

Bogotá D.C., 3 de marzo de 2008

Doctor  
**FERNANDO SANCLEMENTE ALZATE**  
Director General  
UAEAC  
Ciudad

**ASUNTO: Informe del Grupo de Evaluación y Calificación de las propuestas correspondientes a la Licitación Pública No. 7000132-OL de 2007.**

Respetado Doctor Sanclemente,

Por medio del presente documento los miembros del Grupo de Evaluación y Calificación designado mediante Resolución No. 00106 del 17 de enero de 2008, por la cual “*Se designan los miembros del Grupo de Evaluación y Calificación para la Licitación Pública No. 7000132-OL de 2007*”, en ejercicio de sus funciones y en desarrollo de los numerales 1.4 y 3.5.2 del Pliego de Condiciones hacen entrega oficial del Informe de Evaluación final y definitivo de las seis propuestas presentadas en la Licitación No. 7000132-OL de 2007.

El día 17 de enero de 2008, fecha establecida para el cierre de la Licitación No. 7000132-OL de 2007 se presentaron los siguientes proponentes:

1. Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A.
2. Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.
3. Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeroportuario de Colombia S.A.
4. Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.
5. Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A. – CAO S.A.
6. Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. – OACN S.A.

En la evaluación y calificación de las propuestas presentadas por los anteriores proponentes, se verificó el cumplimiento de los requisitos legales, técnicos y financieros establecidos en el Capítulo 2 del Pliego de Condiciones, así como el contenido de los diferentes documentos soporte incorporados a las propuestas, así como las observaciones y contraobservaciones presentadas por los Proponentes con el fin de determinar la elegibilidad de las mismas. El informe considera, así mismo, la comunicación DP 070 del 29 de febrero de 2008, suscrita por el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Viceprocurador General de la Nación, con la cual remite el documento que, sobre el acompañamiento preventivo, produjo la Procuraduría en cabeza de las asesoras del Despacho del Procurador, doctoras Marcela Castillo Herrera y Gloria Stella Martín Contreras.

Para una mayor claridad, el presente Informe se dividirá en dos partes:

1. Análisis de observaciones y contraobservaciones.
2. Cuadro resumen.

Desarrollo:

## **INFORME DE EVALUACIÓN FINAL Y DEFINITIVO DE LOS DOCUMENTOS PARA LA EVALUACIÓN**

### **I. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANTECEDENTES:**

El presente informe de evaluación corresponde al Informe de Evaluación final y definitivo de los Documentos para la Evaluación contenidos en cada una de las seis (6) Propuestas presentadas dentro de la LICITACION PUBLICA No. 7000132-OL de 2007, el cual ha considerado las observaciones y las contraobservaciones que, dentro de la oportunidad prevista en el Pliego de Condiciones, cada uno de los Proponentes radicó ante las dependencias de la Aerocivil.

Los siguientes Proponentes presentaron, dentro del término establecido por el Pliego de Condiciones, Observaciones al Informe de Evaluación Preliminar:

<b>PROPONENTE</b>	<b>FECHA DE RADICACIÓN</b>
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008	30 de enero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.	29 y 30 de enero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeroportuario de Colombia S.A.	29 de enero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.	29 de enero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A.	29 y 30 de enero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A.	29 de enero de 2008

Los siguientes Proponentes presentaron, dentro del término establecido por el Pliego de Condiciones, Contraobservaciones al Informe de Evaluación Preliminar:

<b>PROPONENTE</b>	<b>FECHA DE RADICACIÓN</b>
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008	1 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.	4 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeroportuario de Colombia S.A.	1 y 4 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.	1 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A.	4 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de	1 de febrero de 2008

<b>PROPONENTE</b>	<b>FECHA DE RADICACIÓN</b>
Aeropuertos Centro Norte S.A.	

