



Bogota, D C , 16 de Julio de 2013

Señores
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI
SR WILLMAR DARIO GONZALEZ BURITICA
 Calle 26 N° 59-51 – 4 Torre B Piso 2
 Ciudad

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
 Rad No 2013-409-027741-2
 Fecha 16/07/2013 13 47 59->703
 OEM SALINI
 Anexos SIN ANEXOS



REFERENCIA PROCESO DE PRECALIFICACIÓN N° VJ-VE-IP-010-2013
MANIFESTACIÓN DE INTERES IMPREGILO S p A - SALINI S p A

ASUNTO RESPUESTA A LAS OBSERVACION PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACION

Respetados Señores

FRANCESCO STOPPONI, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de Apoderado Comun en la manifestacion de interes presentada por las Sociedades IMPREGILO S p A y SALINI S p A, en el marco del proceso de precalificacion de la referencia, me permito presentar respuesta a las observaciones enviadas por los demas interesados del proceso de la referencia al informe de verificacion de requisitos habilitantes publicado por la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante la "ANI")

Por favor encuentren a continuacion nuestras respuestas a cada una de las observaciones realizadas respecto a la manifestacion de interes presentada por IMPREGILIO SPA / SALINI SPA

I Observaciones presentadas por la Estructura Plural Autopista Perimetral de Cundinamarca SPV

1 "OBSERVACIÓN PRELIMINAR"

Al respecto se resalta que los actos de apoderamiento no cumplen con las formalidades de ley para que tenga efectos en la actuacion administrativa (conformacion de lista de precalificados) En efecto, el articulo 5° del Decreto 019 de 2012 por medio del cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y tramites innecesarios existentes en la Administracion Publica, establece

"Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones, los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir mas documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones, ni notas de presentacion personal sino cuando la ley lo ordene de forma expresa, o tratandose de poderes especiales En tal virtud, las autoridades deberan proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demas recursos, procurando el mas alto nivel de calidad en sus actuaciones y la proteccion de los derechos de las personas

IMPREGILO S p A –SALINI S p A
 Avenida Carrera 45 N° 122 56 Piso 7°
 Edificio Argenta Barrio Santa Barbara
 Bogotá D C

Tel + 57 1 6 20 26 26
 Fax + 57 1 6 29 20 09
 E mail impregilo_spa@impregilo.com.co



Adicionalmente, de conformidad con el literal b) de numeral 2 2 1 de la invitacion a Precalificar "los integrantes de la Estructura Plural deberan constituir un apoderado comun con capacidad de obligar a cada uno de sus integrantes, en los terminos de la presente Precalificacion y quien sera para todos los efectos el interlocutor valido ante la ANI durante el desarrollo del sistema de Precalificacion"

Como se ve, los terminos de la invitacion disponen que los integrantes de las estructuras plurales debe conferr poder a un apoderado comun para los efectos previstos en el literal señalado Dicho poder debe contar con el reconocimiento notanal de presentacion personal de quienes confieren el mandato como lo establece el articulo 5° del Decreto 19 de 2012 Por lo anterior, al no conferirse el poder especial a los apoderados comunes en cumplimiento de los requisitos legales (nota de presentacion personal ante notario de los mandantes), estos no cuentan con capacidad juridica de representacion para presentar la propuesta, por lo que la misma debe ser rechazada Lo anterior de conformidad con el numeral 5 11 de la Invitacion a Precalificar, denominada "Manifestaciones de Interes No Habiles"

Respuesta Respecto a esta observacion es importante tener en cuenta que la ANI establecio el requisito de apoderado comun, con el alcance previsto en el articulo 2142 del Codigo Civil y no conforme a lo establecido en el articulo 65 del Codigo de Procedimiento Civil, de tal forma que el articulo 5 del Decreto 019 de 2012 no es aplicable, ya que el apoderado comun no es para efectos judiciales sino para la representacion en el proceso de precalificacion de la referencia, de tal forma que no era necesano la formalidad de presentacion personal en el acto de apoderamiento

