Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 28 a 32), donde acredita que expide la certificación la Oficina Notarial y legal Han-Gug. Joong-Kyum Kim como Presidente y Principal Funcionario Ejecutivo declara la veracidad del Certificado de Registro Comercial. Nombre de la compañía: Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. Nombre del Representante legal: Kim Joong Kyum. Fecha de Inicio de los negocios: 10 de enero de 1950 (se acredita su existencia antes de la presentación de la oferta). Fecha de certificación de la información el 24 de Mayo de 2010. La declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 24 de mayo de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 33 a 36).

CERTIFICADO DE REGISTRO DE LA COMPAÑIA. Traducción Oficial No. 010-332 del 4 de junio de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 38 a 63), donde acredita certificación notarial y legal Han-Gug. Nombre de la Compañía: Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. Objeto social: Trabajos de ingeniería civil, construcción, eléctricos y de dragado. Manejo de proyectos de construcción. Construcción Civil. Construcción de concreto reforzado. Construcción relacionada con pavimentos. Representante Legal: Director Kim Joong-Kyum desde el 17 de marzo de 2009. La declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 20 de abril de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 64 a 98).

DECLARACION PARA LAS PERSONAS JURIDICAS EXTRANJERAS. Traducción oficial del 27 de mayo de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 100 a 101), donde acredita la declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 10 de mayo de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 102 a 104). Se certifica que el representante legal no tiene limitaciones.

DECLARACION DE DURACION DE LA EMPRESA: Traducción oficial No. 010-323 del 27 de mayo de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 106 a 107), donde acredita la declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 10 de mayo de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 108 a 111). Se certifica que la empresa HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION CO, LTD tiene duración indefinida.

LICENCIAS PARA TRABAJOS DE CONSTRUCCION. Traducción oficial No. 010-321 del 27 de mayo de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 117 a 118A), donde acredita la declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 20 de abril de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 119 a 135).

ESTATUTOS SOCIALES: Traducción oficial No. 010-331 del 4 de junio de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 137 a 171), donde acredita la apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 172 a 229).

PODER: Traducción oficial No. 010-326 del 27 de mayo de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 231 a 232), donde acredita la declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 10 de mayo de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 233 a 236). El Director Joong Kyum Kim en nombre de Hyundai & Engineering Construction Co. Ltd. confiere poder especial amplio y suficiente a DIANA PATRICIA GIL LOPEZ para que represente a la compañía.

CERTIFICADO DE CUPO DE CREDITO. Traducción Oficial No. 010-354 del 9 de junio de 2010 efectuada por Sergio Andres Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Ingles – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 633 a 634), donde acredita que expide la certificación la Oficina Notarial y legal Han-Gug. Joong-Kyum Kim como Presidente y Principal Funcionario Ejecutivo declara la veracidad de los documentos adjuntos y luego se deja constancia que hay un documento en español y traduce el cargo del titular que lo suscribe indicando que se trata de Y. J NOH, en su condición de Gerente de Cuenta de Korea Exchange Bank. La declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 01 de junio de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 634 a 638).

Por lo anteriormente expuesto, la documentación presentada por parte del HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION Co LTD para acreditar con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones cumple por cuanto elevan documentos donde simultáneamente están acreditando información en ingles y en coreano, con su correspondiente traducción del idioma ingles a español por traductor oficial.

Adicionalmente mediante oficio VYC-681-13-07-2010 de julio 13 de 2010 el proponente allega a la entidad una certificación de la Embajada de Corea en Colombia, en la cual con fecha 9 de julio de 2010, se indica que en la República de Corea usualmente y como costumbre utiliza el idioma inglés para documentos que se expiden en las diferentes operaciones y actuaciones en el extranjero, sin limitación o restricción por razón del asunto. Agrega la certificación de la embajada que de acuerdo con los trámites notariales en la República de Corea se permite la gestión y procedimiento de aquellos, en idioma inglés.

Por lo tanto se ratifica la evaluación jurídica que ya había realizado la entidad con respecto a la documentación acreditada por el proponente.

2.2 Agrega el observante que la oferta presentada por la promesa de contrato de sociedad Autopistas del Sol S.A.S. genera un condicionamiento de la oferta por cuanto a folios 0117 a 0136 se encuentran documentos que si bien están en idioma coreano sin constancia de traductor oficial al inglés y de esta al español, con la omisión de la apostilla lo que “implica el rechazo por las razones anteriormente señaladas”, se observa que tales documentos se refieren a distintos tipos de licencia, entre ellas la de construcción que fue expedida el 21 de agosto de 1997 y renovada el 22 de febrero de 2000.

Para el observante esta licencia “es un condicionamiento a la propuesta del proponente ya que el ejercicio de la actividad de construcción está sujeta a la consecución de un permiso por parte de la Alcaldía de Seul”. Agrega en el oficio que de acuerdo con el contenido de este documento la renovación de esta licencia se realiza cada tres (3) años, por lo tanto, a la fecha de presentación de la oferta no contaba con la autorización para ejercer este tipo de actividades. Por lo anteriormente expuesto da lugar al rechazo de la propuesta en aplicación de lo dispuesto en el numeral 7.6.1 del pliego de condiciones que estipula que se deberá rechazar una propuesta cuando se presente en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad.

El artículo 30 de la ley 80 de 1993 al regular el proceso de selección por licitación pública en el numeral 6° reguló el condicionamiento de las ofertas en los siguientes términos:

“(…)

6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones ~~o términos de referencia~~¹⁰. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación”.

Por otra parte el numeral 7.6.1 de los pliegos de condiciones están estableciendo como causal de rechazo que las ofertas se encuentren subordinadas a cualquier condición o modalidad, que se trata de un desarrollo de una norma superior como es la ley 80 de 1993 y específicamente se está refiriendo al numeral 6° del artículo 30 de la ley 80, la cual impide que un oferente condicione la adjudicación de un contrato a la presentación de un ofrecimiento alternativo de carácter técnico o económico, y la licencias que está acreditando para laborar en su país Corea no tienen ninguna relación con la presentación de una propuesta técnica para desarrollar la concesión a adjudicarse.

2.3 Agrega en su oficio que en lo que se refiere al apoyo a la industria nacional o reciprocidad, en el folio 238 se encuentra la comunicación de fecha 9 de julio de 2010 en donde la Embajada de la República de Corea en Colombia se certifica que “actualmente se encuentra en negociación 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 y comercial, la consolidación de la cooperación y de los acuerdos bilaterales entre las dos naciones”.

Para el proponente la propuesta no cumple con las exigencias del pliego de condiciones y debe ser rechazada por este motivo.

Tal como lo plantea el observante, la certificación emanada de la Embajada de Corea no cumple con los requisitos establecidos por las normas vigentes sobre la materia, por cuanto no está acreditando la existencia de convenio o tratado entre los dos países y así se va a ver reflejado en la asignación de puntos por este concepto.

2.4 Con respecto a uno de los integrantes del proponente promesa de sociedad futura Autopistas del Sol S.A.S., SAINC S.A. cuestiona su capacidad jurídica por lo previsto dentro del objeto social por cuanto está previsto que la sociedad puede garantizar obligaciones de terceros siempre y cuando cuente con la autorización previa de la Junta Directiva y en esos términos a la fianza se ha debido adjuntar el acta de la junta directiva autorizando al representante legal para suscribirla, y por su omisión debe ser rechazada.

El certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali de fecha 18 de mayo de 2010 indica lo siguiente sobre el objeto social de SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. lo siguiente:

“PARAGRAFO: PROHIBASE A LA SOCIEDAD, EXCEPTO EN CUANTO A LOS IMPUESTOS, TASAS O CONTRIBUCIONES DE ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL O MUNICIPAL, **A CONSTITUIRSE EN GARANTE DE OBLIGACIONES DE TERCEROS** O CAUCIONAR CON LOS BIENES SOCIALES TENGA INTERES EN LA NEGOCIACION O PROYECTO QUE SE VA A GARANTIZAR Y QUE **ADEMAS SE CUENTE CON PREVIA AUTORIZACION DE LA JUNTA DIRECTIVA.**”

A folio 250 se acredita una autorización para presentar propuesta y firmar contrato con el siguiente texto: “El Director General y los Subdirectores como representantes Legales de SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. no tienen limitación alguna para comprometer a la sociedad para presentar la propuesta suscribir y celebrar el contrato de Concesión resultante de la adjudicación del proceso licitatorio de la referencia, teniendo amplia facultad expresa par actual y firmar sin limite de cuantía y como representante legales, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal”.

¹⁰ Aparte derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007

A los folios 292 a 395 se incorpora la Fianza otorgada por el socio o accionista de la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. en la cual se indica que SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. está representada por FRANCISCO JOSE ANGULO ANGULO, “quien en adelante y para todos los efectos se denominará el “Fiador”, se compromete a garantizar las obligaciones de la **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.** (el “Garantizado”) derivadas de la adjudicación al Garantizado en su condición de Proponente del proceso licitatorio No. SEA-LP-001-2010 abierto por el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, incluyendo (i) la constitución de la Garantía Única de Cumplimiento y de la carta de crédito stand by; y (ii) el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión (las “Obligaciones Garantizadas”), en las condiciones indicadas en el presente documento (en adelante la “Fianza”).

Luego en la cláusula segunda esto fue lo que se pactó:

CLAUSULA SEGUNDA – OBJETO

El Fiador, por medio del presente documento, otorga fianza irrevocable a favor del Instituto Nacional de Concesiones -INCO- para asegurar el cumplimiento de todas y cada una de las Obligaciones Garantizadas.

(...).

Como se evidencia, la fianza otorgada por el apoderado de la sociedad SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A constituye una garantía para el cumplimiento de obligaciones de un tercero, en este caso, la promesa de sociedad futura Autopistas del Sol S.A.S. Siendo una garantía para el cumplimiento de obligaciones de la futura promesa de sociedad, el objeto social de la sociedad SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A determinó que estaba prohibido para la sociedad entre otros constituirse en garante de obligaciones de terceros, salvo que se cuente con previa autorización de la Junta Directiva. Al revisar la propuesta, el mismo oferente indica que los Directores y subdirectores no tienen ninguna limitación para comprometer a la sociedad, sin embargo este asunto no concierne con la ausencia de limitaciones que por sus competencias consagran sus estatutos, sino una prohibición expresa de comprometerla para garantizar obligaciones de terceros. En este caso se le haya razón al observante, por cuanto efectivamente no se allegó el acta de Junta de Socios en donde se le autorizara al representante legal a comprometer a la sociedad en la fianza que otorgaría para garantizar las obligaciones de la promesa de sociedad futura y que en un evento de incumplimiento del contrato de concesión respondiera por las obligaciones de este contrato frente al beneficiario de la garantía, en este caso el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-

Establece el numeral 3.3.1. de los pliegos de condiciones respecto de los interesados Colombianos lo siguiente:

(b) Personas Jurídicas Civiles o Comerciales:

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

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

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

(1) la existencia y representación legal;

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

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

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

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

Por lo anteriormente expuesto cuando el integrante de la promesa de sociedad no allegó el acta de junta de socios donde se levanta la prohibición de constituir garantías a favor de terceros y declarar en un poder que no requería autorizaciones para comprometer a la empresa, no cumplieron con un requisito que ellos mismos se impusieron y en esos términos se debe dar aplicación al numeral 7.6.4 del numeral 7.6 de los pliegos de condiciones sobre causales de rechazo de la propuesta, por cuanto la fianza no contiene la autorización de la junta de socios.

Sin embargo, mediante oficio del 7 de julio de 2010, la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010, ante esta observación allega a la entidad el extracto del Acta No. 95 del 26 de mayo del 2010 en donde consta la reunión de la Junta Directiva de SAINC S.A. en esa misma fecha y en la cual se deja constancia que dicha autorización existe antes del cierre del proceso licitatorio. En esos términos, si bien la propuesta no contenía el Acta de Junta de Socios, al allegarla el proponente con fecha de celebración con anterioridad al cierre del proceso, no hay lugar al rechazo de la propuesta.

2.5 Con respecto a otro de los integrantes del proponente promesa de sociedad futura Autopistas del Sol S.A.S., VERGEL Y CASTELLANOS S.A. cuestiona su capacidad jurídica por cuanto considera que el procedimiento con el cual se convocó a la Junta Directiva es irregular pues uno de los asistentes en su criterio no estaba autorizado para asistir a la misma por ser suplente de uno de los miembros y solicita a la entidad que se aclare esta situación.

La entidad se encuentra obligada a verificar la capacidad jurídica de los proponentes y en caso de presentarse proponentes con estructuras plurales le corresponde revisar la capacidad jurídica de cada uno de los integrantes, tal como quedó regulado en los pliegos de condiciones y en los siguientes términos:

(j) "Capacidad Jurídica". Para los efectos de la presente Licitación, se entenderá que la capacidad jurídica es aquella condición de las personas naturales o jurídicas relativa a su aptitud conforme a la Ley aplicable para participar en la presente Licitación. En este orden de ideas, se entenderá que para las personas naturales la capacidad será la prevista en el artículo 1502 del Código Civil colombiano y para las personas jurídicas, la prevista en el artículo 99 del Código de Comercio colombiano y siempre que el representante legal cuente con las autorizaciones que conforme a los estatutos sociales deba tener para participar en la presente Licitación. Para los Interesados y Proponentes de origen extranjero se verificará que cumplan con las mismas condiciones previstas en esta definición.

En esos términos le corresponde de manera limitada solicitar a cada uno de los participantes que si sus representantes legales tienen por virtud de sus estatutos tienen limitaciones para contratar, invitarlos a integrar sus propuestas con estos documentos de carácter legal.

Consideramos por lo tanto que si un proponente cumple con estos requerimientos, no es a la entidad estatal a la que le correspondería cuestionar como se surtieron estos documentos pues es del resorte de cada persona jurídica como levanta sus limitaciones para contratar y salvo una evidencia que un documento tenga tachas de falsedad le corresponderá poner en conocimiento de las autoridades esta situación.

Por lo anteriormente expuesto se considera que el proponente anexo la información solicitada por el pliego de condiciones y cumplió con los requisitos solicitados.

Adicionalmente mediante oficio del 7 de julio de 2010, la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010, ante esta observación indica lo siguiente:

“Hace el observante alusión al Acta de Junta Directiva No. 210 de Vergel y Castellanos S.A., manifestando que a la misma asistieron el Sr. José Javier Castellanos Bautista como miembro Principal de la Junta, y a su vez su suplente, el Sr. José Gilberto Hernández Lara, y que su asistencia no podría tenerse como válida y en consecuencia la decisión tomada por dicho órgano social en esa reunión carece a su vez de validez haciendo referencia a un asunto de mayorías, sin precisar concretamente porque carecería de validez tal decisión.

En primer lugar, nos permitimos aclarar que conforme a los estatutos de la sociedad mencionada establecen que la Junta Directiva está compuesta por cuatro (4) miembros principales con sus suplentes y sus decisiones se tomarán por mayoría simple de los mismos (CAPITULO VI, Artículo Vigésimo Cuarto). Sin embargo en el presente caso hubo unanimidad en la votación.

Así mismo el mencionado artículo señala que la suplencia es numeral y no personal, pues por virtud legal tal como lo establece el artículo 434 del Código de Comercio¹¹, cuando no se hace manifestación expresa de la suplencia personal, esta será numérica, por lo anterior la presencia del Sr. José Gilberto Hernández Lara en la Junta no invalida la decisión tomada por este órgano social”.

En esos términos la respuesta dada por el proponente ratifica la evaluación jurídica efectuada por la entidad a su propuesta en cuanto a que cumple con los requisitos establecidos en el mismo.

3. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RUTA DE SOL S.A.

Mediante oficio del 7 de julio de 2010 radicado con el número 2010-409-015318-2, la **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RUTA DE SOL S.A.** presenta la siguiente observación a la oferta presentada por AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:

3.1 Solicita el observante que se le solicite a uno de los integrantes de la promesa de sociedad futura HYUNDAI ENGINEERING CONSTRUCTION CO, LTD que aclare cual es el número de matrícula de la sociedad, por cuanto la traducción oficial indica el siguiente número 1100111-00079909 y en los documentos donde se registra la información de la sociedad como la promesa de sociedad, la fianza y la carta de crédito el número que se registra es 1101111-0007909.

Se aceptó la observación del proponente y en esos términos se le solicitó aclaración al proponente de sociedad futura Autopistas del Sol S.A.S cuál es el número de matrícula correcto, es así como mediante oficio 1810-2010 del 13 de julio de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones INCO requirió al oferente para que aclarara el número de registro de la sociedad en los documentos jurídicos donde participa, y dentro del plazo otorgado se le indicó que tendría hasta el 19 de julio a las 16:00 horas.

Llegado el plazo no se aclaró la información solicitada, por lo anteriormente expuesto se declara NO ADMISIBLE de acuerdo con el numeral 7.6.11 de los pliegos de condiciones.

3.2 Indica el proponente que para efectos de acreditar la reciprocidad prevista en la ley 816 de 2003 y el pliego de condiciones es insuficiente la acreditación de la Embajada de Corea.

Tal como lo plantea el observante, la certificación emanada de la Embajada de Corea no cumple con los requisitos establecidos por las normas vigentes sobre la materia, por cuanto no está acreditando la existencia

¹¹ Art. 434 del Código de Comercio: Las atribuciones de la junta directiva se expresarán en los estatutos. Dicha Junta se integrará con no menos de tres miembros y cada uno de ellos tendrá un suplente. **A falta de estipulación expresa en contrario, los suplentes serán numéricos.**

de convenio o tratado entre los dos países y así se va a ver reflejado en la asignación de puntos por este concepto.

3.3 Agrega en su oficio que a folios 350 y ss. se encuentran dos certificaciones emanadas del Korean Development Bank para los cuales solo existen traducciones realizadas por Ho Sang Yoo quien no tiene la calidad de traductor oficial del idioma inglés al español. Agrega que se observa que en la oferta no se encuentra una certificación en idioma coreano del Korean Development Bank.

Al respecto nos permitimos aclarar que la revisión que hizo el observante no corresponde con la documentación que allegó el proponente Promesa de Sociedad Futura Autopistas del Sol toda vez que la oferta se presenta en idioma inglés y coreano, siendo los apartes en el idioma inglés los que fueron objeto de traducción oficial por parte de Traductor oficial de inglés a español certificado por el Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano, tal como a continuación se relaciona:

DOCUMENTO ENTIDAD ACREEDORA. Traducción Oficial No. 010-351 del 9 de junio de 2010 efectuada por Sergio Andrés Rueda Iglesias Traductor Oficial de Español - Inglés – Español por resolución No. 0138 de febrero 11 de 2002 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 351 a 353), donde acredita que expide la certificación la Oficina Notarial y legal Han-Gug. Joong-Kyum Kim como Presidente y Principal Funcionario Ejecutivo declara la veracidad de los documentos adjuntos y luego se deja constancia que KOREA DEVELOPMENT BANK con registro comercial No. 101-81-68490 participó en el cierre financiero del contrato que se relaciona en la certificación, suministrando unas cifras. La declaración ante notario se surte ante la Oficina Notarial y Legal de Han-Gug con fecha 03 de junio de 2010. La apostilla indica la calidad de notario y suscrita por el Ministerio de Justicia de la República de Corea (documentos anexos folios 356 a 362).

Luego se allega la Traducción Oficial del 3 de junio de 2010 efectuada por Ho Sang Yoo Traductor Oficial de Español – Coreano – Español por resolución No. 0926 de febrero 15 de 2000 debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 363 a 365), donde acredita el sello de la notaria donde se generó el documento objeto de la traducción, la firma del Presidente de Kim Joong Kyum, el apostillaje del Ministerio de Justicia de la República de Corea.

Por lo anteriormente expuesto, la documentación presentada por parte del HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION Co LTD para acreditar con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones cumple por cuanto elevan documentos donde simultáneamente están acreditando información en inglés y en coreano, con su correspondiente traducción del idioma inglés a español por traductor oficial. Y un último documento que se encuentra totalmente en coreano, se tradujo oficialmente del coreano al español con todos los requisitos exigidos por la ley.

Adicionalmente mediante oficio VYC-681-13-07-2010 de julio 13 de 2010 el proponente allega a la entidad una certificación de la Embajada de Corea en Colombia, en la cual con fecha 9 de julio de 2010, se indica que en la República de Corea usualmente y como costumbre utiliza el idioma inglés para documentos que se expiden en las diferentes operaciones y actuaciones en el extranjero, sin limitación o restricción por razón del asunto. Agrega la certificación de la embajada que de acuerdo con los trámites notariales en la República de Corea se permite la gestión y procedimiento de aquellos, en idioma inglés.

Por lo tanto se ratifica la evaluación jurídica que ya había realizado la entidad con respecto a la documentación acreditada por el proponente.

4. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VIAS DE COLOMBIA S.A.S.

Mediante oficio del 8 de julio de 2010 radicado con el número 2010-409-015425-2, la **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VIAS DE COLOMBIA S.A.S.** presenta la siguiente observación a la oferta presentada por AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:

4.1 Inicia sus observaciones señalando que con respecto a las fianzas otorgadas a folios 292 a 337 no tienen en cuenta las modificaciones del adenda No. 2 y se solicita rechazar la propuesta de conformidad con lo establecido en el numeral 7.6.4

Agrega en su oficio el observante sobre la capacidad jurídica de la sociedad SAINC que en cuanto al otorgamiento de la fianza, no incluye en su objeto social dicha posibilidad, por lo tanto el representante legal no tenía facultades para obligar a la sociedad y en consecuencia solicita rechazar la propuesta.

Indica igualmente que respecto de las autorizaciones del representante legal el mismo tenía limitaciones para contratar.

1. En primer lugar respecto a que el representante legal no tenía facultades para formar parte de la promesa de sociedad y para comprometer a la sociedad que representa reiteramos nuestra posición en cuanto a que si se demostró tener facultades y no gozar de limitaciones.

El certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali de fecha 18 de mayo de 2010 certificó con respecto a las funciones de la Junta Directiva de la sociedad Sainc Ingenieros Constructores S.A. lo siguiente:

A. Elegir y remover libremente en cualquier momento, al **Director General de la sociedad, a los subdirectores y al Gerente de la Compañía.**

J. **Autorizar al Gerente de la compañía.**

1. Para que celebre todo acto o contrato que tenga por objeto adquirir, enajenar o limitar bienes raíces y activos fijos de la compañía o dar una prenda muebles y adquirir préstamos bancarios y de entidades financieras o compañías aseguradoras, cualquier fuera su cuantía, y;

2. **Para que presente y suscriba licitaciones y cotizaciones que excedan la suma de 10.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes** en la fecha en que la autorización sea dada, requisito sin el cual el acto o contrato es inoponible a la sociedad.

K. **Autorizar al Gerente de la compañía para que celebre todo acto o contrato que tenga por objeto desarrollar el objeto social** diferentes a los señalados en el numeral 1) del literal j) anterior, celebrar contratos de sociedad en que la compañía ingrese como socia o accionista y entregar a terceros dinero a título de mutuo, así como la compra de materias primas, su pignoración, celebración de contratos de cuenta corriente, depósitos a término y en cuentas de ahorro o negocios de importación o exportación, **cuya cuantía exceda el equivalente en pesos a 3.000 salarios mínimos mensuales legales** vigentes en la fecha en que la autorización sea dada, requisito sin el cual el acto o contrato es inoponible a la sociedad.

L. Establecer sucursales, fábricas, agencias y oficinas de la compañía en cualquier lugar del territorio colombiano o fuera de él.

LL. Designar los gerentes de las sucursales a que se refiere el literal anterior, fijar su remuneración e investirlos de los poderes que la misma Junta Directiva determine.

M. Nombra apoderados generales extrajudiciales e investirlos, por escritura pública que otorgaran el Director General o el Gerente de la compañía, de las facultades que consideren convenientes para el logro de los fines sociales.

P. Ejercer las demás funciones que le señalen los estatutos, las que no estén expresamente atribuidas a la Asamblea General de accionistas y que estén comprendidas dentro del objeto social y la conduzcan a su relación.

Con respecto a la calidad de representante legal esto es lo que certifica la Cámara de Comercio:

“Director General: La orientación general de los negocios sociales y **la representación legal de la misma estarán a cargo de un Director General,** designado por la Junta Directiva para periodos de un (1) año, reelegible indefinidamente y removable por ella en cualquier tiempo”.

Con respecto a los subdirectores esto es lo que se certifica:

“Subdirectores. La sociedad tendrá dos (2) subdirectores, que reemplazarán al Director General en sus faltas temporales o absolutas, en el orden que determine la Junta Directiva”.

Con respecto a las funciones del Director General, esto es lo que certifica la Cámara de Comercio:

“(…)

D- ... y en general, celebrar todos los actos y contratos permitidos por la ley, necesarios y conducentes al logro de los fines sociales de la compañía sin límite de cuantía. E. Presentar y suscribir licitaciones y cotizaciones sin límite de cuantía y sin necesidad de autorización de la Junta Directiva y suscribir los contratos, también sin límite de cuantía, correspondientes a las licitaciones y cotizaciones que se adjudiquen a la sociedad. (La subraya, negrilla y cursiva fuera del texto)

Culmina el certificado de existencia y representación señalando que el primer subdirector y representante legal suplente es el señor José Angulo Angulo; que el segundo subdirector es el señor Hernando Angulo Angulo; y que el Director General y representante legal es Gilberto Saa Navia.

Finalmente, en folio 250 y 251 se registra que Gilberto Saa Navia en su condición de Director General y representante legal autoriza a Francisco José Angulo Angulo para que en su calidad de primer subdirector y representante legal suplente comprometa y firme todos los documentos necesarios y que sean requeridos para la presentación de la propuesta a la Licitación Pública No. SEA LP-001-2010, adelantada por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y a representar a la compañía en todos los actos que se lleven a cabo con ocasión de la mencionada Licitación.