Con base en lo previsto en el numeral 3.2 del Pliego de Condiciones y en concordancia con lo establecido en el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, la Aerocivil solicitó aclaraciones a cada uno de los Proponente en comunicaciones enviadas a cada uno de ello así:

<b>PROPONENTE</b>	<b>FECHA DE RADICACIÓN</b>
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008	7 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.	7 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeroportuario de Colombia S.A.	7 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.	7 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A.	7 y 11 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A.	7 de febrero de 2008

Las solicitudes de aclaraciones de la Aerocivil fueron contestadas por cada uno de los Proponentes así:

<b>PROPONENTE</b>	<b>FECHA DE RADICACIÓN</b>
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008	15 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.	15 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeroportuario de Colombia S.A.	15 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.	11 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A.	15 de febrero de 2008
Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A.	15 de febrero de 2008

Con fecha 29 de febrero de 2008, la Aerocivil recibió la comunicación DP 070 suscrita por el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Viceprocurador General de la Nación, con la cual remite el documento que, sobre el acompañamiento preventivo, produjo la Procuraduría en cabeza de las asesoras del Despacho del Procurador, doctoras Marcela Castillo Herrera y Gloria Stella Martín Contreras.

De acuerdo con la información anterior, la Aerocivil pasa a considerar cada una de las observaciones, contraobservaciones y aclaraciones presentadas, así:

**I. OBSERVACIONES, CONTRA OBSERVACIONES Y ACLARACIONES DE CADA UNO DE LOS PROPONENTES:**

**1. OBSERVACIONES PRESENTADAS A LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A., SUS CONTRA OBSERVACIONES Y ACLARACIONES:**

**1.1. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS S.A.:**

**1.1.1. DEL AVAL EXIGIDO POR LA LEY 842 DE 2003:**

**OBSERVACIÓN:** Dado que el Contrato de Concesión objeto de la Licitación incluye el desarrollo de actividades que implican el ejercicio de la ingeniería, la Propuesta debió contar con el aval de un ingeniero en los términos del artículo 20 de la ley 842 de 2003, razón por la cual la Propuesta debe ser rechazada.

**CONTRA OBSERVACIÓN:** El objeto de la Licitación no constituye una actividad de ingeniería en los términos definidos por la ley 842 y, por tanto, no hay lugar a la exigencia del aval de que trata el artículo 20 de la ley 842 de 2003. Así mismo, el Pliego no exigió el aval aludido.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Se considera que el objeto de la Licitación es la selección de un adjudicatario para la celebración de un Contrato de Concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los Aeropuertos. Si bien la ejecución del Contrato de Concesión ciertamente implica la realización de construcciones y remodelaciones como actividad consecencial, lo cierto es que su objeto principal no lo constituye una actividad catalogada como de ejercicio de la ingeniería, tal como lo indica la ley 842 de 2003. Así mismo, en desarrollo de lo anterior, el Pliego no exigió expresamente el requisito aludido y no resultaría procedente, en modo alguno, exigir el cumplimiento de un requisito que no se incluyó en el texto del Pliego. Por las anteriores consideraciones, no se acepta la observación.

Esta posición acoge el concepto de la Procuraduría que sobre el tema concluyó que la actividad específica que constituye el objeto de la Licitación no requiere el ejercicio de la ingeniería y que, en todo caso, en el Pliego no se hizo exigencia alguna sobre el particular.

**1.1.2. OBJETO SOCIAL DE CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** El objeto social de la Corporación América Sudamericana no cumple con lo establecido por el numeral 2.2.1.2 ordinal (ii) por cuanto el mismo permite a la sociedad prestar cualquiera de los servicios directos o conexos o complementarios a la industria aeroportuaria. Por lo anterior, la propuesta debe ser rechazada.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Según el Proponente, la industria aeronáutica es diferente a la aeroportuaria y el objeto social de la Corporación América Sudamericana no contiene ninguna actividad aeronáutica ya sea como principal o complementaria.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité comparte las consideraciones expresadas en las contraobservaciones en el sentido que una es la actividad aeronáutica y otra la aeroportuaria en la medida en que esta última se refiere a operación, explotación y administración de aeropuertos, que es precisamente la actividad requerida para ejecutar la Concesión. En este orden de ideas, el Comité considera que el objeto social de la Corporación América Sudamericana cumple cabalmente con el requisito del Pliego contenido en su numeral 2.2.1.2 ordinal (ii) pues en ninguna parte del mismo se incluye como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga y, por tanto, se desestima la observación presentada.

Se acoge en este punto el concepto de la Procuraduría que concluye que las actividades aeronáuticas y aeroportuarias son diferentes.