Al respecto es importante recordarle al observante que la ANI ya aclaro dicha observacion en los procesos de precalificacion VJ-VE-IP-001-2013 y VJ-VE-IP-002-2013, al manifestar lo siguiente, en el informe final de evaluacion de requisitos de capacidad juridica, capacidad financiera, experiencia en inversion y matriz de observaciones y contra observaciones, publicado el pasado 25 de junio de 2013 en los siguientes terminos

"En cuanto al acto de apoderamiento, es importante precisar varios conceptos, en primer lugar la ANI establecio el requisito del apoderado comun, con el alcance previsto en el articulo 2142 del codigo civil, de acuerdo con el cual "ARTICULO 2142 El mandato es un contrato en que una persona confia la gestion de uno o mas negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera "La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario " En segundo lugar, es importante aclarar que los poderes que de acuerdo con la ley, requieren formalidades especiales, son los poderes especiales de mandatarios judiciales, de acuerdo con lo establecido por el articulo 65 del codigo de procedimiento civil, que dispone lo siguiente "ARTICULO 65 PODERES Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, solo podran conferirse por escritura publica En los poderes especiales, los asuntos se determinaran claramente, de modo que no puedan confundirse con otros "El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura publica o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda "Los poderes o las sustituciones de estos podran extenderse en el exterior, ante Consul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello, en este ultimo caso su autenticacion se hara en la forma establecida en el articulo 259 "Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el consul que lo autentica o ante quien se otorgue hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendran por establecidas estas circunstancias De la misma manera se procedera cuando quien confiere el poder, sea apoderado de otra persona " Acorde con las normas anteriormente transcritas, y teniendo en cuenta que la ANI señalo, al responder las observaciones, en la matriz tres de respuestas juridicas, publicada el 17 de abril de 2013, el siguiente contexto "El apoderado comun de la estructura plural es quien representa a sus integrantes y debiera ser designado en el anexo 1 de la Invitacion a Precalificar, sin que se requiera mayores formalidades o solemnidades a la que este suscrito por todos los miembros de la estructura plural, en la medida que es un documento de origen privado que regula las relaciones de quien lo suscribe" Se concluye que la



ANI establecio el requisito del apoderado comun, con el alcance previsto en el articulo 2142 del codigo civil y no con el establecido en el articulo 65 delCodigo de Procedimiento Civil, y por lo tanto, el articulo 5 del decreto 019 de 2012 no es aplicable, porque en este caso, el apoderado era un representante de los integrantes de la estructura plural, pero no para los efectos de la representacion judicial, para los cuales la ley exige la formalidad de la presentacion personal. Ademas que dicha norma articulo 5 del decreto 019 de 2012, se debe entender en el sentido de que las autoridades no deben efectuar exigencias adicionales a las que la ley haya establecido, por cuanto ha señalado de manera expresa que esa norma es aplicable para poderes judiciales. Asi las cosas, el acto de apoderamiento a traves del anexo UNO, no requiere formalidad alguna distinta a la de la firma de los representantes de los integrantes, por cuanto esa fue la instruccion planteada en la invitacion a precalificar y en sus anexos "

Por tanto el apoderado comun de IMPREGILO S p A y SALINI S p A cumple con los requisitos de la manifestacion de interes para la presente precalificacion

En consecuencia, solicitamos a la ANI desestimar la observacion presentada

2 "5 1 Observaciones Juridicas

5 1 1 A folio 719 de la propuesta se encuentra el certificado de Existencia y Representacion Legal de la sociedad IMPREGILO S p A sucursal Colombia, la cual fue inscrita el 14 de agosto de 1991 en la Camara de Comercio de Bogota. Al respecto se resalta que IMPREGILO S p A solo puede obligarse con la Agencia Nacional de Infraestructura y con los demas miembros de la Estructura Plural de la cual hace parte, a traves de su sucursal en Colombia, y no directamente, por cuanto el reconocimiento de la existencia y representacion legal de esta sociedad en el pais se hace a traves de su sucursal inscrita. Adicionalmente, el numeral 3 4 3, es claro en señalar que las personas juridicas extranjeras con sucursal en Colombia deben adjuntar el Certificado de Existencia y Representacion Legal expedido por la Camara de Comercio del lugar de su domicilio, en el cual se verifique su capacidad juridica y representacion