Por lo tanto, no se requiere acta de la Junta de Socios de la sociedad Sainc Ingenieros Constructores S.A., toda vez que quien presenta y compromete todos los actos para la presentación de la propuesta de la Promesa de Sociedad futura es uno de los representantes legales que no tiene limitaciones para celebrar los actos y los contratos y presentar y suscribir licitaciones y cotizaciones, como es el subdirector, al cual el Director le otorgó el respectivo poder de representación, el señor Francisco José Angulo Angulo, y quien suscribió la Carta de Presentación de la Propuesta (folio 005) y el contrato de promesa de sociedad Autopista del Sol S.A.S. (folio 289).

2. En segundo lugar con respecto a lo que se refiere a la fianza el asunto es diferente y como este punto, había generado una observación presentada por otro proponente, el proponente allegó la certificación de la Junta de Socios donde se indica que la misma se reunió con antelación al cierre de la licitación y se autorizó al representante legal para comprometer la empresa a favor de terceros:

Como se evidencia, la fianza otorgada por el apoderado de la sociedad SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A constituye una garantía para el cumplimiento de obligaciones de un tercero, en este caso, la promesa de sociedad futura Autopistas del Sol S.A.S. Siendo una garantía para el cumplimiento de obligaciones de la futura promesa de sociedad, el objeto social de la sociedad SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A determinó que estaba prohibido para la sociedad entre otros constituirse en garante de obligaciones de terceros, salvo que se cuente con previa autorización de la Junta Directiva. Al revisar la propuesta, el mismo oferente indica que los Directores y subdirectores no tienen ninguna limitación para comprometer a la sociedad, sin embargo este asunto no concierne con la ausencia de limitaciones que por sus competencias consagran sus estatutos, sino una prohibición expresa de comprometerla para garantizar obligaciones de terceros. En este caso se le haya razón al observante, por cuanto efectivamente no se allegó el acta de Junta de Socios en donde se le autorizara al representante legal a comprometer a la sociedad en la fianza que otorgaría para garantizar las obligaciones de la promesa de sociedad futura y que en un evento de incumplimiento del contrato de concesión respondiera por las obligaciones de este contrato frente al beneficiario de la garantía, en este caso el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-

El artículo 10 del decreto 2474 de 2008 regula las reglas para subsanar ofertas y que sobre la capacidad jurídica a su letra establece:

Artículo 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

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. (La subraya, negrilla, y cursiva fuera del texto).

Sin embargo, mediante oficio del 7 de julio de 2010, la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. con radicado No. 2010-409-015762-2 del 13 de julio de 2010, ante esta observación allega a la entidad el extracto del Acta No. 95 del 26 de mayo del 2010 en donde consta la reunión de la Junta Directiva de SAINC S.A. en esa misma fecha y en la cual se deja constancia que dicha autorización existe antes del cierre del proceso licitatorio. En esos términos, si bien la propuesta no contenía el Acta de Junta de Socios, al allegarla el proponente con fecha de celebración con anterioridad al cierre del proceso, no hay lugar al rechazo de la propuesta.

4.2 Continúa con sus observaciones señalando que con a la existencia y representación de Hyundai que para las personas jurídicas extranjeras en aplicación del numeral 3.3.2 de los pliegos de condiciones, que deberán presentar un documento expedido por autoridad competente en el país de su domicilio. En el evento que conforme a la jurisdicción de incorporación del interesado extranjero no hubiere un documento que contenga la totalidad de las información, presentarán los documentos necesarios para acreditar lo solicitado y si no existiere ninguna autoridad que certifique la información el proponente deberá presentar declaración juramentada sobre la existencia representación en la que conste que no existe autoridad u organismo que certifique. De acuerdo con el observante, la propuesta de Hyundai no cumple con ninguna de las opciones establecidas en el pliego de condiciones pues en la declaración no indica que no exista autoridad u organismo que certifique los requerimientos exigidos en el pliego y se debe rechazar la propuesta.

Agrega adicionalmente con respecto a Hyundai que su objeto social no le permite la celebración de contratos de concesión ni de operación y por ello se debe proceder a rechazar su propuesta.

(i) Sobre el primer aparte de la observación al revisar el folio 103 donde se encuentra la declaración del representante legal, efectivamente encontramos que dicha declaración no contiene de manera expresa una declaración juramentada que incluya la siguiente información contenida en el pliego de condiciones en el numeral 3.3.1:

Si en la jurisdicción de incorporación no existiese ninguna autoridad o entidad que certifique la información aquí solicitada, el Proponente extranjero deberá presentar una declaración juramentada de una persona con Capacidad Jurídica para vincular y representar a la sociedad en la que conste que (A) no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado en el presente numeral; y (B) la información requerida en el presente numeral; y (C) la Capacidad Jurídica para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay.

Se aceptó la observación del proponente y en esos términos se le solicitó al proponente que subsanara esta declaración para que cumpliera el numeral 3.3.1 del pliego de condiciones, por lo cuál el Instituto Nacional de Concesiones INCO requirió al oferente, y dentro del plazo otorgado se le indicó que tendría hasta el 19 de julio a las 16:00 horas.

Llegado el plazo no se allegó el documento requerido, por lo anteriormente expuesto se declara NO ADMISIBLE de acuerdo con el numeral 7.6.11 de los pliegos de condiciones.

(ii) Sobre el cuestionamiento de la incapacidad de la persona jurídica extranjera Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. para desarrollar el contrato de concesión, la misma acreditó su existencia y representación y en los folios 40 a 47 del Sobre No. 1 estos fueron los propósitos para los cuales de constituyó la compañía:

- Trabajos de ingeniería civil, construcción, eléctricos y de dragado.
- Servicios relacionados con construcción
- Inversión, construcción y operación de infraestructura social financiada privadamente
- Pruebas de calidad para trabajos de construcción
- Supervisión de diseños de construcción
- Servicios técnicos relacionados con la construcción
- Manejo de proyectos de construcción
- Construcción Civil
- Construcción de concreto reforzado
- Construcción relacionada con pavimentos
- Construcción de estructura de acero
- Negocios e inversiones relacionadas con las disposiciones precedentes

De acuerdo con los pliegos de condiciones, el objeto de la licitación pública No. SEA-LP-001-2110 se propone seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Sector comprendido entre San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar, denominado Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol.

Por lo tanto en principio, la persona jurídica extranjera Hyundai Engineering y Construction Co. Ltd. se encontraría en capacidad de ejecutar el objeto de la concesión a contratar por cuanto el mismo corresponde al giro normal de sus negocios.

4.3 Con respecto al apoyo a la industria nacional considera que el proponente no puede acceder a los puntos por este concepto por la insuficiencia de la acreditación de la Embajada de Corea.

Tal como lo plantea el observante, la certificación emanada de la Embajada de Corea no cumple con los requisitos establecidos por las normas vigentes sobre la materia, por cuanto no está acreditando la existencia de convenio o tratado entre los dos países y así se va a ver reflejado en la asignación de puntos por este concepto.

Por lo anteriormente expuesto la CALIFICACION JURIDICA es **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 6. VIAS DE COLOMBIA SAS PSF

Mediante radicado No. 2010-409-015424-2 de fecha 08 de julio de 2010 el proponente remite:

Las certificaciones de aportes parafiscales de **LATINCO S.A. y HB**, en donde fueron incorporados, los pagos de los aportes parafiscales del mes de mayo, de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones igualmente, allega la corrección solicitada al anexo 2 A cláusula Octava.

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS CONTRA EL PROPONENTE No 6

Observaciones presentadas por el proponente 7 contra el proponente 6 radicado 2010-409-015326-2

Numeral 1 radicado 2010-409-015326-2 - Extralimitación de las facultades del representante legal

Manifiesta el proponente que como soporte de autorización para participar en el proceso licitatorio No SEA-L-P-001-2010, La Sociedad **LATINCO S.A.**, miembro del proponente plural Vías de Colombia S.A.S., aportó un extracto del acta de junta directiva No 84 del 28 de mayo de 2010, en la cual se destaca que la junta directiva autorizó a su representante legal a suscribir "(...) el contrato de obra pública que se desprenda de la actual adjudicación" (subraya fuera de texto) igualmente en el mismo documento, fue autorizado para "asumir la responsabilidad solidaria o cualquier 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). Afirma entonces el proponente que la junta directiva de Latinco autorizó a su representante legal para suscribir un contrato de obra pública y que no cabe ninguna duda, en el sentido que el contrato que se suscribirá como resultado del presente proceso licitatorio será un contrato de concesión.

Al continuar con la revisión de la propuesta, encontramos que no obstante haberle otorgado la junta directiva de LATINCO poder a su representante legal para la suscripción de un contrato de obra pública, este otorgó a su vez poder para que 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 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 sino 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.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 6

Sostiene que el representante legal de LATINCO S.A. cuenta con las facultades suficientes, tal y como puede observarse en las estipulaciones contenidas en el acta de la junta directiva de la sociedad y que en este sentido se da cumplimiento a las disposiciones contenidas en los pliegos.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

De conformidad con el numeral 3.3.1. (ii) del pliego, "*cuando el representante legal tenga limitaciones estatutarias para presentar la propuesta, suscribir el contrato o realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de propuesta, la participación en la licitación y/o para la contratación en caso de resultar adjudicatario, se deberá presentar en la propuesta 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*". Así, la presente observación no prospera toda vez que la Junta directiva de Latinoamericana de Construcciones S.A.-LATINCO S.A., autorizó mediante acta al representante legal para la presentación de la propuesta, la suscripción del contrato y la realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar adjudicatario.

Adicionalmente, en dicho documento los miembros de la junta directiva facultaron de poder amplio y suficiente al representante legal para proceder y contratar todos los actos que se requieran en los términos de los pliegos de condiciones de la presente licitación pública SEA-LP- 001-2010 y entre otras, lo autorizó además para nombrar apoderado con facultades amplias y suficientes para realizar

cualquiera de las actividades señaladas en la presente acta y en general para obligar a la sociedad en los términos del presente documento.

Es importante destacar que el extracto de acta indica "Los miembros presentes de la junta directiva de manera unánime declaran que las autorizaciones conferidas al representante legal y/o representante legal suplente y/o presidente corporativo y/o gerente ejecutivo de la sociedad se deben entender tan amplias y suficientes que este no puedan decir que le faltó alguna para actuar y contratar a nombre de LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. LATINCO S.A. en los términos que exigen los sendos pliegos de condiciones"(...)

Por consiguiente, las autorizaciones otorgadas al Representante Legal, se ajustan a las disposiciones señaladas en los pliegos de condiciones y no se encuentra autorización expresa alguna para la suscripción de un contrato de obra pública.

Numeral 2 radicado 2010-409-015326-2 -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 62% de las acciones suscritas.

La sociedad LATINCO miembro de la estructura plural VIAS DE COLOMBIA S.A.S., 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.

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, 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)

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE 6

La junta directiva de LATINCO S.A., dio las autorizaciones requeridas con el pleno de las facultades pretendidas. Al asumir Latinco S.A. una obligación solidaria, la sociedad no está garantizando obligaciones de terceros, que es lo que si requiere una mayoría especial al tenor de los estatutos correspondientes, sino que está asumiendo una obligación propia. Se insiste en que al garantizar obligaciones de terceros, latinco S.A. estaría originando una obligación o vínculo jurídico distinto al del acreedor y dicho tercero (deudor principal). En la solidaridad, no hay pluralidad de vínculos jurídicos u obligaciones. En la solidaridad, hay pluralidad de sujetos en una misma obligación.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Latinco se obligó con: la suscripción de la promesa de sociedad futura, con la garantía de seriedad de la oferta. ,

2.- Las estipulaciones del Pliego y del contrato mismo, son por su naturaleza obligaciones solidarias.

3. En el Acta de la Junta Directiva de la sociedad Latinco S.A., dicho órgano social autorizó expresamente al Representante Legal 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...*". Por mandato estatutario de la sociedad LATINCO ese es el órgano competente para autorizar al representante legal a celebrar los negocios jurídicos por vía general. Es decir se autorizó a obligarse solidariamente.

4. En el caso de garantizar obligaciones de terceros, los estatutos sociales de la sociedad Latinco S.A. consagran en el parágrafo segundo del objeto social, lo siguiente: "*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.*".

Las sociedades privadas tienen libertad de actuar con base en sus estatutos. Las prohibiciones o restricciones deben leerse en su sentido más literal y tienen interpretación restrictiva. El Estado sólo tiene las competencias atribuidas, los particulares sólo tienen las limitaciones estrictamente estipuladas.

5.- En la solidaridad hay diversas obligaciones frente a una sola prestación, la solidaridad es un fenómeno derivado de la pluralidad de sujetos en uno en los dos extremos de la obligación o vínculo jurídico personal.

6- En este sentido, las reglas de solidaridad indican que el acreedor puede reclamar la satisfacción de la obligación de uno cualquiera de los deudores, que son deudores directos del acreedor.

Ahora bien el extracto de acta de junta directiva de LATINCO S.A. No 84 del 28 de mayo de 2010, que reposa a folio 30 de la propuesta, autoriza expresamente a su representante legal para "*asumir la responsabilidad solidaria o cualquier 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 ...*".

Situación particular a lo anterior es el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Latinco S.A., miembro de la estructura plural VIAS DE COLOMBIA S.A.S., que consagra en el parágrafo segundo del objeto social: "*La sociedad solo podrá ser garante de las obligaciones de terceros y constituir cualquier clase de garantías para ello, previa aprobación de la Asamblea General de accionistas, con el voto favorable del 62% de las acciones suscritas*". (subrayado fuera del texto) Atribución que debe entenderse como lo hace quien presenta la observación, pues la limitación señalada requiere de manifestación expresa de la asamblea general de accionistas para entenderse superada.

En conclusión la entidad analiza los siguientes antecedentes:

El objeto social tiene un párrafo segundo que establece: La sociedad sólo 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 62% de las acciones suscritas.

En sus órganos de dirección la sociedad cuenta con un Presidente Corporativo y un Gerente Ejecutivo.

Dentro de las atribuciones del Gerente Ejecutivo está la de ejecutar todas las operaciones hasta por cuantía de 3.000 salarios mínimos legales mensuales. Las operaciones que excedan esta cifra requieren autorización de la Junta Directiva.

El extracto del acta 84 antes señalado, faculta al Representante Legal para comprometer a la sociedad y participar como proponente, de manera individual o en grupo con otras personas jurídicas y naturales, asociadas entre sí, mediante sociedad, consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura o cualquier otra forma de asociación que estime conveniente, en los términos y con los efectos establecidos en los pliegos de condiciones del proceso licitatorio (...) suscribir cualquier contrato, documento y/o declaración que se requiera dentro de las etapas de la presentación de las propuestas (...) incluidos la carta de presentación de la propuesta, el documento de asociación, los formatos como formularios de anexos señalados en los pliegos de condiciones respectivos, las garantías exigidas, los contratos de crédito (...) 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.

El inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio, establece que la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

El artículo 99 del mismo estatuto señala que la capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto y que se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

El artículo 420 de la misma obra indica las funciones de la Asamblea General de accionistas de la sociedad anónima, e incluye "... las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan otro órgano".

El artículo 438 ibidem establece que "... salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Por su parte, el artículo 1568 del Código Civil establece que "En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas personas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda y cada uno de los acreedores en, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota del crédito...", a menos que exista solidaridad.

Dentro de las reglas que a continuación se señalan sobre la solidaridad se dispone, entre otras cosas, que el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios, conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.

En conclusión con fundamento en los antecedentes y normatividad expuestos, aplicado todo al asunto en cuestión, nuestra decisión es la siguiente:

- i. Latince tiene un objeto social bastante amplio y lo puede ejercer de manera directa, es decir, por sí misma, con relativa libertad, a menos que desborde los límites cuantitativos allí previstos, en cuyo caso requerirá autorización de la Junta Directiva.
- ii. No obstante lo anterior, hay un especie de objeto extraordinario, cuál es poder servir eventualmente de garante de obligaciones de terceros y constituir cualquier clase de

- garantía para ello, actividad para la cual los estatutos, que son la ley de la sociedad, exigen la autorización expresa del máximo órgano social, de la asamblea general de accionistas y además, adoptada por mayoría calificada del 62%.
- iii. En el presente caso, para participar en la Licitación, actividad que está dentro del objeto principal, pero que por supuesto desborda el límite de las facultades del representante legal, se requería autorización de la Junta Directiva, la cual le fue otorgada en debida forma como consta en el acta reseñada.
 - iv. Sin embargo, si dentro del proceso licitatorio en algún momento Latinco tiene que constituirse por alguna razón en garante de obligaciones de terceros, requerirá autorización de la Asamblea, adoptada por mayoría calificada y no vemos que esa autorización obre dentro de la propuesta.
 - v. Entendemos que si se trata de servir de garante a la nueva sociedad que se constituya en razón de la promesa de sociedad futura en caso de adjudicación, o de los otros integrantes del estructura plural, por supuesto que se tratará de una garantía a favor de terceros y regirá para ella la limitación mencionada en el punto anterior.
 - vi. Ahora, en cuanto a la discusión de si actuar en un esquema contractual con responsabilidad solidaria constituye el otorgamiento de una garantía, creemos que en efecto así es, por cuanto la definición arriba citada habla de una sola obligación con una pluralidad de deudores, que serían todos los integrantes de la estructura plural. Entonces, si Latinco no es directa y exclusivamente el oferente y por tanto no es directa y exclusivamente el contratante, en caso de adjudicación, al actuar como obligado solidario necesariamente estará garantizando la obligación de un tercero.

En este sentido, es de recibo la apreciación elevada por el observante promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol sector 3 S.A.S. en conclusión se declara NO ADMISIBLE al proponente.

Numeral 3 radicado 2010-409-015326-2 - Violación de la prohibición establecida en el numeral 3.2.2. del pliego de condiciones

El proponente manifiesta que ha evidenciado que el grupo empresarial del Dr. William Vélez participa en dos propuestas. La primera, en la estructura plural denominada “zona 3 ruta del sol PSF” a través del miembro “Grupo Odiosa S.A.”, que es “miembro acreditativo del proponente” o “MAP” y la segunda en la estructura plural denominada “Vías de Colombia S.A. a través del miembro “HB estructuras metálicas S.A.”

su participación en la estructura plural denominada “zona 3 Ruta del Sol PSF”, a través del grupo ODINSA S.A., se da por el hecho de ser el Dr. Vélez, junto con su hermano Francisco Luis Vélez sierra, miembro de su junta directiva, y este último habiendo participado, con su voto favorable, en la 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 participación que tiene el grupo empresarial del Dr. William Vélez en el capital del grupo ODINSA S.A., a través de las sociedades ELECTRICAS DE MEDELLÍN LTDA y TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.

Respecto a la estructura plural denominada “Vías de Colombia S.A PSF”., el grupo empresarial del Dr. William Vélez controla a la sociedad HB Estructuras Metálicas S.A.

La conclusión obvia de este análisis es que de llegar hacer adjudicataria cualquiera de las dos estructuras plurales citadas, uno de los beneficiarios en cualquiera de las dos circunstancias, sería el grupo empresarial del Dr. William Vélez.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 6.

El proponente explica porque no existe la inhabilidad indicada bajo tres circunstancias: 1.la situación fáctica de las sociedades cuestionadas; 2. el ámbito jurídico del pliego de condiciones en relación

con el régimen de las inhabilidades y 3. el alcance del régimen legal de inhabilidades. Estas razones demuestran que ni HB estructuras metálicas S.A. ni William Vélez como persona natural se encuentran participando en dos propuestas. Que empresas en las que William Vélez tiene una participación accionaria sin que haya relación de control, participen, como personas jurídicas autónomas e independientes en los términos del artículo 95 del código de comercio, en mas de un proponente, no es un tema que esté prohibido en el numeral 3.2.2. del pliego ni en la ley.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Tal como lo indica el proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S., el Pliego de Condiciones reguló varias reglas para la participación en este proceso de selección, así señaló que no podrían participar:

4. Una misma persona (natural o jurídica) en más de una propuesta.
5. Una misma persona en más de una propuesta, a través de una sociedad controlada o su matriz, entendida éstas en los términos fijados en el numeral 3.5. del Pliego
6. En el caso de personas naturales, no podrán participar en más de una propuesta, quienes se encuentren dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad o en el primer grado civil.

Ahora bien, en el caso objeto de estudio, es importante analizar y precisar si la empresa Grupo Odinsa S.A., **MAP** de ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA y la sociedad HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A, integrante **NO MAP** (con un 7.5%) de "VÍAS DE COLOMBIA S.A. PSF, se encuentran en alguna de las situaciones descritas en los numerales 1 y 2 antes señalados. No se analizará la tercera situación pues ella aplica para las personas naturales proponentes o integrantes de estructuras plurales.

Sobre este aspecto es procedente recordarle a quien hace la observación, que las personas jurídicas son una entidad colectiva con personalidad jurídica propia y diferente a la de los socios que en ella concurren.

De otro lado, es evidente que las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. son personas jurídicas diferentes, por su constitución, su objeto, su composición accionaria, etc., de manera que no se presenta la primera de las situaciones descrita en el Pliego de Condiciones, esto es, participar la misma persona en más de una propuesta.

Ahora bien, el Pliego indicó que: "*habrá control o se considerará matriz*", cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

- (iv) Tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, o
- (v) 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
- (vi) 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.

De acuerdo con la información que consta en el Certificado de Existencia y Representación de la empresa "GRUPO ODINSA S.A.", aportado con la propuesta, ésta es una Sociedad comercial constituida bajo la forma de sociedad anónima, que tiene registradas situaciones de control sobre las siguientes empresas subordinadas:

ODINSA HOLDING INC.
AUTOPISTAS DE LOS LLANOS S.A.
ODINSA P I S.A.
ODINSA SERVICIOS LTDA.
AUTOPISTA DEL CAFÉ S.A.
COSNTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A.
INTERNET POR AMÉRICA S.A.
INTERNET POR COLOMBIA S.A.

Por su parte la sociedad HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. es una sociedad anónima, sobre la cual no está registrada ninguna situación de control y tampoco ejerce control sobre sociedad alguna.

En consecuencia, es claro que tampoco se configura la segunda situación prohibida en el numeral 3.2.2. una misma persona en más de una propuesta, a través de una sociedad controlada o su matriz, pues GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., no son matrices una de otra, y ninguna ejerce control sobre la otra.

La información suministrada por quien presenta la observación, relativa a los vínculos del señor WILLIAM VÉLEZ SIERRA en sociedades anónimas que son accionistas de sociedades que a su vez tienen acciones en las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., no está debidamente acreditada pues no fueron aportados los documentos en los que conste la composición accionaria y la titularidad de las acciones de las empresas mencionadas por quien hace la observación, y se reitera, no existen constancias en los certificados de Existencia y Representación de las referidas personas jurídicas que demuestren la situación de control entre una y otra.

Por lo anotado, no se configura ninguna de las situaciones prohibidas en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones y por ende no es de recibo la observación efectuada por el proponente.

En el caso que nos ocupa, es bien sabido que las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, por constituir prohibiciones al ejercicio de un cargo o al desempeño de una actividad, son de aplicación restrictiva, no pueden aplicarse por analogía a circunstancias similares: *“Ha señalado esta corporación que por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo.”* (Corte Constitucional Sentencia C-903-2008).

La Ley 80 de 1993 establece de manera expresa el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el artículo 8, estableciendo, entre otros eventos, que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.”

Es claro que la inhabilidad prevista en el literal g) se predica de las personas naturales que participen en el proceso de selección, ya sea como proponentes individuales o como integrantes de proponentes plurales; circunstancia que no corresponde al presente caso ya que ninguno de los integrantes de los dos proponentes observados, es persona natural, sus integrantes son todos PERSONAS JURÍDICAS.

Ahora bien, respecto del supuesto de hecho previsto en el literal h) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, debe precisarse que contempla varios elementos que deben presentarse en su conjunto para que pueda predicarse la existencia de la inhabilidad:

3. Sociedades distintas de las anónimas abiertas.
4. Vínculo de parentesco entre sus representantes legales o socios

Sobre el primer elemento, el Decreto 679 de 1994, artículo 5º, de manera expresa indicó que para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, son sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones:

4. Tengan más de trescientos accionistas.
5. Ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación.
6. Sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

De acuerdo con la información allegada al presente proceso licitatorio, las sociedades GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS, son sociedades anónimas abiertas, de manera que no están subsumidas en el supuesto de hecho descrito para que se presente la inhabilidad referida.

Sobre este punto debe advertirse que las observaciones presentadas a las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., por los otros proponentes, no se refieren a la existencia de una de las inhabilidades previstas en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, tales observaciones son precisas en cuanto se dirigen a establecer la presunta configuración de una de las prohibiciones contenidas en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, esto es, participar una empresa en otra propuesta a través de su matriz o de una sociedad controlada, en los términos regulados en el Pliego.

De otro lado, aceptando, en gracia de discusión, que no son sociedades anónimas abiertas, procede entonces verificar si entre los representantes legales y socios de las sociedades objeto de la observación, existe alguno de los grados de parentesco indicados en el literal h) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

De la información que obra en la Licitación, se tiene que el representante legal de GRUPO ODINSA S.A. es LUIS FERNANDO JARAMILLO CORREA, y el de HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. es LUIS EDUARDO BENCARDINO CALDERON

Así mismo, se evidencia que quienes son socios de GRUPO ODINSA S.A., son otras personas jurídicas y no la persona natural WILLIAM VÉLEZ, de manera que no puede predicarse la existencia de vínculo de parentesco alguno entre los representantes legales y socios de las empresas cuestionadas.

Por lo anotado, no se configura la inhabilidad prevista en el literal h) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

Por todo lo anterior la propuesta jurídicamente es ADMISIBLE

Numeral 4 radicado 2010-409-015326-2 - Se acredita experiencia a través de una sociedad a la que denominan matriz, sin embargo la situación de control presenta una grave inconsistencia.