### **1.1.3. LÍMITES DEL MANDATO CONFERIDO POR CORPORACIÓN AMÉRICA S.A. Y A LA CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que el mandato conferido por la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. solamente facultó al mandatario para asociar a sus mandantes con personas jurídicas y no con personas naturales. Dado que la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. (folios 131 y 132 y 136 y 137) finalmente se asociaron con una persona natural, concluye el observante que el mandatario actuó por fuera de los límites del mandato otorgado. Así mismo, afirma el Proponente observante que, de acuerdo con el numeral 2.1 del Pliego, solamente existen tres posibilidades para participar en la licitación, a saber: personas jurídicas nacionales o extranjeras, consorcios o uniones temporales y promesas de sociedad futura.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente que la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. no limitaron la capacidad de actuación de su apoderado dentro de la Licitación y, al efecto, citan el ordinal (xii) de ambos poderes el cual, en su opinión, faculta al apoderado para suscribir todos los actos, contratos o convenios que surjan con ocasión de la Licitación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité coincide con la Contraobservación en el sentido que no encuentra que los poderes otorgados por la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. impidan o limiten la participación de éstas sociedades en Propuestas presentadas bajo la modalidad de Promesas de Sociedad Futura integradas, como uno de sus promitentes, por una persona natural. En efecto, los poderes otorgados por la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. incluyen efectivamente los ordinales (xi) y (xii) que facultan al apoderado, con las más amplias facultades, para representar a las poderdantes ante cualquier ente privado, y aquí sin limitación a las personas jurídicas, en relación con la Licitación.

Así mismo encuentra el Comité que en ningún aparte del Pliego se limitó la participación de las personas naturales como integrantes de una promesa de sociedad futura y, por tanto, la participación del Ingeniero Huertas Cotes como promitente resulta admisible a la luz de la ley de la Licitación.

Por todo lo anterior, se desecha la observación.

#### **1.1.4. ACTAS DE LOS DIRECTORIOS DE CORPORACIÓN AMÉRICA S.A. Y CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Encuentra el Proponente observante que las actas del directorio de las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. no cumplen con lo dispuesto por el numeral 2.2.1.2 del Pliego al no encontrarse consularizadas por los cónsules de Colombia en Panamá y en Argentina.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Según la contraobservación, en el numeral 2.2.1.2 del Pliego se otorgó la facultad a los Proponentes de autenticar los documentos otorgados en el extranjero mediante la legalización consular o por el sistema de la Apostilla. Dado que las actas aludidas fueron apostilladas, la observación no es conducente.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Encuentra el Comité que las actas a que se alude en la observación (folios 134, 135, 139 y 140) fueron incorporadas en escrituras públicas de cuya autenticidad da fe un Notario Público y que, luego de ello, la autenticidad de la firma y el título con que ha actuado el firmante se encuentran avalados con la Apostilla. El Pliego ciertamente otorga a los Proponentes la facultad de optar por el sistema de la Apostilla para avalar la autenticidad de los documentos otorgados en el extranjero, sistema de autenticación de documentos que entró a regir en Colombia el 30 de enero de 2001. En consecuencia, encuentra el Comité que las actas presentadas fueron debidamente autenticadas por el sistema de la Apostilla, por funcionario argentino competente y, en tal medida, la observación es desechada.

#### **1.1.5. CONSULARIZACIÓN O APOSTILLA DE CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Se afirma que todos los documentos presentados por la Corporación América Sudamericana S.A. vienen apostillados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Argentina y que, siendo ella una sociedad panameña, resulta ajeno que sea la República Argentina la que apostille los documentos por no ser el país emisor de los mismos, con lo cual se incumple los requisitos de validez de los documentos presentados, exigidos por el Pliego y la Ley.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el oferente que no le asiste la razón al observante pues el origen de los documentos no es Panamá sino la República de la Argentina y, en tal medida, el procedimiento de la Apostilla se ajusta a las disposiciones del Convenio de La Haya.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité es claro que el Proponente observante confunde el país de domicilio de la sociedad Corporación América Sudamericana S.A. con el país de origen de los documentos públicos cuestionados, que es la República Argentina. En tal sentido, para el Comité es claro que los documentos cumplen con los requisitos previstos en la Convención sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961, del cual son parte tanto Colombia como Argentina. Por lo anterior, se desecha la observación.