Adicionalmente, la vigencia de la sucursal Colombia no cumple con la vigencia exigida en la invitacion por cuanto su duracion va hasta el 14 de junio de 2031

Por lo anterior, habida cuenta que IMPREGILO SPA pretende presentarse directamente, desconociendo de esta forma que ha establecido una sucursal en Colombia, no cumple con los requisitos de capacidad juridica previstos en el numeral 3 4 3 de la invitacion a Precalificar. Por lo anterior, la propuesta debe ser declarada como no habil, condicion que por afectar la capacidad del manifestante para obligarse, no puede subsanarse "

Respuesta Al respecto de los comentarios efectuados por la Estructura Plural Autopista Perimetral de Cundinamarca SPV, antes transcritos muy respetuosamente manifestamos lo siguiente

En la INVITACION A PRECALIFICAR numeral 1 2 41 se definio "SPV" así

Es la sociedad de objeto unico que debera ser constituida de conformidad con las leyes colombianas por parte de los Integrantes de la Estructura Plural o por parte de los Manifestantes Individuales que presenten la Oferta, en caso de resultar Adjudicatarios del Contrato. Dicha constitucion se debera realizar de manera previa a la suscripción del Contrato y su objeto consistira en la celebracion y ejecucion del mismo (Subrayas fuera del texto original)





En la INVITACION A PRECALIFICAR numeral 2 2 ESTRUCTURAS PLURALES literal (c) subnumeral (i) se señalo

*(c) Tratandose de Estructuras Plurales, todos y cada uno de los Integrantes deberan tener en cuenta que
(i) En caso de resultar Adjudicatarios, y como condicion para la suscripcion del Contrato, deberan constituir un SPV.*

De conformidad con lo antes expuesto, resulta evidente que la ANI, consagro como condicion indispensable en caso de resultar adjudicatario para suscribir el contrato, que las Estructuras Plurales tendrian el deber de constituir un SPV

Ahora bien, es indudable que la Estructura Plural Autopista Perimetral de Cundinamarca SPV, desconoce que las Sucursales tienen limitada la capacidad de ejercicio por ser simples Establecimiento de Comercio y por lo tanto por si solas no poseen la capacidad para adquirir derechos y obligaciones y, en consecuencia, no estan facultadas para ser accionistas de una sociedad como lo imponen los documentos de la Invitacion a Precalificar

Al respecto la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en diferentes oportunidades con relacion a que No es juridicamente viable que las Sucursales de Sociedades Extranjeras sean socios o accionistas en sociedades por lo que en el concepto 220-071133 del 14 de Diciembre de 2005, reitero lo siguiente

() resulta claro que aunque las sucursales de sociedades extranjeras a la luz del regimen cambiario de acuerdo con el articulo 2 del Decreto 1735 de 1993, se consideren residentes, ello no les da la condicion de personas juridicas y por ende no pueden ser socios o accionistas de sociedades comerciales o civiles (articulo 2079 delCodigo Civil) (Subrayas fuera del texto original)

Con el objeto de profundizar en el tema es del caso transcribir integramente el Concepto 220-085115 de septiembre 16 de 2010 donde la Superintendencia de Sociedades reitero

“ASUNTO Una sucursal de sociedad extranjera no tiene capacidad para adquirir acciones o cuotas en sociedades colombianas o extranjeras (Subrayas fuera del Texto Original)

Me refiero a su comunicacion radicada con el numero 2010-01-180715, mediante la cual formula las siguientes consultas

“1 En concepto 220-45979 del 18 de agosto de 2006 proferido por su Despacho se indica que una sucursal de sociedad extranjera “adquiere la posibilidad de desarrollar las actividades que con clauda y concrecion le señale la casa matriz, en el acto que autoriza su incorporacion”

¿Si en el acto de incorporacion de la sucursal colombiana, la casa matriz señala clara y concretamente que dentro de las actividades a desarrollar por la sucursal se encuentra la de ser socio o accionistas de sociedades colombianas o extranjeras, podra la sucursal adquirir a nombre propio acciones o cuotas de cualquier sociedad colombiana o extranjera?