Alega el proponente que de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones numerales 3.5.1 y 3.5.2, 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 Obracon Huarte Lain S.A., ante lo cual se establece que dicha sociedad pretende acreditar los requisitos habilitantes de su matriz. Al analizar el certificado de cámara de comercio se hace

mención a la matriz Obrascon Huarte Lain S.A., al aclararse la situación de control se dispone: “SE ACLARA LA SITUACIÓN 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 CONSTRUCCIÓN 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 sobre OHL Colombia Ltda. A través de Obrascon Huarte Lain Construcción internacional S.L.U., circunstancia corroborada por la cámara de comercio.

No obstante lo anterior, concluye que no se podría 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 prevista por la ley colombiana.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 6

El proponente No 6, se pronuncia manifestando que se encuentra debidamente certificada la situación de control que se configura entre la sociedad OHL S.A. y la sociedad OHL Colombia LTDA, por lo cual es claro que OHL Colombia Ltda. En calidad de MAP podía presentar de acuerdo con el numeral 3.5., del pliego de condiciones los requisitos habilitantes de su matriz OBRASCON HUARTE LAIN S.A., fundamentando su afirmación en lo siguiente:

“ARTICULO 26. SUBORDINACION. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.(subrayado y negrilla fuera de texto)

ARTICULO 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 261. Una sociedad será subordinada 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. (...)...” 2 (...), 3 (subrayado y negrilla fuera de texto).

Sostiene que de acuerdo con la doctrina autorizada en la materia la “subordinación societaria se circunscribe al hecho de que el poder de decisión de una compañía esté directamente o indirectamente sometido a la voluntad de otra u otras personas llamadas matriz o controlante.

Para mayor ilustración el proponente presenta el siguiente diagrama para aclarar la situación de control

OBRASCON HUAETE LAIN S.A. – Matriz

OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U - Filial

OHL COLOMBIA LTDA - Subordinada.

Arguye que el artículo 30 parágrafo 1 de la ley 222 de 1995, estableció que las cámaras de comercio tienen la obligación de hacer constar en el certificado de existencia y representación legal si la respectiva sociedad tiene la calidad de matriz o subordinada y si se encuentra vinculada a un grupo

empresarial. Por lo anterior, el registro mercantil certificó textualmente que la situación de control entre OHL Colombia Ltda. Y OHL S.A., se jerca a través de una filial en los términos del artículo 260 y 261 del código de comercio.

El certificado de existencia y representación legal que obra a folio 11 de la propuesta presentada por VIAS DE COLOMBIA , expresamente señala:

“Que por documento privado de representante legal del 13 de abril de 2010, inscrito el 22 de abril de 2010 bajo el número 01378000 del libro IX, comunico la Sociedad Matriz:

Obrascon Huarte Lain S.A. Domicilio: (Fuera del Pais) Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia, (...) la situación de control se ejerce a través de la sociedad Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U.”

Acto seguido, anexa copia simple del documento privado que fue registrado ante la cámara de comercio de Bogotá por el cual se certifica la situación de control. Dicho documentos consta en la escritura pública No 1211 del 13 de abril de 2010, otorgada por el notario del Ilustre Colegio de Madrid, en la que aparece la certificación suscrita por el Dr. José María del Cuvillo Pemán, vicesecretario del Consejo de Administración de OHL S.A.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Al respecto debe precisarse que de acuerdo con las reglas del pliego de condiciones y en armonía con las disposiciones del código de comercio artículos 260 y 261 modificados por los artículos 26 y 27 de la ley 222 de 1995, realizan una importante distinción sobre la manera de ejercer el control: Control directo por parte de la matriz y el control por intermediación ejercido a través de las subsidiarias de la matriz , para el caso en estudio aún cuando la matriz mantiene el poder decisorio, se vale para ese efecto del concurso de otra u otras entidades a las que también controla.

Al respecto debe precisarse que de acuerdo con las reglas del pliego de condiciones (adenda No 6 numeral 3.5.) el proponente o los miembros de una estructura plural, podrán acreditar los requisitos habilitantes por si mismos o:

- 1) a través de sociedades controladas,
- 2) a través de su matriz
- 3) a través de sociedades controladas por su matriz.

Para lo anterior, el pliego indicó que: **“habrá control o se considerará matriz”** cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

- (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.

Establece así el artículo 260 del código de comercio (modificado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995) que “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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria**”.

Revisada la propuesta presentada por Vías de Colombia S.A.S.- Promesa de Sociedad Futura, se encuentra que efectivamente en el certificado de existencia y representación legal del integrante OHL Colombia Ltda. Consta que sobre ella existe una situación de control y certifica: "POR DOCUMENTO PRIVADO DE REPRESENTANTE LEGAL DEL 13 DE ABRIL DE 2010, INSCRITO EL 22 DE ABRIL DE 2010 BAJO EL NUMERO 01378000 DEL LIBRO IX, COMUNICÓ LA SOCIEDAD MATRIZ OBRASCON HUARTE LAIN S.A. DOMICILIO (FUERA DEL PAIS) QUE SE HA CONFIGURADO UNA SITUACION DE CONTROL CON LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA".

En efecto, esta situación de control fue aclarada en los siguientes términos:

"Se aclara la situación de control del 13 de abril de 2010 inscrita (...) en el sentido de indicar que ésta se ejerce **A TRAVÉS** de la sociedad OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U."

En los documentos aportados por el proponente 6 "VIAS DE COLOMBIA S.A." PSF en su propuesta, reposa la escritura de protocolización y elevación a público de certificación de OHL S.A. número 1211 del 13 de abril de 2010, mediante la cual se solicitó a la cámara de comercio el registro de la situación de control y en donde consta:

"III. EXPLICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONTROL.

*OHL COLOMBIA LTDA se encuentra bajo una situación de subordinación, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, respecto a la Sociedad **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** debido a que esta última controla a la sociedad española OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U, por poseer el 100% de su capital accionario y a su vez, OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U controla en un 99.9% a OHL COLOMBIA LTDA, por poseer el 99.9% de su capital accionario. Adicionalmente, **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** posee el 0.1% del capital accionario de la sociedad OHL COLOMBIA LTDA"*

"IV. CONFIGURACIÓN SITUACIÓN DE CONTROL.

El 19 de marzo de 2007 fue constituida la Sociedad OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., siendo OBRASCON HUARTE LAIN S.A. su único accionista y por lo tanto propietaria del 100% de su capital social. A su vez, el 19 de diciembre de 2008, fue constituida OHL COLOMBIA LTDA, siendo sus accionistas OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., por poseer el 99.9% de su capital accionario y OBRASCON HUARTE LAIN S.A. por poseer el 0.1% restante".

De conformidad a lo anotado, es claro que OHL COLOMBIA LTDA. Integrante del proponente No 6 VIAS DE COLOMBIA S.A.S. promesa de sociedad futura, es subsidiaria de la empresa española OHL S.A., es decir, ésta es su MATRIZ, por encontrarse sometida a su control por intermedio de la sociedad OHL CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U., la cual tiene la condición de subordinada de OHL S.A.

En conclusión queda demostrado que OHL S.A. es MATRIZ de OHL COLIMBIA LTDA. En los términos fijados en el Código de Comercio de Colombia. Por consiguiente, no es de recibo la observación formulada y si es procedente aceptar que OHL COLOMBIA LTDA. acredite los requisitos habilitantes para este proceso licitatorio, por intermedio de los requisitos de su MATRIZ de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.5.1 del pliego de condiciones.

Numeral 7 radicado 2010-409-015326-2 - Experiencia en Concesiones de Infraestructura

El proponente número 7 bajo análisis alega que no se demuestra de manera debida y completa las diferentes situaciones de control que acreditó el proponente No 6 en las diferentes experiencias presentadas.

CONTRAOBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 6

Es claro que en virtud de los artículos 260 y 261 del código de comercio colombiano, modificados por los artículos 26 y 27 de la ley 222 de 1995, se configura sin lugar a interpretaciones diferentes, una situación de subordinación indirecta respecto de las sociedades involucradas, para acreditar la experiencia de Circuito Mexiquense y de las demás controladas.

En virtud de lo establecido en los pliegos, numeral 3.5.2. la forma de acreditar los requisitos habilitantes de sociedades controladas por la matriz, se hará a través de una certificación suscrita únicamente por los representantes legales del proponente, la matriz del proponente y de la sociedad controlada cuya experiencia se acredita. Es decir que la misma debe estar firmada por: i) el proponente (vías de Colombia S.A.S promesa de sociedad futura), ii) por la matriz del proponente (Obrascon Huarte Lain S.A.) y iii) por la sociedad controlada (sociedad concesionaria mexiquense, S.A. de C.V.).

Como se puede evidenciar en los documentos allegados a la propuesta a folios 098 a 518, los requisitos habilitantes de experiencia que se están acreditando corresponden al proyecto Circuito Mexiquense que fue ejecutado por la sociedad concesionaria mexiquense, S.A. de C.V. (sociedad controlada por la matriz del proponente), quien para los efectos del numeral 3.5.2 (c), es la sociedad controlada.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Se aclara al observante que la calificación se adelantó con base en el contrato de orden número 1 toda vez que este cumple con los requerimientos exigidos por el pliego de condiciones para acreditar la experiencia exigida en el numeral 3.6. "Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura", por lo cual se da respuesta únicamente a las observaciones realizadas sobre este contrato:

En cuanto a la experiencia acreditada por la sociedad OHL COLOMBIA LTDA, establecido pues, que la sociedad matriz es la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A., de acuerdo a lo indicado en la respuesta al numeral 4 se continúa con la verificación de los documentos presentados para la acreditación de la experiencia correspondiente a la Concesionaria Mexiquense. En la certificación presentada a folio 990 la sociedad Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., acredita su condición de subordinada de Obrascon Huarte Lain S.A., la cual fue suscrita por el representante legal del proponente, la matriz del proponente y de la sociedad controlada cuya experiencia se acredita. Así las cosas, el proponente No 6, cumplió con lo establecido en el pliego de condiciones numeral 3.5.2. (c) y por tanto no prospera la observación.

Observaciones presentadas por el proponente 3 contra el proponente 6 radicado 2010-409-015302-2

Manifiesta el proponente que en la promesa de sociedad futura presentada por Vías de Colombia S.A.S. Promesa de Sociedad futura, se omitió establecer la proporción en la que el MAP de cada uno de los proponentes participa en la ejecución de las obligaciones del contrato de concesión.

CONTRA OBSERVACION PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 6

Manifiesta el proponente que la presente observación obedece a una incompleta lectura del contrato de promesa de sociedad futura vías de Colombia S.A.S., dicha estipulación está contenida de manera expresa a folio 1030 de la propuesta, en los estatutos sociales de vías de Colombia S.A.S., que hace parte integral de la promesa de sociedad futura como anexo No 1. Como se observa es evidente que el proponente cumplió con la obligación de señalar expresamente en la promesa de sociedad futura la participación del MAP en la ejecución de las obligaciones en el contrato de concesión.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

De la lectura de la promesa, incluidos sus estatutos, registra el artículo catorce **Derecho de preferencia** literal f) que: "sin perjuicio de lo señalado en los literales anteriores, OHL Colombia Ltda., quien se presenta en calidad de MAP, deberá mantener su participación accionaria en un 25

% durante toda la vigencia del contrato de concesión y su participación en la ejecución de las obligaciones será igual al porcentaje que posea en la sociedad” (negrilla fuera de texto) .

Así mismo el **artículo octavo. participación en el capital social**. “La participación de cada uno de los proponentes en el capital social de la sociedad, que se constituya en virtud del presente contrato, será la prevista en el artículo sexto y en el artículo transitorio 1 de los estatutos”. En virtud de lo anterior se evidencia a folios 1028 y 1040 que OHL Colombia Ltda. Tiene un porcentaje de participación equivalente al 85% en el capital de la sociedad.

Entonces tenemos que el proponente cumplió con la obligación de señalar en la promesa de sociedad futura la participación del MAP en la ejecución de las obligaciones en el contrato de concesión, así como incluir la participación del MAP en el capital social de la sociedad que se constituya una vez adjudicado el contrato de concesión. Por consiguiente no prospera la observación presentada.

Observaciones presentadas por el proponente 5 contra el proponente 6 radicado 2010-409-015331-2

El proponente Vías de Colombia S.A.S. certifica su experiencia en concesiones con una entidad distinta a la que aparece en el certificado de existencia y representación de la cámara de comercio de Bogotá como controlante, pues como se evidencia en el folio 11 es la sociedad OHL COSNTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U. la que posee más del 50% de la participación accionaria del proponente y por ende debería ser ésta la que acredite la experiencia exigida en los pliegos de condiciones, sin embargo el proponente acredita la experiencia por medio de la empresa OBRASCON HUARTE LAIN S.A. y lo ratifica en certificación que obra en la propuesta a folio 42 de la propuesta.

CONTRARESPUESTA DEL PROPONENTE No 6

Es claro que en virtud de los artículos 260 y 261 del código de comercio colombiano modificados por la ley 222 de 1995 se configura, una situación de subordinación indirecta de la sociedad colombiana OHL colombia Ltda., frente a su matriz, la sociedad española OHL S.A., a través de la sociedad Obrascon Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U., con independencia de la participación accionaria directa que la primera (OHL S.A.) tenga en la subordinada (OHL COLOMBIA Ltda), que podría ser inclusive ninguna.

Ahora bien, no obstante que el único documento que debe tenerse en cuenta para demostrar la situación de control de una sociedad colombiana es el certificado de existencia y representación legal de OHL COLOMBIA Ltda., se anexa copia simple del documento que fue registrado ante la cámara de comercio de Bogotá por el cual se certifica la situación de control. Dicho documento consta en la escritura pública No 1211 del 13 de abril de 2010, otorgada por el notario del ilustre colegio de Madrid, en la que aparece la certificación suscrita por el Dr José María del Cuvillo Pemán, Vicesecretario del Consejo de Administración de OHL S.A.

Es claro sin lugar a dudas que se ha certificado en debida forma la situación de control que se configura entre la sociedad OHL S.A. y la sociedad OHL COLOMBIA LTDA , por lo cual es claro que OHL COLOMBIA LTDA , en calidad de MAP podía presentar de acuerdo con el numeral 3.5. del pliego los requisitos habilitantes de su matriz OHL S.A. y de las controladas de su matriz.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Al respecto debe precisarse que de acuerdo con las reglas del pliego de condiciones (adenda No 6 numeral 3.5.) el proponente o los miembros de una estructura plural, podrán acreditar los requisitos habilitantes por si mismos o:

- 1) a través de sociedades controladas,
- 2) a través de su matriz
- 3) a través de sociedades controladas por su matriz.

Para lo anterior, el pliego indicó que: “**habrá control o se considerará matriz**” cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

- (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.

Establece así el artículo 260 del código de comercio (modificado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995) que “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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria**”.

Revisada la propuesta presentada por Vías de Colombia S.A.S.- Promesa de Sociedad Futura, se encuentra que efectivamente en el certificado de existencia y representación legal del integrante OHL Colombia Ltda. Consta que sobre ella existe una situación de control y certifica: “POR DOCUMENTO PRIVADO DE REPRESENTANTE LEGAL DEL 13 DE ABRIL DE 2010, INSCRITO EL 22 DE ABRIL DE 2010 BAJO EL NUMERO 01378000 DEL LIBRO IX, COMUNICÓ LA SOCIEDAD MATRIZ OBRASCON HUARTE LAIN S.A. DOMICILIO (FUERA DEL PAIS) QUE SE HA CONFIGURADO UNA SITUACION DE CONTROL CON LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA”.

Esta situación de control fue aclarada en los siguientes términos:

“Se aclara la situación de control del 13 de abril de 2010 inscrita (...) en el sentido de indicar que ésta se ejerce **A TRAVÉS** de la sociedad OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U.”

En los documentos aportados por el proponente 6 “VIAS DE COLOMBIA S.A.” PSF en su propuesta, reposa la escritura de protocolización y elevación a público de certificación de OHL S.A. número 1211 del 13 de abril de 2010, mediante la cual se solicitó a la cámara de comercio el registro de la situación de control y en donde consta:

“III. EXPLICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONTROL.

*OHL COLOMBIA LTDA se encuentra bajo una situación de subordinación, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, respecto a la Sociedad **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** debido a que esta última controla a la sociedad española OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U, por poseer el 100% de su capital accionario y a su vez, OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U controla en un 99.9% a OHL COLOMBIA LTDA, por poseer el 99.9% de su capital accionario. Adicionalmente, **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** posee el 0.1% del capital accionario de la sociedad OHL COLOMBIA LTDA”*

“IV. CONFIGURACIÓN SITUACIÓN DE CONTROL.

El 19 de marzo de 2007 fue constituida la Sociedad OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., siendo OBRASCON HUARTE LAIN S.A. su único accionista y por lo tanto propietaria del 100% de su capital social. A su vez, el 19 de diciembre de 2008, fue constituida OHL COLOMBIA LTDA, siendo sus accionistas OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., por poseer el 99.9% de su capital accionario y OBRASCON HUARTE LAIN S.A. por poseer el 0.1% restante”.

De conformidad a lo anotado, es claro que OHL Colombia Ltda. Integrante del proponente No 6 Vías de Colombia S.A.S. promesa de sociedad futura, es subsidiaria de la empresa española OHL S.A., es decir, ésta es su matriz, por encontrarse sometida a su control por intermedio de la sociedad OHLCONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U., la cual tiene la condición de subordinada de OHL S.A.

En conclusión queda demostrado que OHL S.A. es matriz de OHL Colombia Ltda. En los términos fijados en el código de comercio de Colombia. Por consiguiente, no es de recibo la observación formulada y sí es procedente aceptar que OHL Colombia Ltda. acredite los requisitos habilitantes para este proceso licitatorio, por intermedio de los requisitos de su matriz de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones.

Observaciones presentadas por el proponente 2 contra el proponente 6 radicado 2010-409-015314-2

Afirma el proponente que una vez revisado el certificado de existencia y representación legal de OHL Colombia Ltda, estableció que la situación de control no se ejerce por Obrascon Huarte Lain S.A. (quien tiene un 0,1 % de las cuotas) sino por Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U.(quien tiene un 99,9% de las cuotas) y por tanto es ésta última la que se configura en su matriz y no por OHL S.A.

En los documentos mediante los cuales acredita situaciones de control, no se encuentra ni OHL COMBIA LTDA ni OHL Construcción Internacional S.L.U.

No es dable a la entidad establecer lazos de dependencia entre compañías más allá de lo que claramente demuestran los documentos allegados por el proponente

CONTRARESPUESTA DEL PROPONENTE No 6

Favor remitirse a las contrarrespuestas formuladas al proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S., pues está plenamente acreditado que OHL S.A. ejerce control sobre OHL COLOMBIA LTDA, en su calidad de matriz y se da suficiente cuenta de la forma correcta como se acreditó la experiencia técnica.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Al respecto debe precisarse que de acuerdo con las reglas del pliego de condiciones (adenda No 6 numeral 3.5.) el proponente o los miembros de una estructura plural, podrán acreditar los requisitos habilitantes por si mismos o:

- 1) a través de sociedades controladas,
- 2) a través de su matriz
- 3) a través de sociedades controladas por su matriz.

Para lo anterior, el pliego indicó que: **“habrá control o se considerará matriz”** cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

(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.

Establece así el artículo 260 del código de comercio (modificado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995) que “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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria**”.

Revisada la propuesta presentada por Vías de Colombia S.A.S.- Promesa de Sociedad Futura, se encuentra que efectivamente en el certificado de existencia y representación legal del integrante OHL Colombia Ltda. Consta que sobre ella existe una situación de control y certifica: “POR DOCUMENTO PRIVADO DE REPRESENTANTE LEGAL DEL 13 DE ABRIL DE 2010, INSCRITO EL 22 DE ABRIL DE 2010 BAJO EL NUMERO 01378000 DEL LIBRO IX, COMUNICÓ LA SOCIEDAD MATRIZ OBRASCON HUARTE LAIN S.A. DOMICILIO (FUERA DEL PAIS) QUE SE HA CONFIGURADO UNA SITUACION DE CONTROL CON LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA”.

Esta situación de control fue aclarada en los siguientes términos:

“Se aclara la situación de control del 13 de abril de 2010 inscrita (...) en el sentido de indicar que ésta se ejerce **A TRAVÉS** de la sociedad OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U.”

En los documentos aportados por el proponente 6 “VIAS DE COLOMBIA S.A.” PSF en su propuesta, reposa la escritura de protocolización y elevación a público de certificación de OHL S.A. número 1211 del 13 de abril de 2010, mediante la cual se solicitó a la cámara de comercio el registro de la situación de control y en donde consta:

“III. EXPLICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONTROL.

*OHL COLOMBIA LTDA se encuentra bajo una situación de subordinación, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, respecto a la Sociedad **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** debido a que esta última controla a la sociedad española OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U, por poseer el 100% de su capital accionario y a su vez, OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U controla en un 99.9% a OHL COLOMBIA LTDA, por poseer el 99.9% de su capital accionario. Adicionalmente, **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** posee el 0.1% del capital accionario de la sociedad OHL COLOMBIA LTDA”*

“IV. CONFIGURACIÓN SITUACIÓN DE CONTROL.

El 19 de marzo de 2007 fue constituida la Sociedad OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., siendo OBRASCON HUARTE LAIN S.A. su único accionista y por lo tanto propietaria del 100% de su capital social. A su vez, el 19 de diciembre de 2008, fue constituida OHL COLOMBIA LTDA, siendo sus accionistas OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., por poseer el 99.9% de su capital accionario y OBRASCON HUARTE LAIN S.A. por poseer el 0.1% restante”.

De conformidad a lo anotado, es claro que OHL Colombia Ltda. Integrante del proponente No 6 Vías de Colombia S.A.S. promesa de sociedad futura, es subsidiaria de la empresa española OHL S.A., es decir, ésta es su matriz, por encontrarse sometida a su control por intermedio de la sociedad

OHLCONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U., la cual tiene la condición de subordinada de OHL S.A.

En conclusión queda demostrado que OHL S.A. es matriz de OHL Colombia Ltda., en los términos fijados en el código de comercio de Colombia. Por consiguiente, no es de recibo la observación formulada y si es procedente aceptar que OHL Colombia Ltda. acredite los requisitos habilitantes para este proceso licitatorio, por intermedio de los requisitos de su matriz de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones.

Se aclara al observante que la calificación se adelantó con base en el contrato de orden número 1 toda vez que este cumple con los requerimientos exigidos por el pliego de condiciones para acreditar la experiencia exigida en el numeral 3.6. "Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura", por lo cual se da respuesta únicamente a las observaciones realizadas sobre este contrato:

En cuanto a la experiencia acreditada por la sociedad OHL COLOMBIA LTDA, establecido pues, que la sociedad matriz es la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A., se continúa con la verificación de los documentos presentados para la acreditación de la experiencia correspondiente a la Concesionaria Mexiquense. A folio 990 de la propuesta se encuentra certificación presentada por la sociedad Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., que acredita su condición de subordinada de Obrascon Huarte Lain S.A., suscrita por el representante legal del proponente, la matriz del proponente y de la sociedad controlada cuya experiencia se acredita.

Situación de control: Concesionaria Mexiquense S.A. de C.V., se encuentra bajo una situación de subordinación, respecto de la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A. debido a que esta última controla a la sociedad española OHL concesiones S.L. por tener un 100% de su capital social, esta a su vez controla la empresa Mexicana OHL Concesiones Mexico S.A. de C.V. por tener el 99,99% de su accionario y Obrascon Huarte Lain S.A. tiene el 0,01% restante. OHL Concesiones México S.A. de C.V., controla a su vez la sociedad Mexicana Organización de proyectos de Infraestructura S de R.L. de C.V. por tener el 99,99% de su accionario y donde OHL Concesiones S.L. es titular del 0,01% restante y esta a su vez controla la sociedad Mexicana Concesionaria Mexiquense S.A. de C.V. por poseer el 87,20% de su accionario.

Así las cosas, el proponente No 6, cumplió con lo establecido en el pliego de condiciones numeral 3.5.2. (c) y por tanto no prospera la observación.

Observaciones presentadas por el proponente 4 contra el proponente 6 radicado 2010-409-015321-2

1. Afirma el proponente que a folios 44 a 62 se encuentra los estatutos de la sociedad OBRACON HUARTE LAIN S.A., los cuales fueron expedidos por el registrador mercantil de Madrid, la firma de ese funcionario no se encuentra autenticada ni apostillada. La misma observación la extiende a la escritura que contiene los mismos estatutos los cuales obran a folios 64 a 84. Esta misma observación se extiende a la escritura que obra a los folios 86 a 90 que contiene la protocolización del poder que OBRASCON HUARTE LAIN S.A. otorgó a los Doctores Miguel Ricaurte Lombana y Santiago Jaramillo Caro, dentro de cuyas facultades se encuentra la de la suscripción de la fianza exigida por el pliego de condiciones en aquellos eventos que el integrante acredita su experiencia a través de su matriz, luego la garantía se tiene como no presentada, en virtud de lo dispuesto por el artículo 188 del C.P.C. y el numeral 5.2.8 del pliego de condiciones.

2. En los folios 21 al 29 obra el certificado de constitución, existencia y representación legal de LATINCO S.A., de acuerdo con el cual la sociedad puede ser garante de las obligaciones de terceros previa aprobación de la asamblea general de accionistas con el voto favorable del 62% de las acciones suscritas.

Se omitió aportar esta acta con el cual se produce una falla en la capacidad jurídica del integrante que no le permite comprometerse y obligarse en los términos exigidos por el pliego de condiciones y el contrato de concesión.

CONTRARESPUESTA DEL PROPONENTE No 6

Afirma el proponente No 6 que a folios 62 y 63 de la propuesta se constata la legitimación y apostilla cuya ausencia menciona el proponente, en igual sentido el reverso del folio 85 permite constatar la legitimación de la firma con su respectiva apostilla; finalmente, en cuanto al poder otorgado a los apoderados de OHL S.A., de la revisión al folio 90 se verifica la debida legitimación y apostilla del documento.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

1.- Latinco se obligó con: la suscripción de la promesa de sociedad futura, con la garantía de seriedad de la oferta. ,

2.- Las estipulaciones del Pliego y del contrato mismo, son por su naturaleza obligaciones solidarias.

3. En el Acta de la Junta Directiva de la sociedad Latinco S.A., dicho órgano social autorizó expresamente al Representante Legal 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...”*. Por mandato estatutario de la sociedad LATINCO ese es el órgano competente para autorizar al representante legal a celebrar los negocios jurídicos por vía general. Es decir se autorizó a obligarse solidariamente.

4. En el caso de garantizar obligaciones de terceros, los estatutos sociales de la sociedad Latinco S.A. consagran en el párrafo segundo del objeto social, lo siguiente: *“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.”*.

Las sociedades privadas tienen libertad de actuar con base en sus estatutos. Las prohibiciones o restricciones deben leerse en su sentido más literal y tienen interpretación restrictiva. El Estado sólo tiene las competencias atribuidas, los particulares sólo tienen las limitaciones estrictamente estipuladas.

5.- En la solidaridad hay diversas obligaciones frente a una sola prestación, la solidaridad es un fenómeno derivado de la pluralidad de sujetos en uno en los dos extremos de la obligación o vínculo jurídico personal.

6- En este sentido, las reglas de solidaridad indican que el acreedor puede reclamar la satisfacción de la obligación de uno cualquiera de los deudores, que son deudores directos del acreedor.

Ahora bien el extracto de acta de junta directiva de LATINCO S.A. No 84 del 28 de mayo de 2010, que reposa a folio 30 de la propuesta, autoriza expresamente a su representante legal para *“asumir la responsabilidad solidaria o cualquier 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 ...”*.

Situación particular a lo anterior es el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Latinco S.A., miembro de la estructura plural VIAS DE COLOMBIA S.A.S., que consagra en el parágrafo segundo del objeto social: “La sociedad solo podrá ser garante de las obligaciones de terceros y constituir cualquier clase de garantías para ello, previa aprobación de la Asamblea General de accionistas, con el voto favorable del 62% de las acciones suscritas”. (subrayado fuera del texto) Atribución que debe entenderse como lo hace quien presenta la observación, pues la limitación señalada requiere de manifestación expresa de la asamblea general de accionistas para entenderse superada.

En conclusión la entidad analiza los siguientes antecedentes:

El objeto social tiene un parágrafo segundo que establece: La sociedad sólo 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 62% de las acciones suscritas.

En sus órganos de dirección la sociedad cuenta con un Presidente Corporativo y un Gerente Ejecutivo.

Dentro de las atribuciones del Gerente Ejecutivo está la de ejecutar todas las operaciones hasta por cuantía de 3.000 salarios mínimos legales mensuales. Las operaciones que excedan esta cifra requieren autorización de la Junta Directiva.

El extracto del acta 84 antes señalado, faculta al Representante Legal para comprometer a la sociedad y participar como proponente, de manera individual o en grupo con otras personas jurídicas y naturales, asociadas entre sí, mediante sociedad, consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura o cualquier otra forma de asociación que estime conveniente, en los términos y con los efectos establecidos en los pliegos de condiciones del proceso licitatorio (...) suscribir cualquier contrato, documento y/o declaración que se requiera dentro de las etapas de la presentación de las propuestas (...) incluidos la carta de presentación de la propuesta, el documento de asociación, los formatos como formularios de anexos señalados en los pliegos de condiciones respectivos, las garantías exigidas, los contratos de crédito (...) 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.

El inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio, establece que la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

El artículo 99 del mismo estatuto señala que la capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto y que se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

El artículo 420 de la misma obra indica las funciones de la Asamblea General de accionistas de la sociedad anónima, e incluye “... las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan otro órgano”.

El artículo 438 ibidem establece que “... salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Por su parte, el artículo 1568 del Código Civil establece que “En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas personas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda y cada uno de los acreedores en, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota del crédito...”, a menos que exista solidaridad.

Dentro de las reglas que a continuación se señalan sobre la solidaridad se dispone, entre otras cosas, que el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios, conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.

En conclusión con fundamento en los antecedentes y normatividad expuestos, aplicado todo al asunto en cuestión, nuestra decisión es la siguiente:

- vii. Latinco tiene un objeto social bastante amplio y lo puede ejercer de manera directa, es decir, por sí misma, con relativa libertad, a menos que desborde los límites cuantitativos allí previstos, en cuyo caso requerirá autorización de la Junta Directiva.
- viii. No obstante lo anterior, hay un especie de objeto extraordinario, cuál es poder servir eventualmente de garante de obligaciones de terceros y constituir cualquier clase de garantía para ello, actividad para la cual los estatutos, que son la ley de la sociedad, exigen la autorización expresa del máximo órgano social, de la asamblea general de accionistas y además, adoptada por mayoría calificada del 62%.
- ix. En el presente caso, para participar en la Licitación, actividad que está dentro del objeto principal, pero que por supuesto desborda el límite de las facultades del representante legal, se requería autorización de la Junta Directiva, la cual le fue otorgada en debida forma como consta en el acta reseñada.
- x. Sin embargo, si dentro del proceso licitatorio en algún momento Latinco tiene que constituirse por alguna razón en garante de obligaciones de terceros, requerirá autorización de la Asamblea, adoptada por mayoría calificada y no vemos que esa autorización obre dentro de la propuesta.
- xi. Entendemos que si se trata de servir de garante a la nueva sociedad que se constituya en razón de la promesa de sociedad futura en caso de adjudicación, o de los otros integrantes del estructura plural, por supuesto que se tratará de una garantía a favor de terceros y regirá para ella la limitación mencionada en el punto anterior.
- xii. Ahora, en cuanto a la discusión de si actuar en un esquema contractual con responsabilidad solidaria constituye el otorgamiento de una garantía, creemos que en efecto así es, por cuanto la definición arriba citada habla de una sola obligación con una pluralidad de deudores, que serían todos los integrantes de la estructura plural. Entonces, si Latinco no es directa y exclusivamente el oferente y por tanto no es directa y exclusivamente el contratante, en caso de adjudicación, al actuar como obligado solidario necesariamente estará garantizando la obligación de un tercero.

En este sentido, es de recibo la apreciación elevada por el observante promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol sector 3 S.A.S. en conclusión se el proponente queda NO ADMISIBLE..

Observaciones presentadas por el proponente 1 contra el proponente 6 radicado 2010-409-015523-2

Inexistencia de vinculo entre la sociedad poseedora de la experiencia y OHL COLOMBIA.

El pliego de condiciones regula de manera clara y expresa la forma como el proponente y/o los miembros de la estructura plural pueden presentar los requisitos habilitantes de sociedades controladas o de su matriz o de sociedades controladas por su matriz y a reglón seguido, regula la forma como se debe acreditar la situación de control, respecto de la matriz, la controlada o la controlada por su matriz.

Para la experiencia que se pretende acreditar no corresponde a experiencia adquirida por una sociedad controlada o de la matriz o de sociedades controladas por la matriz del miembro OHL COLOMBIA LTDA, toda vez que la experiencia corresponde a la sociedad OHL CONCESIONES S.L. y no se acredita la relación existente entre ellas, puesto que quien adquirió la experiencia en este contrato es AEROPISTAS S.L. y tampoco se acredita la relación existente entre esta sociedad y OHL COLOMBIA LTDA.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Al respecto debe precisarse que de acuerdo con las reglas del pliego de condiciones (adenda No 6 numeral 3.5.) el proponente o los miembros de una estructura plural, podrán acreditar los requisitos habilitantes por si mismos o:

- 1) a través de sociedades controladas,
- 2) a través de su matriz
- 3) a través de sociedades controladas por su matriz.

Para lo anterior, el pliego indicó que: **“habrá control o se considerará matriz”** cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

- (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.

Establece así el artículo 260 del código de comercio (modificado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995) que “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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.**

Revisada la propuesta presentada por Vías de Colombia S.A.S.- Promesa de Sociedad Futura, se encuentra que efectivamente en el certificado de existencia y representación legal del integrante OHL Colombia Ltda. Consta que sobre ella existe una situación de control y certifica: “POR DOCUMENTO PRIVADO DE REPRESENTANTE LEGAL DEL 13 DE ABRIL DE 2010, INSCRITO EL 22 DE ABRIL DE 2010 BAJO EL NUMERO 01378000 DEL LIBRO IX, COMUNICÓ LA SOCIEDAD MATRIZ OBRASCON HUARTE LAIN S.A. DOMICILIO (FUERA DEL PAIS) QUE SE HA CONFIGURADO UNA SITUACION DE CONTROL CON LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA”.

Esta situación de control fue aclarada en los siguientes términos:

“Se aclara la situación de control del 13 de abril de 2010 inscrita (...) en el sentido de indicar que ésta se ejerce **A TRAVÉS** de la sociedad OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U.”

En los documentos aportados por el proponente 6 “VIAS DE COLOMBIA S.A.” PSF en su propuesta, reposa la escritura de protocolización y elevación a público de certificación de OHL S.A. número 1211 del 13 de abril de 2010, mediante la cual se solicitó a la cámara de comercio el registro de la situación de control y en donde consta:

“III. EXPLICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONTROL.

*OHL COLOMBIA LTDA se encuentra bajo una situación de subordinación, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, respecto a la Sociedad **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** debido a que esta última controla a la sociedad española OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U, por poseer el 100% de su capital accionario y a su vez, OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U controla en un 99.9% a OHL COLOMBIA LTDA, por poseer el 99.9% de su capital accionario. Adicionalmente, **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** posee el 0.1% del capital accionario de la sociedad OHL COLOMBIA LTDA”*

“IV. CONFIGURACIÓN SITUACIÓN DE CONTROL.

*El 19 de marzo de 2007 fue constituida la Sociedad **OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U.**, siendo **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** su único accionista y por lo tanto propietaria del 100% de su capital social. A su vez, el 19 de diciembre de 2008, fue constituida **OHL COLOMBIA LTDA**, siendo sus accionistas **OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U.**, por poseer el 99.9% de su capital accionario y **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** por poseer el 0.1% restante”.*

De conformidad a lo anotado, es claro que OHL Colombia Ltda. Integrante del proponente No 6 Vías de Colombia S.A.S. promesa de sociedad futura, es subsidiaria de la empresa española OHL S.A., es decir, ésta es su matriz, por encontrarse sometida a su control por intermedio de la sociedad OHLCONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U., la cual tiene la condición de subordinada de OHL S.A.

En conclusión queda demostrado que OHL S.A. es matriz de OHL Colombia Ltda., en los términos fijados en el código de comercio de Colombia. Por consiguiente, no es de recibo la observación formulada y si es procedente aceptar que OHL Colombia Ltda. acredite los requisitos habilitantes para este proceso licitatorio, por intermedio de los requisitos de su matriz de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones

Por las consideraciones anteriores el proponente No 6 “VIAS DE COLOMBIA S.A.S. ES NO ADMISIBLE.

PROPONENTE No. 7 CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR S.A.S. PSF

En el informe preliminar se le solicito al proponente allegar la siguiente documentación:

- La corrección en la Promesa de Sociedad Futura de los sellos de presentación personal de la notaria toda vez que las cedula no coinciden dos de los poderdantes de la sociedad de ODEBRECHT. (FOLIO 3298)
- En los documentos que acreditan la situación de control de ODEBRECHT INVESTEMENTOS sobre ROTA DAS BANDEIRAS se debe presentar los documentos que acrediten la representación legal de la controlada, para verificar la declaración.(FOLIO 3186).

Mediante radicado INCO 153252 del 7 de julio de 2010, el proponente allego el oficio de la notaria 29 de fecha 1 de julio de 2010, mediante el cual el Notario manifiesta que se corrige el error involuntario presentado en los sellos notariales de la presentación personal de la promesa de sociedad futura a folio 3298, precisando que las identificaciones de: Hamilton Hideaki es la cedula de extranjería E372177 expedida por el D.A.S. y Luiz Antonio Bueno Junior con cedula de extranjería E370013. Igualmente la notaria 29 manifiesta que el documento debe hacer parte integrante del documento de promesa de sociedad futura presentado el ocho de junio. Igualmente manifiesta que la condición de los representantes de la Concesionaria Rota das Bandeiras S.A., por parte del Marcelo Fogaca y Lucas Cive se acreditan en el Acta de asamblea General Extraordinaria de la Concesionaria a folio 524 a 535 de la propuesta.

INCO RESPONDE:

Con el documento de aclaración del error involuntario de la Notaria 29 de Bogotá, de fecha 1 de julio de 2009, que hace parte integral de la promesa de sociedad futura presentada con la propuesta se aclara la observación realizada por la entidad y se cumplen con todos los requisitos del pliego de condiciones a este documento.

Verificados los folios 524 a 535 de la propuesta efectivamente se encuentra acreditada la capacidad de Marcelo Fogaca y Lucas Cive de representar a la Concesionaria Rota das Bandeiras S.A en el Acta de Asamblea General Extraordinaria del 30 de diciembre de 2009, toda vez que se les autoriza a ejercer la administración de la compañía.

Observaciones de los demás proponentes:

- **OBSERVACION 1:** Mediante oficio con radicado INCO 2010-409-0154252 el proponente Vías de Colombia S.A.S. PSF (proponente No. 6) manifiesta que la promesa de sociedad futura no cumple con unos de los requisitos del código de comercio en atención a que no contiene la manifestación del domicilio del representante de la sociedad prometida.

Contra-observación:

A través de oficio con radicado INCO 20104090157062 del 12 de julio de 2010, el proponente observado expresa que no es necesario en las sociedades SAS regulada por la Ley 1258 de 2008, con posterioridad a la expedición al código de comercio, expresen el domicilio de los representantes legales nombrados, y además el domicilio no es determinante para la existencia de la sociedad prometida. No obstante a folio 3325 los representantes legales tienen cedula de extranjería de Bogotá, la cual se le otorga a los titulares de una visa de trabajo como residentes en el mismo.

El INCO a través del oficio 9376 del 14 de julio de 2010 le manifestó al proponente que al hacer la verificación de su Propuesta se evidencia que ésta no contiene la mención del domicilio de los representantes legales de la promesa de sociedad futura, razón por la cual se le solicita allegar tal precisión en el contrato de promesa de sociedad futura hasta el día 19 de julio de 2010 a las 16:00.

Mediante oficio con radicado INCO 2010-409-016396-2 del 19 de julio, el proponente Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS PSF, remitió Otrosí a la Promesa de Sociedad Futura en los siguientes términos:

“...hemos decidido suscribir el presente OTROSÍ a la promesa de sociedad de fecha 8 de junio de 2010, en los siguientes términos:

...ARTICULO 2º.- Inclúyase el siguiente inciso al final de la Clausula Decima Segunda del documento de promesa:

“Los representantes legales de la sociedad concesionaria prometida, designados en el artículo 63 de los estatutos sociales, tienen su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.”

Las demás estipulaciones contenidas en el documento de promesa junto con los estatutos de la sociedad se mantienen en su integridad”

INCO RESPONDE:

Con el documento de otrosí de la promesa de sociedad futura debidamente suscritos por los representantes legales de los miembros del proponente y con presentación personal ante la notaria 29 de Bogotá, de fecha 16 de julio de 2010, que hace parte integral de la promesa de sociedad futura presentada con la propuesta de fecha 8 de junio de 2010, se precisa la solicitud realizada por la entidad y se cumplen con todos los requisitos del pliego de condiciones a este documento.

- **OBSERVACION:** Con radicado 2010-409-015322-2 el proponente Zona 3 ruta del Sol S.A. PSF expresa que el documento mediante el cual se acredita la reciprocidad (folio 3388) y para acreditar la existencia y representación legal (folio 286 y 536) se presentan expedidas por personal diplomático y no se encuentran autenticadas o abonadas por el Ministerio de relaciones exteriores de Colombia.

Contra-observación: A través de oficio con radicado INCO 20104090157062 del 12 de julio de 2010, el proponente observado manifiesta que en relación con el documentos que reposan a folios 286 y 536, son certificaciones expedidas por el cónsul colombiano en Sao Paulo en los términos del artículo 480 del Código de Comercio y que mediante Circular 172 del 10 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones exteriores determino que conforme al 259 del Código de Procedimiento Civil los documentos que el cónsul expide en calidad de notario podrán ser presentado ante personas naturales y jurídicas de derecho privado sin que previamente hayan sido legalizados ante el ministerio.

En lo que se refiere al folio 3388 respecto al documento de reciprocidad, suscrito por el encargado de negocios de la embajada colombiana en Brasil manifiestan que es un funcionario público colombiano que hace parte de la Misión Diplomática en ese país, por lo cual es un documento público otorgado por un funcionario colombiano y la embajada es territorio colombiano.

INCO RESPONDE:

En cuanto se refiere a los documentos para acreditar la existencia y representación de las sociedades extranjeras se debe tener en cuenta que dentro del Libro II del Código de Comercio – de las Sociedades Comerciales- encontramos el Título VIII que trata de las “Sociedades Extranjeras”, del que hace parte el artículo 480 que ordena:

Artículo 480 C.Com. *“Autenticación de Documentos otorgados en el Exterior.- 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. 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”*

Observamos que el artículo textualmente establece la obligación de autenticar en el exterior por el funcionario competente del país, y la firma de dicho funcionario por el Cónsul en Colombia *“Los documentos otorgados en el Exterior”*, sin hacer diferencias en cuanto se trate de un documento público o privado, y solo agotados éstos dos trámites, se entiende válida la constancia sobre la existencia y ejercicio del objeto social de la sociedad de que se trate, lo cual se ha cumplido por el oferente en su propuesta, por lo tanto no es de recibo la observación realizada.

En cuanto al documento a folio 3388 expedido por la misión diplomática de Colombia en Brasil, no es de recibo la observación teniendo en cuenta que artículo 1º de la Ley 816 de 2003, establece en su parágrafo que: “Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.”

- **OBSERVACION:** Mediante oficio con radicado INCO 2010-409-0153331-2 el proponente Autopista del Sol manifiesta que al no coincidir las cédulas de Hamilton Hideaki y Luiz Antonio Bueno Junior del documento de promesa de sociedad futura con el sello de presentación de la notaria debe ser rechazada por falta de capacidad jurídica.

Contra-observación: En oficio con radicado INCO 20104090157062 del 12 de julio de 2010, el proponente Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 se pronuncia manifestando que es una situación ajena a la voluntad del mismo y de carácter eminentemente formal.

INCO Responde:

Teniendo en cuenta que mediante radicado INCO 153252 del 7 de julio de 2010, el proponente allegó el oficio de la notaría 29 de fecha 1 de julio de 2010, mediante el cual el Notario manifiesta que se corrige el error involuntario presentado en los sellos notariales de la presentación personal de la promesa de sociedad futura a folio 3298, precisando que las identificaciones de: Hamilton Hideaki es la cedula de extranjería E372177 expedida por el D.A.S. y Luiz Antonio Bueno Junior con cedula de extranjería E370013, se demuestra el error involuntario de la Notaría 29 de Bogotá, en la promesa de sociedad futura presentada con la propuesta. Por lo cual la observación no es de recibo para la entidad al tratarse de un asunto eminentemente formal.

- **OBSERVACION:** A través de radicado 2010-409-015302-2 el proponente Yuma Concesionaria S.A. PSF (proponente 3) manifiesta que la promesa de sociedad futura no cumple con el requisito de contener el porcentaje de participación del MAP en la participación en la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato de Concesión, que conforme al pliego y a las respuestas dadas por la entidad en la quinta ronda de respuestas y preguntas se diferencio la participación en el capital y la participación en la ejecución del contrato de concesión como dos requisitos diferentes que deben reunirse.

Contra-observación: A través de oficio con radicado INCO 20104090157062 del 12 de julio de 2010, el proponente 7 realiza la réplica frente a la observación presentada por el Proponente No. 2 Yuma Concesionaria S.A. en los siguientes términos:

“...En tal sentido, si el pliego permite que quienes conforman la promesa de sociedad futura pueden tener o no, la capacidad jurídica para ejecutar este tipo de contratos, no resulta coherente señalar el porcentaje de ejecución del contrato por cada uno de los futuros socios, puesto que lo único exigido para ellos, es la aptitud para formar o constituir la Estructura Plural y señalar el porcentaje de participación de cada miembro en el capital social de la sociedad a constituir.

Es por esto que el pliego en el numeral antes citado, establece como únicos requisitos que deberá cumplir el Proponente que se presenta bajo la modalidad de promesa de sociedad futura: “(a)creditar la existencia, vigencia, representación legal de las personas integrantes del grupo y de sus representantes legales para suscribir el contrato de promesa de sociedad y para su participación en la sociedad futura que se constituya, en la calidad y proporciones de participación en las que cada uno de los futuros asociados se comprometa conforme se indica en los numerales 3.3.1. y 3.3.2., según corresponda (...)”.

Nótese que cuando el numeral transcrito se hace alusión a la calidad de futuro accionista, se refiere a si éste es MAP o no, para efectos de lo establecido en el ordinal (vi) del mismo numeral, en el sentido de si debe o no suscribir la fianza. Contrario sensu, la calidad de MAP integrante de una Estructura Plural diferente a una promesa de sociedad futura o un SPV (consorcios y uniones temporales), determina el porcentaje necesario en la participación de las ejecuciones contractuales.

... Es por todo lo anterior y realizando una interpretación sistemática e integral de las formas del Pliego, que la supuesta falta atribuible a mi representada no resulta aplicable.”

El INCO a través del oficio 9376 del 14 de julio de 2010 le manifestó al proponente que al hacer la verificación de su Propuesta se evidencia que ésta no contiene la proporción en la que los MAP participarán en la ejecución de las obligaciones del Contrato de Concesión razón por la cual se le solicitó allegar tal precisión en el contrato de promesa de sociedad futura, hasta el día 19 de julio de 2010 a las 16:00.

Mediante oficio con radicado INCO 2010-409-016396-2 del 19 de julio, el proponente Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS PSF, remitió Otrosí a la Promesa de Sociedad Futura en los siguientes términos:

“...hemos decidido suscribir el presente OTROSÍ a la promesa de sociedad de fecha 8 de junio de 2010, en los siguientes términos:

...ARTICULO 1º.- Inclúyase el siguiente Parágrafo a la Cláusula Primera del documento de promesa:

“PARAGRAFO. Según la definición prevista en el literal (i) del numeral 1.4 del Pliego de Condiciones, y de los términos contenidos en el presente documento, las sociedades CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUTURA LTDA, y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. son miembros acreditativos del proponente (MAP). Conforme con lo anterior, se hace constar que: (i) CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. tendrá una participación del 25% en la ejecución de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión (ii) ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUTURA LTDA tendrá una participación del 30,02% en la ejecución de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión (iii) ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. tendrá una participación del 35.00 % en la ejecución de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión.”

... Las demás estipulaciones contenidas en el documento de promesa junto con los estatutos de la sociedad se mantienen en su integridad”

INCO RESPONDE:

Con el documento de otrosí de la promesa de sociedad futura debidamente suscritos por los representantes legales de los miembros del proponente y con presentación personal ante la notaria 29 de Bogotá, de fecha 16 de julio de 2010, que hace parte integral de la promesa de sociedad futura presentada con la propuesta de fecha 8 de junio de 2010, se precisa la solicitud realizada por la entidad y se cumplen con todos los requisitos del pliego de condiciones a este documento.

Por lo anteriormente expuesto la CALIFICACION JURIDICA es **ADMISIBLE**

1.2 GARANTÍAS

PROPONENTE 1- ZONA 3 RUTA DEL SOL SA PSF

- Aporta certificado de la superintendencia financiera que acredita que el señor Andrés Eduardo Montoya soto, identificado con la cedula numero 80'411.821, tiene la representación legal de la compañía Confianza SA, para la suscripción del anexo 7.

-Corrigió el certificado de pago de prima.

Calificación **ADMISIBLE**: póliza de seguros Confianza SA

PROPONENTE 2-CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD-RUTA DEL SOL

Corrigió en debida forma, el anexo 7 requerido en el pliego de condiciones, ajustándolo a los términos en el definido.

Considerando que la aceptación de la garantía se condiciona formalmente a la corrección de este anexo (7) y habiéndose cumplido por el proponente este hecho, se otorga **calificación de ADMISIBLE** para la garantía presentada.

PROPONENTE 3-YUMA CONCESIONARIA SA PSF

Aporto póliza de mundial seguros en las condiciones particulares de la póliza son suficientes e idóneas, se encuentra acorde a los términos del decreto 4828 de 2008 y al pliego de condiciones, apporto anexo 7 correctamente diligenciado. **Calificación ADMISIBLE.**

PROPONENTE 4- PSF CONCESION VIAL DE CARIBE SA

Procedimiento para hacer exigible la garantía: ajusto el procedimiento para exigibilidad de la garantía, conforme al Decreto 4828 de 2008

Certificación de calificación de riesgo del emisor: allego conforme a la circular 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria hoy Financiera, calificación del riesgo del emisor de la garantía- BANCO DE OCCIDENTE SA.

Por lo anterior la calificación de la garantía es: **Admisible**

PROPONENTE 5-PSF AUTOPISTA DEL SOL SAS

Corrigió en debida forma, el anexo 7 requerido en el pliego de condiciones, ajustándolo a los términos en el definido.

Considerando que la aceptación de la garantía se condiciona formalmente a la corrección de este anexo (7) y habiéndose cumplido por el proponente este hecho, se otorga **calificación de ADMISIBLE** para la garantía presentada.

PROPONENTE 6-VIAS DE COLOMBIA SAS PSF

Procedimiento para hacer exigible la garantía: ajusto el procedimiento de admisibilidad al artículo Decreto 4828 de 2008

Certificación de calificación de riesgo del emisor: apporto conforme a la circular 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria hoy Financiera, calificación del riesgo del emisor de la garantía- BANCO SANTANDER COLOMBIA SA.

Vigencia: Preciso de manera correcta la vigencia de la garantía.