2 En caso afirmativo, ¿Cual es el procedimiento cambiario a seguir? ¿Se considera una inversion colombiana en el exterior?”





Sobre el particular, previo a la respuesta a su consulta, se considera del caso, primero, precisar que a partir del acto de incorporación, la sociedad extranjera no es una sucursal colombiana como equivocadamente se afirma en su escrito, sino una sucursal de sociedad extranjera como claramente lo indica el artículo 470 del Código de Comercio, y segundo poner de presente algunos de los apartes del referido concepto, contenidos en el oficio 220-45979 del 18 de agosto de 2006, para anticipar que no existe una posible respuesta afirmativa a la inquietud a la que hace mención su consulta (Subrayas fuera del texto original)

Oficio 220-45979 del 18 de agosto de 2006

*"Efectuada la precisión que antecede, resulta claro que la adquisición de acciones por parte de la sucursal ya establecida en Colombia, **si constituye inversión extranjera de la casa matriz**, bajo la modalidad de compra de acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa, operación que desde luego esta sujeta a registro por parte del Banco de la República, en los términos del Decreto 2080 de 2000, modificado por el Decreto 1844 del 2 de julio de 2003*

Lo anterior, toda vez que aunque el principio de igualdad en el trato al que alude en su comunicación, previsto en el artículo 2 del Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, por virtud del cual la inversión de capital del exterior en Colombia debe ser tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes, unifique el tratamiento de los efectos de la inversión nacional o extranjera en el país, tal principio no modifica las condiciones que regulan la celebración de los contratos, toda vez que la capacidad de la sociedad extranjera como persona jurídica no se transfiere en forma autónoma a la sucursal incorporada al país, pues ésta adquiere la posibilidad de desarrollar las actividades que con claridad y concreción le señale la casa matriz, en el acto que autoriza su incorporación (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Así lo confirman las condiciones de incorporación al país de una sucursal de sociedad extranjera en Colombia, las que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 497 del Código de Comercio, están señaladas en el título VIII del Código de Comercio, denominado "de las sociedades extranjeras", precepto que además dispone "En lo no previsto se aplicaran las reglas de las sociedades colombianas

Asimismo estarán sujetas a el todas las sociedades extranjeras, salvo en cuanto estuvieren sometidas a normas especiales" y del que se desprende que las condiciones de claridad y concreción de las actividades que conforman el objeto social de una sociedad en Colombia, a las que por disposición del artículo 472 del mismo código, deben ajustar su objeto las sucursales, no comporta una connotación diferente de la señalada Vale decir, que de tal asimilación, no puede inferirse que la sucursal de una sociedad extranjera ostente la capacidad legal de una sociedad constituida de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 110 de la misma codificación (La negrilla no es del texto)" (Subrayas fuera del Texto original)

Efectuadas las consideraciones que anteceden, resulta claro que la sucursal de una sociedad extranjera no tiene la capacidad para adquirir a nombre propio acciones o cuotas en una sociedad colombiana o extranjera, por no ser persona jurídica distinta de la casa matriz, jurídicamente investida de la capacidad para llevar a cabo ese negocio (Subrayas y negrillas fuera del Texto original)

Por lo anterior, el integrante del manifestante Impregilo S p A, se presenta con su Casa Matriz y NO con su Sucursal en Colombia, porque únicamente es la Casa Matriz quien puede dar cumplimiento a lo consagrado en los numerales 1 2 41 y 2 2, dado que es la Matrz quien tiene la capacidad para adquirir derechos y obligaciones y, por lo tanto, para adquirir acciones o cuotas en una sociedad colombiana como es el caso de la SPV que la Invitación a Precalificar señala



Ademas, resulta clara la intencion de la ANI, en concordancia con la normativa vigente y los conceptos señalados, al solicitar la constitucion de un SPV de objeto unico para las Estructuras Plurales, entre otras razones, porque las Sociedades Extranjeras accionistas de una sociedad colombiana, no requieren constituir una sucursal en el pais, tema este que tambien ha sido tratado ampliamente y en reiteradas ocasiones por la Superntendencia de Sociedades, como en efecto fue tratado en el Oficio 220-134993 Del 26 de Noviembre de 2012 donde señalo