Identidad del Tomador: Definió conforme al Decreto 4828 de 2008 la parte tomadora de la garantía

Observando el cumplimiento de los términos exigidos por la entidad, se otorga para la garantía **calificación de ADMISIBLE.**

PROPONENTE 7- PSF CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 SAS

Aporto póliza de mundial seguros con las condiciones particulares de la póliza son suficientes e idóneas, se encuentra acorde a los términos del decreto 4828 de 2008 y al pliego de condiciones, apporto anexo 7 correctamente diligenciado, por lo tanto la **calificación es ADMISIBLE.**

OBSERVACIONES DE LOS PROPONENTES RESPECTO A LA EVALUACION DE LAS GARANTIAS:

1-EL proponente VIAS DE COLOMBIA SAS, proponente 6, mediante memorando 2010-409-015425-2 de Julio 8 de 2010, realiza las siguientes observaciones:

- a. En relación al proponente 2, CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD, presente anexo 7 a folio 968, incompleto por cuanto no certifica condiciones de colocación de reaseguro

INCO RESPONDE: El proponente corrigió de manera adecuada el anexo 7, conforme a la observación recibida en el informe preliminar.

- b. En relación al proponente 5, PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTAS DEL SOL SAS, apporto el anexo 7 visible a folio 729, con el cuadro de REACODEX sin datos de contacto ni adjunta certificado de la Superintendencia Financiera como lo exige el numeral 3.10.3 del pliego de condiciones.

INCO RESPONDE: El proponente corrigió de manera adecuada el anexo 7, conforme a la observación recibida en el informe preliminar.

La Entidad no requiere al proponente para que allegue el certificado de la Superintendencia Financiera, porque este coincide en todos sus términos con el aportado por el proponente 2, quien también presento póliza de Seguros Cóndor SA., cuya representación radica en el señor EUDORO CARVAJAL, de manera que se aplica la ley 962 de 2005, en el sentido de no requerir información tenida en el proceso para la evaluación de las garantías.

2-El proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL 3, proponente 7, mediante oficio radicado número 2010-409-015326-2 del 7 de Julio de 2010, observa lo siguiente:

a-En relación al proponente 6, VIAS DE COLOMBIA SAS, que la Sociedad LATINCO SA, es un miembro de la estructura plural, siendo esta una PSF, sus miembros constituyentes son solidariamente responsables por todas las obligaciones en virtud de la oferta; el certificado de existencia y representación legal de LATINCO SA., establece en su objeto social, la sociedad solo podrá ser garante de las obligaciones de terceros y constituir cualquier garantía para ello previa aprobación de la asamblea general de accionistas con un 62%. LATINCO SA., no presenta acta de asamblea en el porcentaje señalado, que autorice la garantía.

INCO RESPONDE: El proponente cuestionado presenta algunos argumentos para precisar los términos de su garantía, entre ellos el siguiente:

“garantizar una obligación de un tercero significa que una persona (natural o jurídica) se obliga a respaldar una obligación principal, estableciendo una obligación nueva y diferente comprometiéndose con el acreedor a cumplirla cuando el tercero no lo haga, lo anterior significa la existencia de dos vínculos jurídicos diferentes y separados: 1-uno entre acreedor y deudor principal, 2-otro es una obligación secundaria o accesorio a aquella obligación principal entre acreedor y deudor principal”.

No es correcto entender la expresión del objeto social del integrante LATINCO SA., respecto a su posibilidad de ser garante de obligaciones de terceros siempre que esté autorizada por un porcentaje determinado de

miembros de su asamblea general de socios, como una limitación para el otorgamiento de la garantía de seriedad de la oferta en el presente proceso.

No es el integrante el llamado a garantizar las obligaciones del proponente en esta instancia del proceso, por tanto no asume este los riesgos de la garantía de seriedad sino el emisor de la garantía, quien acepta los riesgos del proceso frente a la entidad beneficiaria, teniendo con ello certeza de la existencia de una salvaguarda idónea en los términos del Decreto 4828 de 2008.

La limitación para LATINCO SA., impuesta en su certificado de existencia, es coherente en su funcionamiento como empresa siempre que se trate de comprometer su capital para responder por otro, evento que resulta en un riesgo patrimonial propio; la garantía de seriedad al trasladar el riesgo al emisor, lleva a la revisión directa de la capacidad técnica de este para su asunción del riesgo.

El ejercicio propuesto por el proponente 7, tendría trascendencia en el caso de ser LATINCO SA., el obligado directo a respaldar los riesgos de la oferta, por cuanto implicaría una revisión de su capacidad financiera, hipótesis solo aceptable para el caso de una relación de empresas particulares con el integrante señalado por cuanto no es viable suponer en contratación estatal que el particular sea garante directo de sus obligaciones o que este como asociado lo sea de la sociedad frente a la entidad estatal.

Para el caso de la garantía emitida por BANCO SANTANDER COLOMBIA SA., la entidad tiene las condiciones de seguridad jurídica y financieras mínimas para su aceptación, entendiéndose el significado de autonomía, irrevocable, independiente y a primer requerimiento, sumado a esto el emisor cumple con la calificación de riesgo mínima exigida para la expedición de estas garantías en Colombia y también está obligado al cumplimiento de los términos del Decreto 2271 de 1993, en cuanto al porcentaje de patrimonio técnico mínimo para la aceptación del riesgo.

b--Se advierte que la garantía del proponente 6 adolece de vicios por cuanto el texto de la garantía establece que la garantía será exigible mediante acto administrativo ejecutoriado.

INCO RESPONDE: La garantía allegada inicialmente al proceso efectivamente mostro varias faltas al reglamento de garantías para la contratación estatal pero estas han sido corregidas por el proponente, mediante otrosí al contrato de garantía bancaria, el hecho de establecer como requisito para su exigibilidad la ejecutoriedad del acto administrativo que declare el siniestro, es una situación que surge del Decreto 4828 de 2008.

1.3 CAPACIDAD FINANCIERA (PATRIMONIO NETO Y CUPO DE CRÉDITO)

PROPONENTE No 1: ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

- CONCRETO S.A. Allegar fotocopia de la Tarjeta Profesional de RICARDO EMILIO LOPEZ VILLA Y MARTHA LIGIA RAMIREZ SIERRA.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente allega los documentos solicitados.

- PDEM S.A.S. Debe allegar debidamente corregidos el Formato 2A y 2B, que se encuentran sin firma del revisor fiscal.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente allega los documentos solicitados.

- Allegar debidamente corregido el Formato No. 5, en el que se presenta un error en la cédula del firmante de dicho documento.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente allega el Formato No. 5 debidamente corregido.

- Mediante radicado 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 le proponente No. 2 Consorcio Vial de la Competitividad Ruta del Sol S.A.S., observa a este proponente No. 1 en el sentido que el representante legal de Bancolombia S.A. que firma el cupo de crédito presenta inconsistencia en el número de cédula y no aparece referenciado en el Certificado de Existencia de dicho banco.

RESPUESTA INCO: Con relación a la inconsistencia en el número de la cédula del representante legal del Bancolombia S.A., se aclara que dicho requerimiento fue observado en el informe preliminar de la Entidad, a lo cual el proponente allega el Formato 5 debidamente diligenciado. Con relación a que dicho funcionario no se encuentra en el Certificado de Existencia de dicho banco, se observa que el mismo, si se encuentra relacionado en la certificación emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia anexa en la propuesta. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 1, en el sentido que la persona que suscribe la certificación del comité de crédito de Junta Directiva para la aprobación del cupo de crédito del Banco de Colombia no se identifica como competente para ello de acuerdo al numeral 3.6.10 del Pliego de Condiciones, y no se presentó copia de los estatutos del banco que así lo evidenciara.

RESPUESTA INCO: Se observa que el numeral 3.6.10 al que alude el observante corresponde a la acreditación de la financiación y no del cupo de crédito, sobre el cual aplica es el numeral 3.8.2, en el cual solo se exige al documento que acredite la capacidad para suscribir el formato 5 del cupo de crédito, no del acta de junta directiva del respectivo banco. Por lo anterior la observación no procede.

Por todo lo anterior la calificación financiera de este proponente No. 1 es **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 2: CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL

- Mediante radicado 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente 2 CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL solicita incluir la información patrimonial del miembro del proponente CONCISA S.A., en la matriz de evaluación publicada por la Entidad.

RESPUESTA INCO: Se acepta su solicitud, el valor será incluido en el cálculo respectivo.

- Mediante radicado 2010-409-015353-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 1, Zona 3 Ruta del Sol S.A. PSF observa a este proponente No. 2 en el sentido que no se puede apreciar la validez a la fecha de cierre de las matrículas del contador y revisor fiscal de la sociedad CONOISA..

RESPUESTA INCO: Una vez analizadas las matrículas del contador y revisor fiscal de la sociedad CONOISA se encuentran acreditadas en la Propuesta del proponente en cuestión. Por lo anterior esta observación no procede.

- El proponente debe allegar copia del extracto del acta de junta directiva del Global Bank de Panamá por medio del cual: (i) aprobó el cupo de crédito de que trata la certificación del Formato 5 anexo a la Propuesta y que debió ser solicitado específicamente para el presente proceso Licitatorio SEA-LP-001-2010, y (ii) aprueba el cupo de crédito al MAP. Todo lo anterior en los términos del numeral 3.8. del pliego de condiciones.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2, en el sentido que no anexó copia del extracto de acta de junta directiva del Banco otorgante del cupo de crédito.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2, en el sentido que el cupo de crédito presentado por dicho proponente No. 2 no es específico para este proceso licitatorio SEA-LP-001-2010.

Mediante radicado 2010-409-015769-2 de fecha 13 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2 en el sentido que el señor Otto O. Wolfschoon Jr. no tiene las facultades para firmar la certificación de que trata el cupo de crédito.

Mediante radicado 2010-409-016350-2 de fecha 19 de julio de 2010, este proponente No. 2 allega certificación del Global Bank de Panamá, de fecha 6 de julio de 2010, mediante la cual manifiestan que tienen un cupo de crédito para la Licitación SEA-LP-001-2010.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente aclara la competencia del apoderado general del Global Bank de Panamá, Otto O. Wolfschoon Jr. para otorgar el crédito en cuestión por parte de dicha entidad bancaria. Sin embargo, una vez analizada la sustentación presentada por el proponente, se observa que la certificación anexa mediante el Formato No. 5 en la propuesta no cumple con los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones (Adenda No. 5) en el sentido de especificar que el cupo de crédito es otorgado específicamente para este proceso licitatorio SEA-LP-001-2010.

No se puede afirmar, como lo pretende el proponente, que la certificación del Formato No. 5 anexo en la propuesta evidencie la destinación del crédito otorgado de US\$ 100.000.000 (Cien millones de dólares de los Estados Unidos de América) al proceso Licitatorio en cuestión, en ninguna parte de dicho documento lo expresa como lo exigió el Pliego de Condiciones. El texto de dicho documento sólo menciona que existe un cupo de crédito (que puede ser para cualquier destinación) y que estará vigente hasta que se apruebe el cierre financiero.

En cuanto al certificado con fecha 6 de julio de 2010, aportado por este proponente No. 2 mediante radicado 2010-409-016350-2 de fecha 19 de julio de 2010, se hace necesario precisar que dicho certificado no corresponde al contenido del Formato No. 5 del Pliego de Condiciones que fue ajustado mediante la Adenda No. 5 del presente proceso licitatorio y que debía ser debidamente diligenciado obligatoriamente, sin modificación y sin excepción por todos los proponentes interesados en presentar propuesta.

De igual forma se observa si bien es cierto esta última certificación de fecha 6 de julio de 2010 manifiesta la existencia de un cupo de crédito para la licitación SEA-LP-001-2010, esta manifestación no se encontraba en el Formato No. 5 de fecha 13 de mayo de 2010 anexo a folio 766 de la propuesta presentada al cierre de la licitación. Y es importante precisar que a este requisito del numeral 3.8 del Pliego de Condiciones no se le puede dar un tratamiento menor puesto que tanto en el literal (a) como en el literal (b) del numeral 3.8.1 precisaron la forma de acreditar el cumplimiento del requisito del Cupo de Crédito: “(a) Una (1) certificación (conforme al modelo que obra como Formato 5) de aprobación de cupo de crédito en firme para el desarrollo del Contrato de Concesión... .. o (b) Dos (2) certificaciones (conforme al modelo que obra como Formato 5) de aprobación de cupo de crédito en firme para el desarrollo del Contrato de

Concesión... (Subrayado fuera del texto). Igualmente, en dichos literales se especificaban requisitos estrictos para este cupo de crédito en el sentido de que no serían aceptables certificaciones de intención ni pre aprobaciones, ni cartas sujetas a condiciones suspensorias o resolutorias.

De lo anterior se colige que era necesario que los proponentes acataran con total precisión y sin lugar a equivocaciones e inexactitudes las disposiciones para este requisito fundamental del Pliego de Condiciones, y más las de un Formato que fue totalmente claro para el resto de los participantes del presente proceso licitatorio, particularmente y para el caso que nos ocupa, la destinación específica del cupo de crédito otorgado, requisito que no fue cumplido por este proponente No. 2 al momento de suscribir el Formato No. 5 y que fue presentado el cierre del presente proceso licitatorio.

Por lo anterior el proponente se encuentra NO ADMISIBLE.

- Mediante radicado 2010-409-015353-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 1, Zona 3 Ruta del Sol S.A. PSF observa a este proponente No. 2 en el sentido que el formato No. 5 no se coloca el nombre del banco otorgante del cupo de crédito. Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 2 en el mismo sentido.

RESPUESTA INCO: Una vez revisado el Formato No. 5 anexo a la propuesta se comprueba que el proponente no diligenció debidamente dicho Formato al no incluir el nombre del Banco otorgante del cupo de crédito a folio 765. Por lo anterior la observación procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 2 en el sentido que el cupo de crédito no cuenta con la aprobación del órgano competente del sector financiero.

RESPUESTA INCO: Este requerimiento fue efectuado a este proponente, el cual, mediante radicado 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010, aclara la competencia del apoderado general del Global Bank de Panamá, Otto O. Wolfschoon Jr. para otorgar el crédito en cuestión por parte de dicha entidad bancaria. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 2 en el sentido que el señor Otto O. Wolfschoon Jr. no acredita su condición para firmar la certificación del banco para otorgar el cupo de crédito, en los términos del numeral 3.3.2., (b), (ii), (1).

RESPUESTA INCO: De acuerdo con lo exigido en el pliego de condiciones, numeral 3.8.2, se tiene que la certificación deberá estar acompañada de la documentación que acredite que el firmante del documento es el idóneo para ello. Para el caso de bancos extranjeros, y teniendo en cuenta el numeral 3.3.2., (b), (ii), (1), se observa que el proponente allegó la documentación necesaria para acreditar la idoneidad del señor Otto O. Wolfschoon Jr. para suscribir el documento en cuestión.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 2 en cuanto a la calificación de riesgo del Global Bank Corporation Panamá en el sentido que no cuenta con la calificación global de crédito BBB de Standard & Poor's Corporation o su equivalente, tal y como lo pide el Pliego de Condiciones para las entidades extranjeras.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2, en el sentido que el cupo de crédito presentado por dicho proponente No. 2 no fue otorgado por un banco con la calificación solicitada en el Pliego de Condiciones para las entidades financieras extranjeras. Cuestiona la calificación de Fitch Ratings anexa a la

propuesta, es decir A+, es equivalente a BB- internacional de Standard & Poor's Corporation. Razona y explica sobre la diferencia entre las calificaciones locales y las calificaciones internacionales, pues deben tener en cuenta la del país en el cual tengan sede las respectivas entidades financieras.

Mediante radicado 2010-409-015754-2 de fecha 13 de julio de 2010, la firma Desarrollo Empresarial Ltda., allega concepto sobre las calificaciones de riesgo. En el mismo sentido, el concepto revisa la definición calificación global en comparación con calificación internacional, plantando que la calificación global del Pliego de Condiciones hace referencia es a la calificación de todos los papeles o trámites emitidos por una misma entidad, y que por lo tanto sería válida la experiencia presentada por el proponente en cuestión, pues su calificación A+ sería válida a la luz de esa interpretación del pliego.

Mediante radicado 2010-409-016279-2 de fecha 16 de julio de 2010, este proponente No. 2 allega un concepto solicitado a los Doctores Andrés Flórez Villegas y Augusto Acosta Torres, sobre la expresión "sociedades de servicios financieros vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia", así como sobre las calificaciones de deuda de largo plazo otorgada por las calificadoras de valores.

RESPUESTA INCO: Se observa que efectivamente la calificación internacional de la República de Panamá corresponde a BBB-. De igual forma se observa que en el informe de la empresa Fitch Ratings aportado por el proponente No. 2 en su propuesta, el Global Bank es presentado con calificación local para dicha entidad bancaria de A+. Es decir, la calificación aportada por el proponente corresponde a una calificación local y no global como lo exige el Pliego de Condiciones. Sobre este particular se enfatiza que el término "calificación global de crédito" del Pliego de Condiciones hace referencia clara y contundente a una calificación reconocida internacionalmente. Tanto es así, que el propio Pliego de Condiciones exige este mismo requisito para la entidad que emita la calificación, la cual debe ser de "reconocida reputación internacional". No tendría sentido por parte del Pliego de Condiciones exigir que la entidad que hubiera emitido la calificación tuviese reconocida reputación internacional, si dicha calificación exigida no tuviera el carácter de internacional. En este sentido el uso del término global en el argot financiero indica sin lugar a equívocos que se habla de una calificación internacional.

En efecto, la definición de Sector Financiero del Pliego de Condiciones que se encuentra en el literal (b) del numeral (yy) de las definiciones del Pliego de Condiciones se evidencia: "*(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 otorgado por una agencia calificadora distinta, caso en el cual deberá ser de reconocida reputación internacional.*" (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Se reitera entonces que el Pliego de Condiciones no da lugar a interpretaciones ni ambigüedades cuando exige claramente que la entidad que aporte el cupo de crédito debe contar con una calificación global de crédito de al menos BBB, la cual debe ser emitida por una entidad calificadora de reconocida reputación internacional.

Adicionalmente el proponente allega un concepto que solicitó, en el que se efectúa una revisión de las Sociedades de Servicios Financieros, pretendiendo crear confusión sobre la definición de Sistema Financiero del Pliego de Condiciones. Sobre este particular se observa que dicha definición contenida en el Pliego de Condiciones responde a unos conceptos que no se encuentran en duda en el presente informe de evaluación y que ninguno de los proponentes del presente proceso licitatorio tuvo problema en interpretar. Ni siquiera este proponente No. 2, el cual cumple con esta parte de la definición de Sistema Financiero del Pliego de Condiciones, y no es esta la causa de su calificación de NO ADMISIBLE.

También en dicho concepto el proponente pretende demostrar que el Pliego viola el principio de igualdad, estableciendo diferentes requisitos entre las sociedades de servicios financieros colombianas y las extranjeras. Sobre este particular se hace necesario precisar que el haber considerado unos requisitos para las sociedades extranjeras que no contemplaban las sociedades colombianas, en ningún momento viola el principio de igualdad. Para las entidades colombianas se tiene la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero es potestativo de la Administración el efectuar requerimientos que le brinden la seguridad y certeza que amerita la importancia del presente proceso licitatorio en cuanto a las

entidades internacionales. En este sentido, la gran incertidumbre que rodea la inestabilidad del sistema financiero mundial, hace necesario que la Entidad hubiese definido requisitos para estas entidades internacionales que desde ningún punto de vista degradan a ningún proponente, sino que antes por el contrario, le brindan la certeza al Gobierno Nacional de tener un respaldo sólido e incuestionable para el proceso.

Se tiene entonces que se acepta la observación de los proponentes No. 6 y 7, y no se acepta la interpretación que hace la empresa Desarrollo Empresarial Ltda., ni los conceptos solicitados por este proponente No. 2 en su defensa, puesto que el Global Bank de Panamá, entidad que otorga el cupo de crédito al proponente No. 2, no cumple con los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones.

Por todo lo anterior, la observación procede y el proponente se considera **NO ADMISIBLE**.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2 en el sentido que omitió certificar la conversión de la moneda por el banco central en el cupo de crédito.

RESPUESTA INCO: Se observa que la propuesta allega la información requerida por el Pliego de Condiciones para la conversión de la moneda en el cupo de crédito. Por lo anterior, la observación no procede.

Por lo anterior la calificación financiera de este proponente No. 2 es **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 3: YUMA CONCESIONARIA S.A. (promesa de sociedad futura)

- FCP RUTA DEL SOL: Corregir error matemático en la certificación expedida por Fiducor S.A., puesto que los compromisos de inversión suscritos por los inversionistas no coinciden con el valor totalizado en el máximo para utilizar en el proyecto.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015303-2 de fecha julio 7 de 2010, se allega certificación expedida por Fiducor S.A. firmada por Carlos Ernesto Chaves Representante Legal y Alba Milena Reina Contador, corrigiendo el error matemático. Por lo anterior la observación se considera atendida adecuadamente.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 3, en el sentido que los firmantes del Formato 2A de la empresa Fast & ABS Auditores no acreditan su capacidad para hacerlo.

Mediante radicado 2010-409-015766-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No. 3, allega certificación donde se verifica la capacidad de Fast & ABS Auditores para suscribir los documentos en cuestión por parte de José Edilberto Sánchez Bautista y José de Jesús Hernández Herrera.

RESPUESTA INCO: Efectivamente el firmante como representante de la empresa Fast & ABS Auditories, a folios 409A y 410, no corresponde al representante legal de dicha empresa. Por lo anterior la observación no procede.

- TECNICA VIAL: Debe corregir los Formatos 2A y 2B y presentarlos debidamente suscritos por el representante legal de la empresa.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 3 en el sentido que el formato 2A viene firmado por la sociedad C Godco S. en C.A y no por el representante legal de Tecnival S.A.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015303-2 de fecha julio 7 de 2010, adjuntan formato 2A y formato 2B, conforme al pliego de condiciones.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 3 en el sentido que el Formato 2A no vino suscrito por los representantes legales de Técnica Vial.

RESPUESTA INCO: Mediante oficio No. 2010-409-015303-2 del 7 de Julio de 2010, le proponente allegó el Formato 2A de la empresa Técnica Vial debidamente suscrito.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 3 en el sentido que la certificación del cupo de crédito a folio 474, la sociedad Impregilo S.P.A., aparece identificada con Nit. 900.242.218-1 y por ser una sociedad extranjera no tiene Nit. sino código Fiscal que aparece en los extractos del Estatutos Sociales con el No. 00830660155.

RESPUESTA INCO: Revisada la observación se encontró, que efectivamente la sociedad Impregilo Spa, aparece con la identificación del Nit. 900-242.218-1, identificación que aportó con el radicado 2010-409-015766-2 del 13 julio de 2010 a folio 77. Adicionalmente mediante radicado 2010-409-015766-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No. 3 allegan el Certificado de identificación tributaria respectivo. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 3 en el sentido que la señora María Antonieta Restrepo no acreditó la capacidad de actuar en nombre de Bancolombia para firmar el acta de junta directiva de aprobación del cupo de crédito.

Mediante radicado 2010-409-015766-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No. 3 explica la situación de María Antonieta Restrepo para expedir el extracto del acta de junta directiva.

RESPUESTA INCO: Se observa que el numeral 3.6.10 al que alude el observante corresponde a la acreditación de la financiación y no del cupo de crédito, sobre el cual aplica es el numeral 3.8.2, en el cual solo se exige al documento que acredite la capacidad para suscribir el formato 5 del cupo de crédito, no del acta de junta directiva del respectivo banco. Por lo anterior la observación no procede.

Por lo anterior la calificación financiera de este proponente No. 3 es **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 4: CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

- ASCENDI S.A.: Corregir el formato 2A con la firma del representante legal del miembro del proponente y la firma del representante legal del proponente.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 4 en el sentido que el formato 2A se encuentra indebidamente diligenciado.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015320-2 de fecha 7 de julio de 2010, allega formato 2A con las observaciones requeridas. Por lo anterior la observación se considera debidamente atendida. Mediante radicado 2010-409-015765-2 de fecha 13 de julio de 2010 allega certificado de existencia de DELOITTE debidamente legalizado, en el que consta que quien suscribió la certificación de esa empresa, tenía la capacidad para hacerlo.

Mediante radicado No. 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio de 2010, el proponente No. 4 CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA manifiesta que el formato se encuentra debidamente diligenciado, no obstante el proponente No. 4, aportó el documento nuevamente corrigiendo las observaciones realizadas.

Por lo anterior el proponente se encuentra financieramente **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 5: PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S.

- VERGEL Y CASTELLANOS S.A.: Debe allegar copia de las Tarjetas profesionales y los Antecedentes disciplinarios de Maritza Rios Serinza y Emmel de Jesús Herrera Duque.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010 se aportan los documentos solicitados.

- Mediante radicado No. 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS-PSF observa a este proponente No. 5 en el sentido que no acreditan la autorización para firmar el Formato 2A a Maritza Ríos y Emmel de Jesús Herrera de la empresa Vergel y Castellanos S.A.

Mediante radicado 2010-409-015762-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 5 explica la observación anterior, en el sentido que los requisitos del numeral 3.6.10 aplican para la acreditación de la experiencia en concesiones, por lo que no aplica para el Formato 2A.

RESPUESTA INCO: De acuerdo con el numeral 3.7.4 del Pliego de Condiciones se observa que el Formato 2A deberá estar suscrito por el representante del Proponente, el representante legal de cada uno de los miembros si fuese una Estructura Plural y el revisor fiscal del Proponente o de cada uno de sus miembros si fuese una Estructura Plural. Por lo anterior, la firma del contador es opcional y en caso que el proponente lo considerase necesario. No obstante a folio 18 obra el certificado de existencia y representación legal de la firma Vergel y Castellanos en el cual se verifica que el señor Emmel de Jesús Herrera es el revisor fiscal de dicha firma. Por lo anterior, no procede la observación del proponente No. 7 y se acepta la explicación dada a este numeral por el proponente No. 5.

- HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION: Debe corregir el formato 2A donde se evidencie el nombre, identificación y los números de las tarjetas profesionales y cédulas de los representantes legales, contador y revisor fiscal. Debe allegar documento donde se evidencia la identidad del revisor fiscal, el contador o el vicepresidente financiero.

Mediante radicado No. 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS-PSF observa a este proponente No. 5 en el sentido que no se evidencia el nombre, identificación de quienes suscriben el documento.

Mediante radicado 2010-409-015762-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 5 replica esta observación en el sentido que radicarán mediante 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010 el documento en cuestión.

Mediante radicados 2010-409-016403-2 de fecha 19 de julio de 2010 y 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 este proponente No. 5 allega el Formato 2A de la empresa HYUNDAI ENGINEERING & CONSTRUCTION, sin embargo, al mismo le falta la firma del representante legal del Proponente. Por lo anterior, no se considera atendido el requerimiento debidamente.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, se aportan los documentos solicitados. Mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 allegan la documentación requerida por lo que se considera atendido el requerimiento.

- Mediante radicado No. 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS-PSF observa a este proponente No. 5 en el sentido que no acreditan la capacidad para firmar la certificación de DELOITTE en la acreditación de la capacidad financiera de la empresa HYUNDAI ENGINEERING

Mediante radicado 2010-409-015762-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 5, explica que de acuerdo con el numeral 3.6.10, los mismos aplican solamente para los requisitos de experiencia en concesiones, no para los temas de patrimonio. Manifiestan sin embargo, que enviarán el documento en cuestión antes de la adjudicación.

RESPUESTA INCO: Se observa que el numeral 3.6.10 hace referencia a que todas las personas firmantes de los certificados deberán acreditar su condición para ello. Dicho numeral se encuentra en el capítulo 3.6. que corresponde a la acreditación de experiencia en concesiones, y no en el capítulo de la acreditación de Patrimonio Neto, por lo que no aplica directamente a este tema. Adicionalmente a folio 623 se observa que es una declaración Deloitte donde informa que la persona que auditó los estados financieros de Hyundai es un empleado de ellos. Por lo anterior la observación del proponente No. 7 no procede.

- SAINC S.A.: Debe allegar copia de las tarjetas profesionales de los contadores Liliana Patricia Bohórquez y Maura Lince Reyes.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, se aportan los documentos solicitados, por lo que se considera atendido el requerimiento.

- Mediante radicado 2010-409-015302-2, el Proponente No. 3 "YUMA CONCESIONARIA S.A." solicita que el proponente aclare el Formato 2B, dado que aporta dos formatos (Folio 598 y 598B).

RESPUESTA INCO: Se observa que el formato 2B, anexo a folio 598, se encuentra diligenciado correctamente; por tanto no procede dicha observación.

- Mediante radicado 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente 2 CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL solicita verificar las certificaciones de las entidades acreedoras y de las entidades deudoras y las condiciones de las personas que suscriben estos documentos.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 allegan la documentación debidamente legalizada y esta observación no procede.

- Allegar documento que acredite la facultad para suscribir el formato 5 del Sr. Y.J. NOH, Account Manager del Korea Exchange Bank.

Mediante radicado No. 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7, Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS-PSF observa a este proponente No. 5 en el sentido que no acreditan la facultad de firmar el formato 5 del Sr. Y.J. NOH, Account Manager del Korea Exchange Bank.

RESPUESTA INCO: Mediante radicados 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010 y 2010-409-016403-2 de fecha 19 de julio de 2010, allegan documentos en los que se acredita la facultad que tiene Sr. Y.J. NOH, Account Manager del Korea Exchange Bank para autorizar y firmar cupo de crédito. Por lo anterior se considera debidamente atendido el requerimiento

- Mediante radicado No. 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7, Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS-PSF observa a este proponente No. 5 en el sentido la información financiera del MAP es una traducción fiel al idioma inglés, sin embargo el documento que presenta viene diligenciado en español.

RESPUESTA INCO: La observación se considera no procedente en el sentido que el formato 2A no debía ser traducido, solamente suscrito por las personas que tuvieran la competencia para hacerlo.

- El proponente debe allegar copia del extracto del acta de junta directiva del Korean Exchange Bank por medio del cual: (i) aprobó el cupo de crédito de que trata la certificación del Formato 5 anexo a la Propuesta y que debió ser solicitado específicamente para el presente proceso Licitatorio SEA-LP-001-2010, y (ii) aprueba el cupo de crédito al MAP. Todo lo anterior en los términos del numeral 3.8. del pliego de condiciones.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, allega certificación expedida por el señor Jo Yang Ho Representante Legal de la sucursal de Keydong, en la que se declara que este tipo de operaciones crediticias no requieren autorización de la junta directiva del banco. Por lo anterior se considera debidamente atendido el requerimiento.

- Mediante radicado 2010-409-015321-2 del 7 de julio de 2010, el proponente No. 4 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S observa al proponente No. 5 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S que de acuerdo con el pliego de condiciones numeral 3.8.1. y el capítulo 1.4., "Definiciones", literal (yy), el cupo de crédito no cumple con los requisitos.

Mediante radicado No. 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7, Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS-PSF observa a este proponente No. 5, en el sentido que el Korean Exchange Bank no aparece en el listado del Banco de la República de entidades financieras del admitidas para prestar a residentes colombianos y que por lo tanto no debe ser aceptado el cupo de crédito.

Mediante radicado 2010-409-015762-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No. 5 replica la observación presentada anteriormente por el proponente No. 4, y argumenta que el Korean Exchange Bank sucursal Panamá si aparece registrado en el listado del Banco de la República de entidades financieras del admitidas para prestar a residentes colombianos y que por lo tanto debe ser aceptado el cupo de crédito.

RESPUESTA INCO: La observación del proponente No. 4 procede toda vez que fue consultada la página web del Banco de la República (http://www.banrep.gov.co/reglamentacion/rg_cambiar3_dcin83.htm#ane) se observa que el Banco que otorga el cupo de crédito no se encuentra en la lista de las entidades financieras admitidas para prestar a residentes colombianos, de acuerdo con lo exigido en el Pliego de Condiciones en la definición de Sistema Financiero.

Con relación al Korean Exchange Bank sucursal de Panamá que si aparece en el listado de entidades aprobadas para prestar a residentes colombianos del Banco de la República, se debe objetar, puesto que el cupo de crédito no fue otorgado por dicha sucursal, sino como claramente el proponente No. 5 lo acredita en su propuesta, por el Korean Exchange Bank de Seúl, Korea, entidad a todas luces muy diferente de la sucursal Panamá.

Por lo anterior la observación del proponente 4 y del proponente 7 proceden y el este proponente No. 5 se considera NO ADMISIBLE.

Por lo anterior la calificación financiera del proponente No. 5 es **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 6: VIAS DE COLOMBIA P.S.F.

- LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. LATINCO S.A. Debe allegar fotocopia de la Tarjeta Profesional y antecedentes disciplinarios de Margarita Maria Posos y Gilberto Muriel Saldarriaga.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015424-2 del 8 de julio de 2010, el proponente allega los documentos solicitados.

- HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. Debe allegar fotocopia de la Tarjeta Profesional y antecedentes disciplinarios de Diana Gonzàles y David Benavides.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015424-2 del 8 de julio de 2010, el proponente allega los documentos solicitados.

- Mediante radicado 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010, , el proponente 2 CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL en el sentido que hay una información consignada en el formato 2A por parte de OHL S.A., quien no es miembro del proponente. En igual sentido dicho formato no está diligenciado por un contador.

RESPUESTA INCO: Efectivamente se aprecia que uno de los Formatos 2A se encuentra diligenciado por la empresa OHL S.A. quien no es miembro del proponente. Sin embargo, el mismo acreditó debidamente la situación de control de la empresa OHL S.A., sobre OHL Colombia Ltda. Por lo anterior la observación no procede.

En cuanto a la firma del contador en dicho Formato se aclara que de acuerdo con el numeral 3.7 del Pliego de Condiciones, dicha firma es opcional.

- El proponente debe allegar copia del extracto del acta de junta directiva del Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. por medio del cual: (i) aprobó el cupo de crédito de que trata la certificación del Formato 5 anexo a la Propuesta y que debió ser solicitado específicamente para el presente proceso Licitatorio SEA-LP-001-2010, y (ii) aprueba el cupo de crédito al MAP. Todo lo anterior en los términos del numeral 3.8. del pliego de condiciones.

Mediante radicado 2010-409-015321-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 4 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S observa al proponente No. 6 VIAS DE COLOMBIA P.S.F., en cuanto a la acreditación del cupo de crédito.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 6, en el sentido que no aportó el cupo de crédito específico para el proyecto, sino que aportó una certificación con un crédito multitenedor. De igual forma no presentó copia de los estatutos donde se evidenciara que no requería aprobación por parte de un órgano social del banco respectivo.

Mediante radicados No. 2010-409-015758-2 de fecha 13 de julio de 2010 y No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 6 replica la observación efectuada por el proponente No. 4 y 7 en el sentido que la acreditación del cupo de crédito no cumple con el numeral 3.8.2 del Pliego de Condiciones.

Este proponente No. 6 manifiesta que ya allegó documento donde se evidencia que no se requería acta de aprobación del cupo de crédito por parte de ningún órgano del banco. Por lo anterior solicita no sea tenida en cuenta la observación efectuada por parte del proponente No. 4.

Mediante radicado No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 6 replica la observación efectuada por el proponente No. 5, en el sentido que la acreditación del cupo de crédito no cumple con el numeral 3.8.2 del Pliego de Condiciones. Este proponente No. 6 manifiesta que ya allegó documento donde se evidencia que no se requería acta de aprobación del cupo de crédito por parte de ningún órgano del banco. Por lo anterior solicita no sea tenida en cuenta la observación efectuada por parte del proponente No. 5.

RESPUESTA INCO: Mediante radicados No. 2010-409-015424-2 del 8 de julio de 2010 y No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010, el proponente allega certificación debidamente diligenciada de acuerdo a los requerimientos del pliego de condiciones, en la cual manifiesta que de conformidad a los estatutos de la entidad no se necesita aprobación especial alguna por los órganos sociales para el otorgamiento del cupo de crédito. De igual forma hacen referencia a los poderes contenidos en la propuesta, y conferidos especialmente por el representante de dicho Consejo de Administración a los señores Lorenzo Gómez Arevalillo del Puerto y María del Carmen Núñez Fernández, para que mancomunadamente expidan la certificaciones de crédito acordes con los requerimientos del Pliego de Condiciones.

- Mediante radicado 2010-409-015769-2 de fecha 13 de julio de 2010 el proponente No 6 en el sentido que el proponente No. 6 aportó copia simple de los estatutos del Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

RESPUESTA INCO: Para el requerimiento que se le hizo al proponente VIAS DE COLOMBIA P.S.F. en el informe preliminar, con la certificación aportada atiende debidamente lo requerido, por lo tanto la observación realizada en cuanto a que aportó una copia simple de los estatutos no procede.

Por lo anterior la calificación financiera del proponente No. 6 es **ADMISIBLE**.

PROPONENTE 7: ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

- CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.: Allegar documento que acredite la calidad de auditor al señor Felipe Edmond Ayoub.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015460-2 de fecha 8 de julio de 2010, el proponente allegan declaración juramentada en la que certifican que la empresa Price Waterhouse Coopers Auditores fue contratada como auditores de la empresa CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Adicionalmente declaran que en la República Federativa de Brasil no existe entidad o autoridad que certifique el nombramiento de los auditores independientes por parte de las personas jurídicas.

Mediante radicado No. 2010-409-015325-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente aclara que a folios 3044 a 3047 de encuentra certificación emitida por la empresa Price Waterhouse Coopers Auditores Independientes donde se acredita la calidad de socio del Sr. Felipe Edmond Ayoub, quien en cumplimiento de sus funciones acredita a la empresa como auditores de la empresa CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Por lo anterior se considera atendido el requerimiento.

- ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA.: Allegar documento que acredite la calidad de auditor al señor Felipe Edmond Ayoub.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015325-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente aclara que a folios 3078 a 3081 de encuentra certificación emitida por la empresa Price Waterhouse Coopers Auditores Independientes donde se acredita la calidad de socio del Sr. Felipe Edmond Ayoub, quien en cumplimiento de sus funciones acredita a la empresa como auditores de la empresa ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA. Por lo anterior se considera atendido el requerimiento.

Por lo anterior el proponente se encuentra financieramente **ADMISIBLE**.

2. CAPACIDAD TECNICA (EXPERIENCIA EN CONCESIONES Y FINANCIACIÓN)

PROPONENTE No 1: ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

- Observación de la ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S - Rad 2010 409 015326-2 en el sentido que el proponente no probó cual es el valor del contrato "Carretera Santo Domingo- Cruce Rincón de Molinillos".

RESPUESTA INCO: A folio 209 se encuentra certificación expedida por el Ministerio de Obras Publicas y Comunicaciones de la República Dominicana en la cual consta "Que el valor total del contrato según el Artículo Cuarto del Acta de Acuerdo Numero 8 corresponde a la suma de DOSCIENTOS NOVENA Y SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN DOLARES Y SESENTA Y SEIS CENTAVOS (USD\$296.083.531,66)"

- Para el contrato de Autopista del Nordeste C. por A. debe allegar copia del Offering Memorandum titulado Senior Secures Notes due 2026, cuya colocación se realizó el 28 de febrero de 2006., promovida por parte de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited.

Mediante radicado 2010-498-015769 de fecha 13 de julio de 2010 y 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1 en el sentido que no se acreditó el control del Grupo Odinsa S.A. sobre ninguna de las sociedades que se encuentra involucrada en la ejecución del proyecto de orden No. 1.

Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 1 en el sentido que los requisitos del numeral 3.6.9. no fueron cumplidos en su totalidad por parte del proponente en cuanto a la experiencia en financiación acreditada mediante el contrato de orden 1.

Mediante radicado 20101010092761 de fecha 13 de julio de 2010, el INCO solicitó a este proponente No. 1 acreditar la situación de control del Grupo Odinsa S.A. sobre las sociedades Autopistas del Nordeste Cayman Ltd., y entre aquella y Boulevard Turístico del Atlántico C. por A.

Mediante radicado No. 2010-409-015616-2 el proponente No. 1 replica las observaciones realizadas por otros proponentes en el sentido que 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 DOLARES y tampoco allegó la documentación requerida en el numeral 3.6.9. (b) del pliego de condiciones, a lo cual este proponente No. 1 aclara que estas observaciones quedan debidamente soportadas con el offering Memorandum aportado.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente allega copia del Offering Memorandum titulado Senior Secures Notes due 2026, cuya colocación se realizó el 28 de febrero de 2006., promovida por parte de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited. En dicho documento se aprecia que los bonos preferentes asegurados por valor de US\$162.000.000 con fecha de vencimiento en el año 2026 fueron emitidos por Autopistas del Nordeste (Cayman Limited), donde la Organización de Ingeniería Internacional S.A., tiene el 0.1% y sus afiliados, el 42.4%.

Mediante radicado de fecha 19 de julio de 2010, este proponente No. 1 da respuesta al requerimiento del INCO de acreditar la situación de control del Grupo Odinsa S.A. sobre las sociedades Autopistas del Nordeste Cayman Ltd., y entre aquella y Boulevard Turístico del Atlántico C. por A. Sin embargo esta respuesta no es satisfactoria y la interpretación de los Pliegos de Condiciones no es compartida por la administración. (Ver respuesta a este oficio en la evaluación técnica y jurídica).

En cuanto a los porcentajes de participación enunciados anteriormente, se encuentra que efectivamente, el proponente No. 1 no acreditó la situación de control exigida en los términos del numeral 3.5 del Pliego de Condiciones sobre la empresa Autopistas del Nordeste (Cayman Limited), necesaria para la acreditación de la experiencia de este requisito habilitante.

Por lo anterior, la observación procede y el proponente No. 1 se encuentra NO ADMISIBLE.

- Para el contrato de Autopista del Noroeste C. por A. debe allegar documento de constitución de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited a quien le transfirieron el 99,94% de propiedad de las acciones de la sociedad Autopistas del Nordeste C por A.

Mediante radicado 2010-498-015769 de fecha 13 de julio de 2010, el proponente No. 7, PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1, en el sentido que el vehículo constituido Autopistas del Nordeste Cyman Limited tiene un objeto abierto y no exclusivo como lo exige el Pliego de Condiciones.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente allega documento de constitución de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited a quien le transfirieron el 99,94% de propiedad de las acciones de la sociedad Autopistas del Nordeste C por A.

En dicho documento se observa en el objeto de dicha empresa *“3. Los objetos para los cuales la sociedad se constituye no están restringidos y la empresa tendrá plena facultad y autoridad para llevar a cabo cualquier objeto que no esté prohibido por ninguna ley de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 1 (4) de la Ley de Sociedades anónimas. 4. La compañía tendrá y será capaz de ejercer todas las funciones de una empresa física con capacidad total y con independencia de cualquier cuestión del beneficio empresarial.”*

De acuerdo con lo anterior se observa que el vehículo de propósito especial de que trata el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones no cumple con el literal (a) del referido numeral 3.6.7 así: *“(a) El vehículo de propósito especial haya sido constituido con el único propósito de obtener financiación.”* Por lo anterior, el proponente se encuentra NO ADMISIBLE.

- Para el contrato de Autopista del Noroeste C. por A., debe allegar certificación expedida por The Bank of New York Mellon donde se especifique exclusivamente la fecha y el valor de la financiación obtenida con la colocación de los bonos por parte de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited.

Mediante radicado 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 le proponente No. 2 Consorcio Vial de la Competitividad Ruta del Sol S.A.S., observa a este proponente No. 1 en el sentido que sea tenido únicamente en cuenta para la financiación del contrato de orden No. 1 el valor de US\$ 162 millones.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1 en el sentido que para el cupo de crédito solo obtuvo un desembolso de US\$ 162.000.000. Lo anterior puesto que el vehículo mediante el cual obtuvo la financiación no fue mediante deuda o emisión exclusivamente tal y como lo exigen los pliegos de condiciones.

Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 1 en el sentido que no acredita el monto total de los desembolsos efectuados en el marco de la financiación del contrato de concesión de orden número 1.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente no allega la certificación expedida por The Bank of New York Mellon solicitada, sin embargo, remite a la propuesta, donde se encuentra dicha certificación. En dicho documento a folios 112 y subsiguientes de la propuesta, se encuentran los desembolsos efectuados por dicha entidad bancaria, en los términos definidos por el INCO en la respuesta dada en la ronda de preguntas No. 6, en el sentido que cuando los intereses son capitalizables, pueden ser contabilizados como parte del crédito inicial. Lo anterior siempre y cuando las fechas y montos a capitalizar hagan parte de las características originales de dicha emisión.

En efecto, teniendo en cuenta la copia del Offering Memorandum titulado Senior Secures Notes due 2026, recibida por requerimiento del INCO mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 por parte de este proponente 1, se observa a folios 11 y subsiguientes de dicha respuesta, que los montos y fechas de los intereses a capitalizar se encontraban definidos en las características iniciales de la emisión efectuada.

Por lo anterior, las observaciones de los proponentes No. 6 y 7 no proceden y se considera atendido el requerimiento por parte del proponente No. 1.

- Para el contrato de Autopista del Noroeste C. por A., debe allegar certificación expedida por el Banco Popular Dominicano, C por A, como Depositario de República Dominicana donde se especifique exclusivamente la fecha y el valor de las transacciones tramitadas como consecuencia de la colocación de los bonos por parte de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited.

Mediante radicado 2010-409-015769-2 de fecha 13 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa la certificación del Banco Popular Dominicano, C por A, en el sentido que no cumple con lo requerido por el INCO en cuanto a las transacciones relacionadas con la colocación de los bonos por parte de la empresa Autopistas del Nordeste Cayman Limited.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015397-2 de fecha 8 de julio de 2010 allega el documento anteriormente mencionado debidamente apostillado. Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente allega certificación expedida por el Banco Popular Dominicano C. por A. en la que manifiestan que *“Conforme a las instrucciones del BANCO DE NUEVA YORK BNY MELLON BANK, recauda los dineros por concepto de los peajes, siendo ésta su función principal, por lo que no puede certificar el valor de las transacciones tramitadas como consecuencia de la colocación de bonos.”*

Por lo anterior, la observación del proponente No. 7 no procede y se da por atendido el requerimiento por parte del proponente No. 1.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1 en el sentido que el Banco de Nueva York Mellon no es el llamado a acreditar los desembolsos por no ser el representante de los tenedores de los bonos emitidos para la financiación del contrato de orden 1. Tampoco hace referencia a la utilización específica de los recursos para el proyecto.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente allega copia del Offering Memorandum titulado Senior Secures Notes due 2026, en el cual se evidencia que el Banco Nueva York Mellon actúa en calidad de intermediario colateral y fideicomisario, por lo que es el llamado a acreditar esta financiación en los términos del numeral 3.6.9 del Pliego de Condiciones. En igual sentido, en la copia del Offering Memorandum allegada por el proponente No. 1 se puede apreciar la destinación específica de los recursos para el proyecto a folios 162 y subsiguientes, la cual corresponde a la construcción, operación y mantenimiento de una autopista de 106 kilómetros desde Santo Domingo hasta Samaná al noreste de la República Dominicana, coincidiendo esta descripción con el proyecto de orden 1 acreditado por el proponente No. 1 en su propuesta.

Por lo anterior la observación del proponente No. 7 no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1 en el sentido que el valor del contrato de la carretera Santo Domingo no coincide con el valor de la financiación obtenida, de acuerdo con certificación de ejecución del contrato de KPMG anexo a la propuesta.

RESPUESTA INCO: La observación no procede puesto que el Pliego de Condiciones no pidió este requisito observado por el proponente No. 7.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1 en el sentido que no está probada la situación de control del Grupo Odinsa S.A. sobre la empresa Boulevard Turístico del Atlántico C. por A. En igual sentido cuestionan la competencia de KPMG en dicho contrato para certificar los desembolsos.

Mediante radicado 20101010092761 de fecha 13 de julio de 2010, el INCO solicitó a este proponente No. 1 acreditar la situación de control del Grupo Odinsa S.A. sobre las sociedades Autopistas del Nordeste Cayman Ltd., y entre aquella y Boulevard Turístico del Atlántico C. por A.

RESPUESTA INCO: Se encuentra que efectivamente, el proponente No. 1 no acreditó la situación de control exigida en los términos del numeral 3.5 del Pliego de Condiciones sobre la empresa Boulevard Turístico del Atlántico C. por A., necesaria para la acreditación de la experiencia de este requisito habilitante. En cuanto a la capacidad de KPMG para acreditar los desembolsos, mediante radicado 2010-408-015768-2 de fecha 13 de julio de 2010, se explica la capacidad de dicha empresa para acreditar los desembolsos. Por lo anterior, la observación procede.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1 en el sentido que no está probada la situación de control del Grupo Odinsa S.A. sobre la empresa Sociedad Concesionaria Hatovial S.A.

RESPUESTA INCO: De acuerdo con el numeral 3.6.7. del Pliego de Condiciones, cuando el proponente es miembro de la figura asociativa de la cual pretende acreditar experiencia, deberá poseer más del 20% para tener en cuenta el 100% de la experiencia. Este es el caso de la empresa Sociedad Concesionaria Hatovial S.A., de la cual Grupo Odinsa S.A. posee el 22,216%. Por lo anterior la observación no procede.

- Para el contrato de Desarrollo Vial Del Maburra Norte - Hatovial S.A., debe corregir el formato No.3 pues el valor reportado por la certificación anexa en la propuesta emitida por Bancolombia es diferente.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-15317-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente aclara la información consignada en el Formato No. 3 anexo a la propuesta.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 1 en el sentido que no está probada la situación de control del Grupo Odinsa S.A. sobre la empresa Sociedad Concesión Santa Marta - Paraguachón S.A. Sobre este contrato también observa que las fechas de los desembolsos está relacionada con la fecha de los pagarés, no con el desembolso.

RESPUESTA INCO: De acuerdo con el numeral 3.6.7. del Pliego de Condiciones, cuando el proponente es miembro de la figura asociativa de la cual pretende acreditar experiencia, deberá poseer más del 20% para tener en cuenta el 100% de la experiencia. Este es el caso de la empresa Sociedad Concesión Santa Marta - Paraguachón S.A., de la cual Grupo Odinsa S.A. en el transcurso de los desembolsos efectuados, siempre tuvo más del 20%. Con relación a la fecha de los pagarés, en los mismos se tiene la fecha de los mismos y aparecen canceladas, por lo que se entienden desembolsados. De igual modo mediante 2010-408-015768-2 de fecha 13 de julio de 2010 explican la situación por lo que la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 1 en el sentido que para el contrato de orden 2, no acredita la constancia de desembolso, la certificación sin el debido otorgamiento en el exterior.

RESPUESTA INCO: Se observa en los folios 222 al 238 de la propuesta, que el proponente cumple con lo exigido en el numeral 3.6 del pliego de condiciones para este contrato de orden 2. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 1 en el sentido que para el contrato de orden 3 no acredita la calidad de quien suscribe la certificación de Bancolombia.

RESPUESTA INCO: Se observa que a folio 248 de la propuesta se observa el respectivo certificado de la Superintendencia Financiera donde se acredita debidamente el documento en los términos del Pliego de Condiciones. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 1 en el sentido que para el contrato de orden 4 no se encuentra la utilización de los recursos del endeudamiento en las certificaciones de Fiduprevisora, Caja Agraria y Corficolombia. Adicionalmente observa que no se acredita la idoneidad del firmante en el certificado de la entidad deudora BBVA a folio 283.

RESPUESTA INCO: A folios 283, 284, 287 y 288 se observa que el proponente cumple con lo requerido en el numeral 3.6 del Pliego de Condiciones para este contrato de orden 4. Por otro lado, a folio 283 no se encuentra el documento objetado por el observante. Por lo anterior la observación no procede.

Por todo lo anterior la calificación técnica del proponente se considera **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 2, CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL

El proponente acredita su participación en 4 proyectos de obras de infraestructura en el sector de infraestructura vial y sector de agua potable.