"ASUNTO Una sociedad extranjera, accionista de una sociedad colombiana, no requiere constituir una sucursal en el pais

()

Vemos como a la luz de lo señalado en el articulo 471, la obligacion de abrir una sucursal, se presenta unica y exclusivamente, cuando una sociedad extranjera realiza de manera directa en el pais negocios que tenga caracter permanente, valga decir, es preciso que sea la persona juridica la que una vez autorizada por su organo social, protocolice, entre otros, en una notaria, la resolucion o acto que acuerdo su establecimiento en Colombia, expresando en el mismo lo señalado el articulo 472 idem

Ubicados en el escenario anterior, frente a sus inquietudes, basta solo tener en cuenta las normas citadas, para afirmar que al participar una sociedad extranjera como simple accionista de una sociedad colombiana, valga decir, que tiene participacion directa en la conformacion del capital social de la misma, no requiere establecer en el pais una sucursal, pues no existe norma legal que lo consagre (Subrayas fuera del texto original)

Cosa diferente seria que una sociedad extranjera, como lo dispone el mencionado articulo 471, deseara emprender negocios permanentes en el pais, para lo cual se requeriria la apertura de una sucursal

Por lo tanto, la obligacion de contar o emplear la Sucursal establecida en el pais para ejecucion de actividades permanentes, no resulta aplicable al caso concreto, dado que en el evento de resultar adjudicatarios de la Licitacion, no sera la Casa Matriz quien podra ejecutar el Contrato a traves de su Sucursal en Colombia, sino el SPV que sea constituido por los miembros de la Estructura Plural

Por otra parte es claro que en los folios comprendidos del 000083 al 000126, se encuentra el certificado de existencia y representacion legal de Impregilo S p A expedido par la Camara de Comercio de Milan donde es posible verificar su existencia y representacion legal, de tal forma que nuevamente la observacion presentada no tiene fundamento

De igual forma, es claro que quien debe cumplir con la vigencia minima de la sociedad exigida en la Invitacion, es la Sociedad Matrz, porque ese es el proponente y su existencia es la que permite la existencia de la Sucursal, no a la inversa

Por demas, es importante igualmente recordarle al observante que esta observacion ya fue resuelta por la ANI en los procesos de precalificacion VJ-VE-IP-001-2013 y VJ-VE-IP-002-2013, al manifestar lo siguiente, en el informe final de evaluacion de requisitos de capacidad juridica, capacidad financiera, experiencia en inversion y matriz de observaciones y contra observaciones, publicado el pasado 25 de junio de 2013 en los siguientes terminos



"La sociedad que se presenta como integrante de la estructural plural es Impregilo S p A por lo tanto es claro que si bien dicha sociedad tiene una sucursal en Colombia, no es esta ultima la que integra la estructura plural. Además es importante precisar que si bien la precalificación hace alusión a las sucursales en cuanto a que las sociedades extranjeras que tengan sucursal en Colombia podían presentarse por medio de su sucursal, también es claro que en la precalificación no se establece como obligación que la sociedad extranjera tenga que presentarse a la precalificación por medio de su sucursal. Así las cosas es claro que Impregilo S p A es quien integra la estructural plural y por lo tanto no es cierto que la misma solo pueda obligarse por medio de la sucursal"

Realizada la revisión de la información contenida en la Manifestación de interés, se encuentra que la sucursal de Impregilo S p A no tiene que cumplir con el requisito establecido en la invitación en cuanto a la vigencia que deben tener las sociedades que participen en estas precalificaciones, por cuanto la misma no es quien se está presentando en la precalificación. Así las cosas es Impregilo S p A quien debe cumplir y cumple con dicho requisito, situación que ha sido verificada "

Por lo antes expuesto, resulta claro que la propuesta presentada por Impregilo SpA/Salini SpA cumple completamente con los requisitos de la invitación a precalificar y, por lo tanto, la observación de la Estructura Plural Autopista Perimetral de Cundinamarca SPV es improcedente.

Atentamente,

FRANCESCO STOPPONI
C E N° 254997 de Bogotá
Pasaporte N° YA1745495
Apoderado Comun