Numeral	Cumple (si o no)	Observaciones
3.6.9.a	si	
3.6.9.b	Si	
3.6.9.c	Si	
3.6.9.d	Si	

- Observaciones del proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA (Rad. 2010- 409- 015319-2): En el folio 393, formulario 3, Conoisa tiene participación del 1% y se relaciona con el 100% (certificación No. 4 no sea tenida en cuenta)

RESPUESTA INCO: R/ su solicitud no procede debido a que esta certificación no fue tenida en cuenta, pero aun así con los tres contratos restantes cumple con el numeral 3.6

- Para el contrato de Autovia Necaxa - Tihuatlan S.A. de C.V., debe actualizar el apostille de la certificación de la firma autorizada mediante la escritura 79860.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 allegan documento debidamente legalizado. Por lo anterior la observación se considera debidamente atendida.

- Para el contrato de Autovía Necaxa - Tihuatlan S.A. de C.V., debe allegar documento que acredite la capacidad del Lic. Gabriel Sánchez Ramírez para firmar la certificación en los términos del numeral 3.6.9, literal c del Pliego de Condiciones.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 allegan documento debidamente legalizado. Por lo anterior la observación se considera debidamente atendida.

- Para el contrato de Suministro De Agua De Querétaro S.A. De C.V., debe actualizar el apostille de la certificación de la firma autorizada mediante la escritura 79860.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 allegan documento debidamente legalizado. Por lo anterior la observación se considera debidamente atendida.

- Para el contrato de Suministro De Agua De Querétaro S.A. De C.V., debe allegar documento que acredite la capacidad del Lic. Alejandro Anaya Quiroz para firmar la certificación en los términos del numeral 3.6.9, literal c del Pliego de Condiciones.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 allegan documento debidamente legalizado. Por lo anterior la observación se considera debidamente atendida.

- Para el contrato de Concesionaria De Vías Irapuato Querétaro, S.A. De C.V. debe actualizar el apostille de la certificación de la firma autorizada mediante la escritura 79860.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 allegan documento debidamente legalizado. Por lo anterior la observación se considera debidamente atendida.

- Para el contrato de Concesionaria De Vías Irapuato Queretaro, S.A. De C.V. debe allegar documento que acredite la capacidad del Lic. Alejandro Anaya Quiroz para firmar la certificación en los términos del numeral 3.6.9, literal c del Pliego de Condiciones.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015314-2 de fecha 7 de julio de 2010 allegan documento debidamente legalizado. Por lo anterior la observación se considera debidamente atendida.

- Mediante radicado 2010-409-015321-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 4 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S. observa al proponente No. 2 CONSORCIO VIAS DE COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL en cuanto a la certificación de la entidad acreedora expedida por Banco Santander y la expedida por la entidad deudora no relacionan el contrato de concesión al cual fueron destinados los recursos.

RESPUESTA INCO: Verificada la certificación de la entidad acreedora (folios 213 a 222) y la entidad deudora (folios 224 a 228), no se evidencia a que contrato de concesión fueron destinados los recursos de la financiación acreditada. Por lo anterior la observación procede.

- Mediante radicado 2010-409-015321-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 4 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S. observa al proponente No. 2 CONSORCIO VIAS DE COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL en cuanto a la acreditación de la experiencia en financiación del contrato de concesión suscrito por la Sociedad Concesionaria ICA San Luis S.A. no cumple con lo requerido en el numeral 3.6.7 de los pliegos.

RESPUESTA INCO: La observación no procede, este contrato no se tuvo en cuenta para la evaluación de la acreditación de la experiencia en financiación de acuerdo con las facultades definidas en el numeral 3.6.4 del Pliego de Condiciones.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2 en el sentido que quien firma la certificación de la entidad deudora del contrato Concesión de Acueducto II Querétaro, Licenciado Gabriel Sánchez Ramírez no es la persona que aparece encabezando dicho documento. En el mismo sentido, el revisor fiscal firmante de dicha certificación no pareciera ser funcionario de

Mediante oficio 2010-409-015807-2 de fecha 13 de julio de 2010 este proponente No.2, manifiesta que allegará certificado de la entidad deudora debidamente suscrito de acuerdo con lo exigido en el Pliego de Condiciones.

RESPUESTA INCO: Se observa a folio 224 y 228 que efectivamente el nombre que aparece en el encabezado de la certificación de la entidad de deudora del contrato Concesión de Acueducto II Querétaro, no es el mismo que aparece firmando dicho documento, Licenciado Gabriel Sánchez Ramírez. Por lo anterior la observación procede y se considera que el proponente no ha acreditado el requisito del numeral 3.6.9 del Pliego de Condiciones.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2 en el sentido que quien firma la certificación de la entidad deudora del contrato Concesión de Acueducto II Querétaro, Alejandro Anaya Quiroz en su calidad de Revisor Fiscal por parte de la firma Galaz Yamazaki, Ruiz Urquiza S.C, no acredita su capacidad para firmar dicho documento.

Mediante oficio 2010-409-015807-2 de fecha 13 de julio de 2010 este proponente No.2, manifiesta que en oficio de RESPUESTA INCO a las observaciones al informe de evaluación remitieron la certificación en cuestión.

RESPUESTA INCO: Efectivamente no se encuentra en la propuesta que se haya acreditado la certificación de la entidad deudora del contrato Concesión de Acueducto II Querétaro, Alejandro Anaya Quiroz en su calidad de Revisor Fiscal por parte de la firma Galaz Yamazaki, Ruiz Urquiza S.C, en los términos del numeral 3.6.9 del Pliego de Condiciones. Por lo anterior la observación procede.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 2 en el sentido que en el contrato Concesión de Acueducto II Querétaro, no se acredita la calidad de representante legal de la firma Deloitte del señor Leonardo Ariza, como firmante de la certificación del revisor fiscal del concesionario en cuestión.

RESPUESTA INCO: Se observa que a folio 699 de encuentra una certificación suscrita por el señor Leonardo Ariza, que firma como representante legal de Deloitte. Dicha certificación no cumple con los requisitos del numeral 3.6.10 del Pliego de Condiciones, pues no acreditan la capacidad para firmar dicho documento. Por lo anterior la observación procede.

Por todo lo anterior, la calificación técnica del proponente es **ADMISIBLE**

PROPONENTE No 3, YUMA CONCESIONARIA S.A. (promesa de sociedad futura)

El proponente acredita su participación en 1 proyecto de obras de infraestructura en el sector de infraestructura vial.

Numeral	Cumple (si o no)	Observaciones
3.6.9.a	si	
3.6.9.b	Si	
3.6.9.c	Si	
3.6.9.d	Si	

- Observación de la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. (Rad. 2010-409-015331-2) Folio 206, formato 3, Contrato de concesión publica gratuita por peaje, la participación de Impregilo es del 19.82% de acuerdo a la información en la pag web de la concesión.

RESPUESTA INCO: No procede la solicitud debido a que la participación en el folio 264 donde se determina la composición accionaria de la sociedad Autopistas del Sol S.A. estipula que Impregilo S.p.A participa en un 26.94%

- Observación de VIAS DE COLOMBIA P.S.F. (Rad. 2010-409- 015425-2): Contrato 1 Concesión de obra publica gratuita por peaje. Discrepancia entre la fecha de suscripción del contrato folio 208 vs 239

RESPUESTA INCO: La solicitud no procede debido a que en el folio 208 establece que el contrato de concesión de obra publica se celebra en Buenos aires a los 27 días del mes de septiembre de 1993 y en el folio 239 expresa que se otorgo en septiembre de 1993

- Observación de la ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S (Rad. 2010-409-014326-2): folio 208, no obra valor del contrato incumpliendo 3.6.9d.

RESPUESTA INCO: en la transcripción del texto definitivo del contrato de Concesión no presenta el valor del mismo, pero el formato No 3 acredita que los montos totales desembolsados para la realización de las obras de construcción, remodelación, mejoras reparación y ampliación al acceso norte que une a Buenos aires con la zona Norte, el monto total desembolsado asciende a la suma de USD 380.000.000. folio 206

- La participación de IMPREGILO no cuenta con el porcentaje minimo para acreditar el 100% de la experiencia en el contrato Acceso norte a la ciudad de buenos Aires

RESPUESTA INCO: No procede la solicitud debido a que la participación en el folio 264 donde se determina la composición accionaria de la sociedad Autopistas del Sol S.A. estipula que Impregilo S.p.A participa en un 26.94%

- Allegar documento donde se verifique la situación de control de Impregilo Spa, sobre Impregilo International Infraestructures N.V.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 3 en el sentido que el proponente no acreditó la situación de control en el contrato de acceso norte a la ciudad de Buenos Aires. En caso que no se aceptara esta tesis, tampoco cumpliría con lo exigido en el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones puesto que Impregilo Spa había cedido el 30% del 26.94% que ostentaba sobre la Sociedad Autopistas del Sol (folio 368 de la propuesta). Lo anterior en virtud de las condiciones definidas en la primera emisión. En igual sentido,

cuestiona la cesión efectuada del 100% de las acciones de Impregilo Spa. a una sociedad controlada llamada Impregilo International Infrastructures N.V.

Mediante radicado 2010-409-015331-2 de fecha 7 de Julio el Proponente 5 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. observa en el Proponente 3 que la experiencia en concesiones aportada por Impregilo equivale a USD\$380.000.000 con una participación del 26.94%, y en la página web de la concesión aparece con una participación de 19.82% y por tanto no puede acreditar el 100% en experiencia.

Mediante radicado 2010-409-015766-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No. 3 argumenta sobre la participación directa de la empresa Impregilo Spa en el concesionario Sociedad Autopistas del Sol. En este sentido manifiesta que al momento de la primera emisión, Impregilo Spa ostentaba el 26,94% de participación en el concesionario atendiendo la estipulación del numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones. Manifiestan que los accionistas del concesionario no han prohibido enajenar sus acciones y en tal caso poder continuar certificando la experiencia de dicho concesionario. Argumentan que la transferencia de dominio fiduciario al Citibank no es lo mismo que la enajenación de las acciones para tratar de explicar que Impregilo Spa seguía teniendo la participación del 26,94% al momento de la primera emisión de los bonos.

RESPUESTA INCO: No se acepta la interpretación dada por el proponente No. 7 en el sentido que se debía acreditar la situación de control de Impregilo Spa sobre el concesionario en el caso que esta última fuera parte del concesionario que acredita la experiencia. Sobre este particular se observa que el numeral 3.6.7. del Pliego de Condiciones admite que en los casos que se pretenda acreditar la experiencia adquirida en asocio con un tercero, el proponente o miembro del proponente debería tener al menos el 20% y de esta forma accedería al 100% de la experiencia para acreditarla. Para el caso que nos atañe, Impregilo Spa ostentaba el 26,94% de las acciones de Autopistas del Sol (AUSOL), por lo que predica en este caso el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones.

Sin embargo, se observa que Impregilo Spa. había cedido al Citibank el 30% de su participación accionaria del 26,94% sobre las Sociedad Autopistas del Sol al momento de la oferta pública inicial. En efecto, el offering memorandum anexo a la propuesta a folios 236 y subsiguientes estipula: *“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 de la Sociedad sea depositado con un fiduciario con carácter irrevocable y definitivo, para ese propósito. **Los accionistas han entregado las acciones en fideicomiso a Citibank, N.A., sucursal Buenos Aires, como fiduciario.** En lugar de realizar una oferta secundaria de acciones, la Sociedad puede aumentar su capital social y realizar una oferta primaria de acciones. En este caso Citibank N.A., Sucursal Buenos Aires reintegrará las acciones reservadas en fideicomiso a los Accionistas Principales.”* (Subrayado fuera del texto).

Por otro lado, en la Cláusula Quinta del contrato de concesión aportado a folios 207 a 228 de la propuesta, se observa que el numeral 5.5 reza *“La concesionaria deberá cotizar las acciones representativas del treinta por ciento (30%) de su capital, en las Bolsas y Mercados de Valores del país, a fin de que sean ofrecidas en oferta pública en un plazo máximo de cinco (5) años. Dicha colocación deberá ser ampliada en los años sucesivos ante cada nuevo aumento de capital social a efectos de alcanzar dicho porcentaje...”*

De lo anterior se colige que todos los accionistas principales deberían ceder el 30% de sus acciones al fideicomiso del Citibank. hasta tanto no adelantaran una emisión primaria de acciones, como garantía de la oferta pública inicial. Por lo tanto, al ceder las acciones al Citibank, no se puede pretender acreditarlas como propias, puesto que estaban entregadas como garantía de unas obligaciones definidas en el Offering Memorandum que corresponden a obligaciones definidas en el propio contrato de concesión.

Y a continuación, en el numeral 5.7 de la Cláusula Quinta mencionada, se observa: *“5.7. Hasta tanto se cumpla lo dispuesto en la Cláusula 5.5. precedente, el treinta por ciento (30%) de las acciones que están sometidas a oferta pública serán objeto de transferencia de dominio fiduciario con carácter irrevocable y definitivo, por parte de la Concesionaria a un banco de primera línea que opere en el país, seleccionado por la Concesionaria del listado que suministrará la Autoridad de Aplicación...”*

Es por esto al momento de la oferta pública inicial, la empresa Impregilo Spa. ya no contaba con el 26,94% de la participación accionaria en el concesionario Sociedad Autopistas del Sol, sino con el 18,85%, inferior a todas luces al mínimo estipulado en el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones.

Por lo anterior la última parte de la observación procede y el proponente se encuentra **NO ADMISIBLE**.

- Debe corregir el Formato No. 3, puesto que el valor relacionado como financiación obtenida no corresponde a la colocación efectuada por parte de la empresa Impregilo S.p.A.

RESPUESTA INCO: Mediante radicados No. 2010-409-015303-2 de fecha julio 7 de 2010 y 2010-409-015766-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No. 3 aporta certificación emitida por Autopistas del Sol y su revisor fiscal PRICE WATERHOUSE & CO. S.R.L., corrigiendo el valor de la segunda emisión con vencimiento en el mes de agosto de 2009, siendo así, no es necesario corregir el formato No. 3.

- Mediante radicado 2010-409-15319-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 1, Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura observa a este proponente No. 3 en el sentido que el valor de financiación consignado en el Formato No. 3 acredita una experiencia en concesiones de concesiones de proyectos de infraestructura por un monto de US\$ 380.000.000, siendo que el valor correcto es US\$ 340.000.000.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7 Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 S.A.S. observa al proponente No. 3 en el sentido que el valor de financiación consignado en el Formato No. 3 acredita una experiencia en concesiones de concesiones de proyectos de infraestructura por un monto de US\$ 380.000.000, siendo que el valor correcto es US\$ 340.000.000.

RESPUESTA INCO: Este proponente fue requerido por esta observación, la cual fue subsanada mediante radicado No. 2010-409-015303-2 del 7 de Julio de 2010. Por tanto las observaciones no proceden.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7 Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 S.A.S. observa al proponente No. 3 en el sentido que no acreditó la capacidad del señor Rubén Vega para firmar la certificación de la entidad deudora en el contrato de financiamiento como revisor fiscal.

RESPUESTA INCO: La observación no procede toda vez que en el folio 354 (Acta No. 33 de fecha 22 de abril de 2010) presentado en la propuesta, se verifica que el señor Rubén Vega obra como Revisor Fiscal miembro de la firma Price Waterhouse & Co.

Por todo lo anterior, la calificación técnica del proponente es **NO ADMISIBLE**

PROPONENTE No 4, CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

El proponente acredita su participación en 1 proyecto de obras de infraestructura en el sector de infraestructura vial.

Numeral	Cumple (si o no)	Observaciones
3.6.9.a	si	

3.6.9.b	Si	
3.6.9.c	Si	
3.6.9.d	Si	

- Observación presentada por el proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA (Rad. 2010-409-015319-2): folios 292 y 445 la certificación los documentos firmados de manera ilegible

RESPUESTA INCO: No procede la solicitud efectuada ya que en el folio 298 y 451 respectivamente de la propuesta No 4 se presenta el documento de reconocimiento de firma que incluye los firmantes

- Observación presentada por el proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA (Rad. 2010-409-015319-2): folio 293 y 446 2 personas firman y no indican el cargo

RESPUESTA INCO: No procede la solicitud efectuada ya que en el folio 299 y 452 respectivamente de la propuesta No 4 se presenta el documento de reconocimiento de firma.

- Observación del proponente Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S. (Rad. 2010- 409-015331-2): Folio 409 y 412. Acredita un proyecto de infraestructura como subconcesión y no como concesión de acuerdo al 3.6.

RESPUESTA INCO: No procede la observación debido a que folio 412 estipula que Subconcessao integra la concepción, proyecto, construcción, exploración y conservación, sin cobro de peaje a los usuarios, de tramos de vía

- Mediante radicado 2010-409-15319-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 1, Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura observa a este proponente No. 4 en el sentido que no existe documento que acredite que el Banco Espíritu Santo de Inversión S.A. pueda actuar como Global Agent de la financiación acreditada.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 4 en el sentido que el Banco Espíritu Santo de Inversión S.A. no puede acreditar el paquete de financiación otorgado por un Sindicato Internacional de Bancos Comerciales, y que el Banco Europeo de Inversión no hace parte del Sindicato.

RESPUESTA INCO: Una vez revisada las declaraciones correspondientes a los Proyectos LUSOLISBOA-AUTOESTRADA DA GRANDE LISBOA S.A. y AENOR DOURO ESTRADAS DO DOURO INTERIOR S.A., emitidas por el Banco Espíritu Santo de Inversión S.A., y anexas a la propuesta; se comprueba que con dichos documentos, el proponente cumple con lo exigido en el numeral 3.6. del Pliego de Condiciones. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 4 en el sentido que la certificación firmada por el representante del Banco Espíritu Santo fue suscrito sin las capacidades necesarias.

Mediante radicado 2010-409-015615-2 de fecha 9 de julio de 2010 el proponente No. 4, PSF Concesión Vial del Caribe S.A., da RESPUESTA INCO a la observación presentada anteriormente por el proponente No. 6 en el sentido que en la propuesta a folios 313, 365 y 377 se aportan los documentos que acreditan la capacidad de los firmantes para la empresa Banco Espíritu Santo.

RESPUESTA INCO: Una vez revisada la RESPUESTA INCO dada por el proponente No. 4, se observa que se allega la debida documentación que acredita la condición de los firmantes por parte del Banco Espíritu Santo. Por lo anterior la observación no procede.

Sin embargo, el proponente no ha acreditado la situación de control sobre las experiencias acreditadas debidamente (ver capítulo jurídico), por lo que la calificación técnica del proponente se encuentra **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No 5, Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol S.A.S.

El proponente acredita su participación en 1 proyecto de obras de infraestructura en el sector de infraestructura de transporte de pasajeros o carga.

Numeral	Cumple (si o no)	Observaciones
3.6.9.a	si	Se debe solicitar se aclare la fecha del cierre financiero, ya que no aparece en los soportes, la fecha registrada en esta matriz corresponde al último desembolso pero no necesariamente es la fecha del cierre. Se debe solicitar se aclare el valor del contrato.
3.6.9.b	Si	
3.6.9.c	Si	
3.6.9.d	Si	

- Allegar el valor del contrato debidamente expresados en la moneda correspondiente, de acuerdo con el numeral 3.4. del Pliego de Condiciones.

RESPUESTA INCO: En el oficio de respuesta a las observaciones con numero de radicado 2010-409-015440-2 de 08/07/2010, No anexan los documentos soportes debidamente suscritos de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones. Solamente anexan un oficio suscrito por el cónsul de asuntos económicos y comerciales de la Embajada de la República de Corea, en la que los documentos tardaran siete (7) días en razón al tiempo necesario para apostillado y envío.

- Observación del proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA: Folio 350. Se encuentran 2 certificaciones emanadas del Korean Development Bank traducidas del inglés al español por un traductor no oficial. No se adjunta la certificación en el idioma coreano.

RESPUESTA INCO: las traducciones del ingles al español las efectúa el Señor Sergio Andrés Rueda Iglesias, traductor e intérprete oficial según consta en la Resolución No 0138 de febrero 11 de 2002 expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y del Coreano al español por el Señor Ho Sang Yoo, traductor e intérprete oficial según consta en la Resolución No 0163 de febrero 15 de 2002 expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho. – ESTE TEMA SE DEBE VERIFICAR CON EL GRUPO JURIDICO.

- Observación del proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA: Folio 558. contrato de concesión se hacen entre la compañía Incheon International Airport Railroad Co Ltda, mientras que la financiación folio 358, se hace para la compañía Incheon International Railroad Co Ltda.

RESPUESTA INCO: En el oficio de respuesta a las observaciones con numero de radicado 2010-409-015440-2 de 08/07/2010, Se anexan copia escaneada de la declaración de cambio de nombre en la que se certifica que ambas compañías son las mismas. Pero no anexan apostille, solamente anexan un oficio suscrito por el cónsul de asuntos económicos y comerciales de la Embajada de la República de Corea, en la que los documentos tardaran siete (7) días en razón al tiempo necesario para apostillado y envío. – ESTE TEMA SE DEBE VERIFICAR CON EL GRUPO JURIDICO.

- Observación del proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA: Folio 510. En el proyecto de Infraestructura que presenta Hyundai.la firma INCHEON INTERNATIONAL RAILROAD CO, LTD. Es parte de la compañía constructora del proyecto, mas no hace parte de la fase de operación y mantenimiento del Proyecto de Infraestructura, requisito necesario para ser habilitante como experiencia. La encargada de la operación y mantenimiento es la empresa AREX, que es otra compañía coreana, según se puede inferir de la pagina web <http://english.arex.or.kr/jsp/eng/index.jsp>

Rta Proponente: Mediante comunicación con Radicado INCO No 2010-409-015762-2 de julio 13 de 2010 (numeral 2 del numeral romano IV), el proponente aclara, de manera amplia y suficiente, la observación anterior

RESPUESTA INCO: La respuesta dada por el proponente es satisfactoria para la entidad, toda vez que es claro que Incheon International Airport Railroad Co. (IREX), Ltd. y Korail Airport Railroad Co., Ltd. (AREX) son la misma persona jurídica.

- Observación del proponente CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DEL SOL, Folio 349. El formato 3 no se evidencia firma por el representante legal.

RESPUESTA INCO: Verificado el sobre No 1 (Original) de la propuesta, se evidencia claramente que el formato No 3 (folio 0349) se encuentra debidamente suscrito por la Señora Diana Patricia Gil López, identificada con cedula de ciudadanía No 40.046.492 de Tunja (Boyacá), Representante Legal del Proponente.

- Observación del proponente CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA: FOLIO 514-562, el monto de la financiación incluye el material rodante. aclarar el monto de financiación.

RESPUESTA INCO: Efectivamente y según se evidencia en la traducción del contrato de concesión que se aporta como experiencia, en el numeral 13 (folio 0539) una de las obligaciones del concesionario es la de, al parecer, la fabricación y suministro del material rodante (dos tipos de trenes, expresos y de transbordo). Por lo anterior no es posible determinar si el valor certificado en el formato No 3 en el ítem, **valor de la financiación que se acredita**, incluye o no el valor del equipo rodante, al no tener certeza de dicho valor, es claro que de acuerdo a lo consagrado en el literal a) del numeral 3.6.8 de los pliegos, considerando que, *En todo caso se advierte a los Proponentes que 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.*

Réplica del Proponente: Mediante comunicación con Radicado INCO No 2010-409-015762-2 de julio 13 de 2010 (numeral 7 del numeral romano I), el proponente manifiesta: *"(...) Sobre este particular, con el mayor respeto nos permitimos recordarle al proponente que actualmente, bajo el nuevo régimen de contratación pública las modificaciones al Pliego de Condiciones exclusivamente se realizan a través de Adendas tal y como lo establece el artículo 7 del Decreto 2474 de 2008.*

En consecuencia, y conforme lo señala el numeral 3.6 y 3.6.9 del pliego de condiciones, la certificación expedida por la entidad deudora contiene toda la información requerida por la entidad contratante. (...)"

RESPUESTA INCO: (Julio 19 de 2010): La respuesta dada por el proponente no es satisfactoria para la entidad, toda vez que es claro que los pliegos de condiciones para el proceso licitatorio en comento establecen en el literal (tt) de la clausula 1.4 (Definiciones) la definición explícita de "Proyecto de

Infraestructura” que puede ser acreditado según lo contenido en la cláusula 3.6.3. Para lo que se establece que pueden ser acreditables contratos que contemplen “*Infraestructura de sistemas de transporte de pasajeros o carga (sin incluir material rodante) urbano e interurbano*” (negrilla nuestra), toda vez que en el formato 3 se registra el valor total de la financiación del contrato, en el que se presume se incluye también la financiación para el material rodante pues no hay aclaración al respecto, a pesar de que la entidad mediante oficio con Radicado INCO No 2010-409-009378-1 de julio 14 de 2010, solicito aclaración sobre este tema y que se otorgo como plazo máximo para presentar dicha aclaración hasta el día 19 de julio de 2010 a las 16:00 horas, reiteramos que según lo consagrado en el literal a) del numeral 3.6.8 de los pliegos de condiciones, considerando que, “*En todo caso se advierte a los Proponentes que 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.*” Por lo anterior esta Propuesta es **NO ADMISIBLE**.

- Observación del proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA: Agrega el observante que la oferta presentada por la promesa de contrato de sociedad Autopistas del Sol S.A.S. genera un condicionamiento de la oferta por cuanto a folios 0117 a 0136 se encuentran documentos que si bien están en idioma coreano sin constancia de traductor oficial al inglés y de esta al español, con la omisión de la apostilla lo que “implica el rechazo por las razones anteriormente señaladas”, se observa que tales documentos se refieren a distintos tipos de licencia, entre ellas la de construcción que fue expedida el 21 de agosto de 1997 y renovada el 22 de febrero de 2000.

Para el observante esta licencia “es un condicionamiento a la propuesta del proponente ya que el ejercicio de la actividad de construcción está sujeta a la consecución de un permiso por parte de la Alcaldía de Seul”. Agrega en el oficio que de acuerdo con el contenido de este documento la renovación de esta licencia se realiza cada tres (3) años, por lo tanto, a la fecha de presentación de la oferta no contaba con la autorización para ejercer este tipo de actividades. Por lo anteriormente expuesto da lugar al rechazo de la propuesta en aplicación de lo dispuesto en el numeral 7.6.1 del pliego de condiciones que estipula que se deberá rechazar una propuesta cuando se presente en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad.

RESPUESTA INCO: No es procedente la observación considerando que el proponente realiza la presentación de los documentos soportes de experiencia exigidos en los pliegos, y que los mismos no exigían la presentación o acreditación de los requisitos que tuviera para la ejecución del contrato que presenta como “experiencia”, como el caso de la presentación de licenciamientos de ninguna naturaleza incluida construcción. De la misma manera la presentación de dichas licencias vigentes o no, no son acápites para determinar que la propuesta presentada para la construcción del sector 3 de Ruta del Sol, está supeditada y/o subordinada a algún requisito, condición o modalidad, tal y como establece el numeral 7.6.1. de los pliegos de condiciones.

- Observación del proponente VIAS DE COLOMBIA P.S.F.: Contrato Korean National Railroad. Formato 3 no está firmado folio 349.

RESPUESTA INCO: Verificado el sobre No 1 (Original) de la propuesta, se evidencia claramente que el formato No 3 (folio 0349) se encuentra debidamente suscrito por la Señora Diana Patricia Gil López, identificada con cedula de ciudadanía No 40.046.492 de Tunja (Boyacá), Representante Legal del Proponente.

- Observación del proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S: Proyecto del ferrocarril del aeropuerto internacional de Incheon no hay documento original en ingles o coreano apostillado

RESPUESTA INCO: Verificado el sobre No 1 (Original) de la propuesta, se evidencia claramente que se anexa original de la traducción al castellano debidamente apostillado (folios del 0511 al 0554). Igualmente se anexa el contrato en Coreano debidamente apostillado (folios del 0555 al 0595).

- Debe allegar certificado del registro comercial o documento idóneo expedido por autoridad competente, donde conste el número de registro comercial de la entidad acreedora, pues difieren los números de registro comercial consignados en los folios 358, 352 y 360.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, informan que se aportarán los documentos antes de la adjudicación del presente contrato. Sin embargo, mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 aclaran la situación y la observación se considera debidamente atendida.

- Debe allegar la traducción de los documentos debidamente efectuada, pues no coincide la traducción efectuada para la Entidad acreedora, en una parte aparece KOREA DEVELOPMENT BANK y en otra parte aparece Banco Industrial de Korea.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, allegan documento en el que se explica y subsana lo anteriormente señalado

- Debe allegar nuevamente la certificación expedida por la Entidad acreedora, donde se consigne claramente (i) el nombre de la entidad deudora, (ii) el número o el objeto el contrato financiado, (iii) el monto del cierre financiero el endeudamiento otorgado, (iv) los valores y fechas de los desembolsos y (v) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento que corresponden específicamente para el contrato relacionado (en este último punto, en caso de no disponer de número de contrato, se debe relacionar el objeto del mismo). Todo lo anterior en los términos del numeral 3.6.9, literal (b) del Pliego de Condiciones.

Mediante radicado 2010-409-015769-2 de fecha 13 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 5 en el sentido que no aportó el original del documento en cuestión, sino una copia escaneada sin el requisito de los Pliegos de Condiciones y hasta que no lo aporte no debe ser admisible.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, aporta certificación de la entidad acreedora. Sin embargo, mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 allegan la documentación debidamente legalizada y la observación se considera debidamente atendida.

- Debe aclarar la diferencia existente entre la certificación expedida por la entidad acreedora y el acta de acuerdo de fecha 27/10/2004 anexa a folios 374 a 378 de la propuesta en cuanto al nombre y número de registro mercantil de la entidad acreedora.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010 y radicado 2010-409-015762-2 de fecha 13 de julio de 2010, aportarán la certificación mencionada antes de la adjudicación del presente contrato. Sin embargo, mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 allegan la documentación debidamente legalizada y la observación se considera debidamente atendida.

- Debe allegar nuevamente la certificación de la entidad deudora debidamente suscrita por los representantes legales en los términos del literal (c) del numeral 3.6.9 del Pliego de Condiciones puesto que se presentan inconsistencias en el contenido de la propuesta en cuanto al nombre e identificación exacta de dicha entidad.

Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 5 en el sentido que el certificado de la entidad

deudora no es suscrito por el deudor INCEHON INTERNATIONAL RAIL ROAD LTD, sino por los presuntos representantes legales del MAP.

Mediante radicado 2010-409-015762-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 5, argumenta que Sr. Kim, Joong Kyum tiene las facultades para suscribir los documentos en cuestión.

Mediante oficio 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 este proponente No.2, allega la certificación de la entidad deudora en los términos del numeral 3.6.9 del Pliego de Condiciones.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, allega declaración juramentada con respecto al cambio del nombre o denominación social y en la certificación allegada se aclara la inconsistencia. Mediante 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 el proponente allega la documentación solicitada por lo que se considera atendido el requerimiento.

- Mediante radicado 2010-409-015321-2 del 7 de julio de 2010, el proponente No. 4 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESION VIAL DEL CARIBE S.A.S observa al proponente No. 5 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPISTA DEL SOL S.A.S el documento que con el cual pretenden acreditar KORAIL AIRPORT RAILROAD CO. LTDA participo en el cierre financiero como entidad deudora, no obra firma del revisor fiscal o auditor o vicepresidente financiero o su equivalente como lo exige el pliego de condiciones en el numeral 3.6.9 literal c.

Mediante radicado 2010-409-015762-2 de fecha 7 de julio de 2010, este proponente No. 5 replica la observación anterior, en el sentido que aportarán la certificación de la entidad deudora antes de la adjudicación.

RESPUESTA INCO: Verificada la certificación de la entidad deudora folios 397 y 398, y como se constata en el folio 403, dicha certificación viene suscrita únicamente por el Presidente Gerente General Sr. Kim, Joong Kyum. Sin embargo, mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 allegan la documentación debidamente legalizada y la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 5 en el sentido que en la certificación de la entidad acreedora no es posible establecer la competencia del firmante de dicho documento del Korean Development Bank.

Mediante radicado 2010-409-015762-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 5, informa que dicha documentación será aportada antes de la adjudicación.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, el proponente No. 5, allegó certificación requerida por la entidad que contiene (i) el nombre de la entidad deudora, (i) el número o el objeto el contrato financiado, (iii) el monto del cierre financiero el endeudamiento otorgado, (iii) los valores y fechas de los desembolsos y (iv) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento que corresponden específicamente para el contrato relacionado. Sin embargo, mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 allegan la documentación debidamente legalizada y la observación se considera debidamente atendida.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 5 en el sentido que la certificación de la entidad acreedora no especifica cuál es el contrato de concesión financiado y el destino de la financiación adquirida.

RESPUESTA INCO: Mediante radicado No. 2010-409-015440-2 de fecha 8 de julio de 2010, el proponente No. 5, allegó certificación requerida por la entidad que contiene (i) el nombre de la entidad deudora, (i) el número o el objeto el contrato financiado, (iii) el monto del cierre financiero el endeudamiento otorgado, (iii) los valores y fechas de los desembolsos y (iv) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento

que corresponden específicamente para el contrato relacionado. Sin embargo, mediante radicado 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010 allegan la documentación debidamente legalizada y la observación se considera debidamente atendida.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010, el proponente No. 7 PSF-Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS observa a este proponente No. 5 en el sentido que no acredita la situación de control sobre INCHEON INTERNATIONAL RAILROAD LTD.

REPSUESTA INCO: De acuerdo con el numeral 3.6.7 del Pliego de Condiciones, los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros, siempre que la participación en dicha figura asociativa hubiere sido de al menos el veinte (20%). En el caso que nos ocupa, el miembro del proponente posee el 27% sobre INCHEON INTERNATIONAL RAILROAD LTD. Por lo anterior la observación no procede

Por todo lo anterior, la calificación técnica del proponente es **NO ADMISIBLE**

PROPONENTE No 6 VÍAS DE COLOMBIA P.S.F.

El proponente acredita su participación en 4 proyectos de obras de infraestructura en el sector de infraestructura de vías y transporte masivo

Numeral	Cumple (si o no)	Observaciones
3.6.9.a	si	
3.6.9.b	Si	
3.6.9.c	Si	
3.6.9.d	Si	En la certificación allegada para el contrato de orden No. 2 no es posible verificar la fecha de suscripción del contrato. No incluye copia del contrato ni certificación para el contrato 3 relacionado en el FORMATO 3

- Para el contrato de Metro Ligerito Pozuelo y Boadilla S.A., favor aclarar por qué la certificación del deudor esta suscrita por la sociedad Metro Ligerito Oeste S.A., y la certificación de la Entidad Acreedora manifiesta que el crédito fue otorgado a dicha empresa.

RESPUESTA INCO: Teniendo en cuenta que en el numeral 3.6.4. se indica: "Los proponentes podrán acreditar hasta cuatro (4) contratos todos los cuales serán evaluados por el INCO durante la etapa de evaluación de las propuestas y corresponderá al INCO determinar cual o cuales de las opciones descritas en el numeral 3.6.3. se cumplen con los contratos acreditados." y dado que el proponente ha subsanado las observaciones para efectos de claridad únicamente, se ratifica que la calificación técnica se adelanta con base en el contrato de orden número 1 toda vez que este cumple con todos los requerimientos exigidos por el pliego de condiciones para acreditar la experiencia exigida en el numeral 3.6. "Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura" En razón a lo anterior, la calificación técnica es ADMISIBLE.

- Observación del proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S - Rad 2010 409 015326-2

RESPUESTA DEL INCO: Se aclara al observante que la calificación técnica se adelanta con base en el contrato de orden número 1 toda vez que este cumple con todos los requerimientos exigidos por el pliego de condiciones para acreditar la experiencia exigida en el numeral 3.6. "Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura", por lo cual se da respuesta únicamente a las observaciones realizadas sobre este contrato.

- Observación del proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S - Rad 2010 409 015326-2. En el cuerpo del contrato de concesión correspondiente al proyecto Circuito Mexiquense, no obra el valor del mismo

RESPUESTA INCO: A Folio 350 de la propuesta presentada se indican las condiciones financieras del contrato.

- Mediante radicado 2010-409-015523-2 de fecha 9 de julio de 2010, el proponente No. 1, Zona 3 Ruta del Sol – PSF, observa a este proponente No. 6 en el sentido que no cuenta con las certificaciones aportadas por las entidades financieras otorgantes de los créditos referidos para acreditar la experiencia en financiación.

Mediante radicado No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 6 replica la observación efectuada por el proponente No. 1, en el sentido que a folios 531 de la propuesta se observa la facultad que tienen los apoderados del Banco Santander para suscribir los documentos aportados para acreditar la experiencia. De igual forma la firma Arturo Platt. En igual sentido replica el tema de las unidades de fomento y que no hay conversión. Lo mismo para el Formato 3 y la certificación de la entidad deudora que no coincide en los valores de los desembolsos. Que el certificado de la entidad deudora no viene firmado por el ente jurídico que contrajo la deuda sino por un tercero.

RESPUESTA INCO: Una vez revisada la propuesta, se encuentra que las certificaciones expedidas y anexas a la propuesta para acreditar la experiencia en financiación, cumplen con lo exigido en el Pliego de Condiciones, en los términos del numeral 3.6.9. Lo anterior teniendo en cuenta radicado No. 2010-409-015810-2 de fecha 13 de julio de 2010.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 6 en el sentido que quien firma la certificación de la entidad deudora del contrato de Circuito Mexiquense S.A., el señor Leonardo Ariza no acredita su capacidad para suscribir el documento en el que firma Sergio Vargas como auditor en su calidad de Revisor Fiscal por parte de la firma Galaz Yamazaki, Ruiz Urquiza S.C.

Mediante radicados No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010 y No. 2010-409-015758-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No.6 allega documento que acredita la capacidad del señor Leonardo Ariza para suscribir el documento en cuestión.

RESPUESTA INCO: Se acepta la explicación dada por el proponente No. 6 mediante radicados No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010 y No. 2010-409-015758-2 de fecha 13 de julio de 2010.

- Mediante radicado 2010-409-015326-2 de fecha 7 de julio de 2010 el proponente No. 7, PSF Concesionaria Ruta del Sol Sector 3 SAS, observa a este proponente No. 6 en el sentido que en los contratos Camino Internacional Ruta 60 Chile, Proyecto Metro Ligero del Oeste y Proyecto Autopistas Eje Aeropuerto, las certificaciones de la entidad acreedora no vienen suscritas debidamente.

Mediante radicado No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 6 explica la calidad de los apoderados que suscribieron las acciones respectivas.

Mediante radicado No. 2010-409-015758-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No.6 explica y allega documentos que subsanan la observación anterior.

RESPUESTA INCO: Se acepta la explicación dada por el proponente No. 6 mediante radicados No. 2010-409-015717-2 de fecha 12 de julio de 2010 y No. 2010-409-015758-2 de fecha 13 de julio de 2010. Sin embargo se aclara que el proponente cumplió los requisitos habilitantes con el contrato de orden 1, aplicando las facultades del INCO de acuerdo con el numeral 3.6.4.

Por todo lo anterior, la calificación técnica del proponente es **ADMISIBLE**

PROPONENTE 7, ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.

El proponente acredita su participación en 4 proyectos de obras de infraestructura en el sector de infraestructura vial y transporte de hidrocarburos.

Numeral	Cumple (si o no)	Observaciones
3.6.9.a	Si	
3.6.9.b	Si	
3.6.9.c	Si	
3.6.9.d	Si	
3.6.10	Si	
3.6.11	Si	
3.6.12	Si	
3.6.13	Si	
3.6.14	Si	

- Observaciones del proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, Rad 2010-409-015354-2: A folio 407, este proponente No. 7 presenta como experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura como experiencia No. 3 la construcción financiera para la construcción del Oleoducto de los Llanos S.A.

Como quiera que el Pliego de condiciones en su numeral 3.6 estipula que en todo caso dicha experiencia únicamente será válida si el Proponente o MAP de la Estructura Plural era parte del contrato de Concesión de Proyectos de Infraestructura acreditado en el momento de que dichos cierres financieros tuvieron lugar, se colige de la información aportada por este Proponente No. 7 que Corficolombiana, en calidad de MAP, no cumple dichos requisitos de ser parte o accionista de Oleoducto de los Llanos S.A.

RESPUESTA INCO: El pliego para acreditar requisitos habilitantes establece en su numeral 3.5.1. que los miembros de las estructuras plurales pueden presentar los requisitos de su matriz siempre que se demuestre la situación de control tal como lo prevé el literal a del numeral 3.5.2, es decir a través del certificado de existencia y representación legal del proponente. En consonancia con lo anterior a 3230 de la propuesta el certificado de existencia y representación legal de CORFICOLMBIANA S.A. registra “..SE HA CONFIGURADO UNA SITUACION DE CONTROL POR PARTE DE LA SOCIEDAD MATRIZ: CORPORACION FINANCIERA COLOMBIANA S.A. PUDIENDO UTILIZAR LAS SIGLAS CORFICOLMBIANA SA O CORFICOL SA, RESPECTO DE LAS SIGUIENTES SOCIEDADES SUBORDINADAS:- ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL SAS Y PODRA USAR LA SIGLA EPISOL SAS”. Por lo que queda debidamente acreditada la situación de control que permite a EPISOL acreditar los requisitos habilitantes de su matriz tal como lo establece el pliego de condiciones. Por lo anterior no se acepta la observación y no procede.

- Observaciones del proponente VIAS DE COLOMBIA S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, Rad 2010-409-015425-2: Numeral 6.2.1. Observación realizada al contrato de orden 1 Contrato de Concesión No. 003/ARTESP/2009 Corredor Dom Pedro. Numeral 6.2.1.1 El contrato no incluye construcción de carreteras incumpliendo el objeto del contrato folio 627

RESPUESTA INCO: De acuerdo a los folios 616 a 690, es claro que el objeto del contrato incluye la ampliación del sistema de carreteras en concesión. Lo que incorpora todas las actividades que involucran la construcción de carreteras.

En el folio 627 se establece que el objeto del concesión: “La concesión tiene por objeto la explotación del sistema de carreteras, comprendiendo en los términos del contrato: Ejecución, gestión y fiscalización de los servicios delegados...”. Por lo tanto la objeción no es admisible.

- Observaciones del proponente VIAS DE COLOMBIA S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, Rad 2010-409-015425-2: Numeral 6.2.1.3 La certificación de la entidad deudora no señala que el préstamo fue de manera exclusiva al contrato folio 538

RESPUESTA INCO: En el folio 538 se establece el objeto del contrato entre Concessionaria Rota das Bandeiras S.A. y la concesión de financiación. Objeto “cubrir las obligaciones provenientes del termino de contrato de concesión Rodoviaria No. 003/ARTESP/2009” que coincide con el contrato en el folio 616. Por lo tanto la objeción es no admisible.

- Observaciones del proponente VIAS DE COLOMBIA S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, Rad 2010-409-015425-2: Numeral 6.2.2 Observación realizada al contrato de orden 2 y 3 Proyecto interoceánico, Tramos 2 y 3. Numeral 6.2.2.1 La financiación presentada para el proyecto en cuestión, no cumple con lo dispuesto en el numeral 3.6.3 del Pliego de Condiciones, no fue una financiación bancaria ni del mercado de capitales folios 984 a 1279 y 2055 a 2352. Numeral 6.2.2.2 Las certificaciones de las entidades deudoras (desembolsos) no incluyen fechas ni valores de colocación como lo exige el pliego de Condiciones en el numeral 3.6.9 8 (c).

RESPUESTA INCO: En el folio 691 se certifica que los fondos tienen como destinación exclusiva la financiación de la ejecución de los tramos 2 y 3 del proyecto Corredor vial Interoceanico Sur, Perú-Brasil. En los folios 1806 y 1807 se certifican los desembolsos y fechas del tramo 2. En los folios 729 y 730 se certifican los desembolsos y fechas del tramo 3. Por lo tanto la objeción es no admisible.

- Observaciones del proponente VIAS DE COLOMBIA S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, Rad 2010-409-015425-2 Numeral 6.2.3 Observación realizada al contrato de orden 4 Estructuración Financiera del Proyecto a través de una emisión de títulos a través de la constitución del patrimonio autónomo ODL – ECOPETROL, contrato No. BI-004-030409. Numeral 6.2.3.1 El contrato que se pretende acreditar no es un proyecto de infraestructura pues no comprende la operación.

RESPUESTA INCO: en el pliego de condiciones, numeral 1.4 (tt) esta específicamente la definición de un proyecto de infraestructura, en los folios 2967 establece que se trata de un contrato de participación público-privado representado en la sucursal de una sociedad extranjera, en el folio 2971 el objeto del contrato en el punto 2.1 establece que el objeto es el transporte de hidrocarburos, de acuerdo con el reglamento de operación y transporte de ODL. En los folios 2967 y 2968 se establece que el contrato incluyó los componentes de operación y mantenimiento. En el folio 2849 se establece que se incluyó el componente de construcción del oleoducto. Por lo tanto la objeción es no admisible.

- Observaciones del proponente VIAS DE COLOMBIA S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, Rad 2010-409-015425-2 Numeral 6.2.3.2 El numeral 3.6.2 establece las condiciones que debe cumplir el Proyecto de Infraestructura con el que se pretende acreditar la experiencia. CORFICOLOMBIANA en calidad de MAP de la estructura plural, no hace parte del Contrato visible a folios 2967 a 2977 con el cual se pretende acreditar la experiencia en financiación de concesión de Proyectos de Infraestructura.

RESPUESTA INCO: El pliego para acreditar requisitos habilitantes establece en su numeral 3.5.1. que los miembros de las estructuras plurales pueden presentar los requisitos de su matriz siempre que se demuestre la situación de control tal como lo prevé el literal a del numeral 3.5.2, es decir a través del certificado de existencia y representación legal del proponente. En consonancia con lo anterior a 3230 de la propuesta el certificado de existencia y representación legal de CORFICOLOMBIANA S.A. registra “..SE HA CONFIGURADO UNA SITUACION DE CONTROL POR PARTE DE LA SOCIEDAD MATRIZ: CORPORACION FINANCIERA COLOMBIANA S.A. PUDIENDO UTILIZAR LAS SIGLAS CORFICOLOMBIANA SA O CORFICOL SA, RESPECTO DE LAS SIGUIENTES SOCIEDADES SUBORDINADAS:- ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL SAS Y PODRA USAR LA SIGLA EPISOL SAS”. Por lo que queda debidamente acreditada la situación de control que permite a EPISOL acreditar los requisitos habilitantes de su matriz tal como lo establece el pliego de condiciones. Por lo tanto la objeción no es admisible

- Observaciones del proponente VIAS DE COLOMBIA S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, Rad 2010-409-015425-2 Numeral 6.2.3.3 A folio 2847 aparece una certificación sobre el destino de los recursos de la colocación para la “construcción de un oleoducto”, objeto del contrato que se pretende acreditar como Proyecto de Infraestructura. Sin embargo, en el folio 2850 se señala que los recursos de la colocación son para la construcción de la fase 2 del oleoducto que solo comprende la estación de bombeo. Posteriormente, a folio 2909 consta que, para la fecha de la colocación de los títulos, el oleoducto ya está terminado, es decir, que su construcción no fue financiada con los recursos provenientes de la colocación.

RESPUESTA INCO: De acuerdo a los folios 2909, grafico, se demuestra que la fase de construcción del proyecto, la cual incluye la estación de bombeo, la fecha de inicio del contrato de financiación es el 15 de abril de 2009, el único desembolso, de acuerdo con el folio 2850 y 2851, se realizó el 1° de octubre de 2009, y la fecha de finalización de la construcción del oleoducto (el cual incluye la estación de bombeo) fue enero de 2010. Por lo tanto la objeción es no admisible.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 7 en el sentido que la certificación del acreedor de la financiación del contrato de orden 1 no cumple con lo exigido en el numeral 3.6.9 del Pliego de Condiciones.

Mediante radicado 2010-409-015706 de fecha 12 de julio de 2010 y 2010-409-015706-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 7 explica que la certificación que se allega del Banco Santander S.A. el mismo actúa en calidad de financiador líder y que Pentágono Trust es el agente administrativo. De igual forma a folio 538 de la propuesta se encuentra el convenio de la apertura de crédito para cubrir las obligaciones del contrato de concesión.

RESPUESTA INCO: Se acepta la explicación dada por el proponente No. 7 en el sentido que dicha forma de acreditación es válida a la luz del Pliego de Condiciones. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 7 pues la certificación de la entidad deudora del contrato de orden 1 no señala que los recursos hayan sido dedicados de manera exclusiva al contrato de concesión.

Mediante oficio radicado mediante correo electrónico de fecha 9 de julio de 2010, el proponente No. 7 manifiesta que a folios 480, 432 y 518, se encuentra el contrato de crédito donde se evidencia la relación de los desembolsos y su fecha de ocurrencia, así como el respectivo contrato.

RESPUESTA INCO: A folio 538, el auditor Price Waterhouse Cooper`s certifica la destinación de los recursos para el contrato en cuestión. Por lo anterior, y teniendo en cuenta la aclaración del proponente No. 7, la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015425-2 de fecha 8 de julio de 2010 el proponente No. 6, Vías de Colombia SAS – PSF, observa a este proponente No. 7 en el sentido que los contratos de orden 3 y 4 no cumplen con las condiciones de financiación del Pliego de Condiciones.

Mediante radicado 2010-409-015706 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 7 en el sentido que la financiación de dichos contratos no es una financiación bancaria.

RESPUESTA INCO: De acuerdo con el numeral 3.6.4 del Pliego de Condiciones, *“...durante la etapa de evaluación de las Propuestas corresponderá al INCO determinar cuál o cuáles de las opciones descritas en el numeral 3.6.3 cumplen con los contratos acreditados.”* De acuerdo con la evaluación realizada, el INCO determinó que con el primer y/o el segundo contrato cumplen los requisitos del Pliego de Condiciones. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado 2010-409-015354-2 el proponente No. 1, Zona 3 Ruta del Sol S.A. observa a este proponente No. 7 en el sentido que el contrato de financiación del oleoducto de los llanos S.A. no se puede presentar como experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura.

Mediante radicado 2010-409-015706 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 7 argumenta que dicha experiencia si puede ser acreditada de acuerdo con lo definido en el Pliego de Condiciones. De igual forma que dicha experiencia ha sido traída de la matriz de la empresa EPISOL, Corficolombiana.

REPSUESTA: Se acepta la explicación dada por el proponente No.7 a esta observación. Sin embargo se aclara que con el contrato de orden No. 1 este proponente acredita dicha la experiencia en concesiones. Por lo anterior, la observación del proponente No. 1 no procede.

Por todo lo anterior, la calificación técnica del proponente es **ADMISIBLE**.

3. RESUMEN DE LA EVALUACION

No. de Orden	PROPONENTE	CAPACIDAD JURIDICA	EVALUACION GARANTÍAS	CAPACIDAD FINANCIERA	EXPERIENCIA TECNICA	CALIFICACION FINAL
1	ZONA 3 RUTA DEL SOL PSF	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	NO ADMISIBLE
2	CONSORCIO VIAS DE LA COMPETIVIDAD	NO ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE
3	YUMA S.A. PSF	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	NO ADMISIBLE
4	CONCESION VIAL DEL CARIBE PSF	NO ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	NO ADMISIBLE
5	AUTOPISTA DEL SOL S.A.S. PSF	NO ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	NO ADMISIBLE
6	VIAS DE COLOMBIA S.A. PSF	NO ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE
7	CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S PSF	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE

FACTOR DE PONDERACIÓN APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL.

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	%	PAÍS	RECIPROCIDAD	PUNTAJE
7	CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SECTOR 3 S.A.S.PSF	CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT	25,00 %	BRASIL	SI	100
		ODEBRECHT INVESTEMENTOS	30,02 %	BRASIL	SI	
		EPISOL SAS	35,00 %	COLOMBIA		
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	9.98%	COLOMBIA		

COMITÉ EVALUADOR