#### **1.1.6. CAPACIDAD LEGAL DE LA SOCIEDAD MH PAVIMENTOS S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Según el Proponente observante, los estatutos de la sociedad MH Pavimentos S.A. incluyen una limitación que implica que la celebración de cualquier contrato cuya cuantía exceda de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes debe ser autorizada por la Asamblea de Accionistas. Teniendo en cuenta que la cuantía de la presente Licitación excede los dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la autorización de la Junta Directiva al representante legal no es el documento idóneo para autorizarlo para participar en la Licitación y, por tanto, la Propuesta debe ser declara como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Proponente indica que no comparte la interpretación que el observante hace de los estatutos sociales pues la Junta Directiva actuó en ejercicio de sus facultades estatutarias pues, como lo ordena el artículo 438 del Código de Comercio y lo ratifica la doctrina, se presume que la Junta Directiva tiene atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre acto o contrato comprendido en el objeto social.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó como aclaración la presentación de una copia auténtica de los estatutos vigentes de MH Pavimentos S.A., documento que fue entregado a la Aerocivil junto con la carta fechada el 15 de febrero de 2008. Revisados los estatutos vigentes de la sociedad, para el Comité es claro que, según los estatutos sociales de MH Pavimentos S.A., la Junta Directiva es el órgano societario idóneo para autorizar al representante legal la celebración de actos o contratos cuando su cuantía exceda de los dos mil (2.000) SMLMV. Dado que con la propuesta se adjuntó copia del acta (folios 20 y 21) donde consta la autorización otorgada por la Junta Directiva al representante para participar en la Licitación en la que se establece la facultad de *“comprometer a la sociedad sin límite de cuantía, por cualquier obligación que se origine con la adjudicación de la Licitación Pública 7000132 OL de 2007”*, la observación se desecha.

Se acoge en este punto el concepto de la Procuraduría que concluye que la autorización de la Junta Directiva de MH Pavimentos S.A. al Representante Legal se encuentra de conformidad.

#### **1.1.7. DE LOS CERTIFICADOS DE PAGOS PARAFISCALES:**

**OBSERVACIÓN:** Señala el Proponente Observante que los Integrantes del Proponente no certificaron que se encontraban al día en sus pagos a la seguridad social y en los aportes parafiscales durante los seis meses anteriores a la fecha de presentación de la Propuesta y, por tanto, su Propuesta debe ser no elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Indica el Proponente en su respuesta a la observación que, de acuerdo en el numeral 2.2.5 del Pliego, los promitentes, en el caso de Propuestas presentadas bajo la modalidad de Promesa de Sociedad Futura, deberán acreditar que para la fecha de apertura de la Licitación estaban al día en sus obligaciones con la seguridad social y con el pago de aportes parafiscales en Colombia. En tal sentido, todos los promitentes de nacionalidad colombiana acreditaron estar al día en sus obligaciones con la seguridad social y con el pago de aportes parafiscales en Colombia y, aquellos promitentes extranjeros sin sucursal establecida en Colombia, acreditaron que, para la época aludida, no tenían empleados en Colombia.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité encuentra que efectivamente, de acuerdo con el numeral 2.2.5 del Pliego, la certificación aludida sobre pagos a la seguridad social y aportes parafiscales debió acreditar que los promitentes estaban al día para la fecha de la apertura de la Licitación. Para el Comité es claro, así mismo, que si los integrantes del Proponente estaban al día en sus pagos a la seguridad social y aportes parafiscales para la fecha de apertura de la Licitación evidentemente también lo estaban seis (6) meses antes de dicha fecha. Se advierte que el Pliego no exigió, en relación con las aludidas certificaciones, que ellas dieran fe del cumplimiento de las obligaciones para la fecha de entrega de las Propuestas sino lo exigió para la fecha de apertura de la Licitación. Revisada la Propuesta de Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A., cada uno de los promitentes presentó las certificaciones ajustándose a lo exigido por el Pliego de Condiciones (folios 179 a 192) en su numeral 2.2.5, de tal suerte que este Comité encuentra que la observación planteada es infundada.

## **1.2. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPUERTOS DE COLOMBIA S.A.:**

### **1.2.1. SOBRE EL CONTRATO DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el Proponente observante que la promesa de sociedad no cumple con los requisitos exigidos por el Artículo 110 del Código de Comercio pues en los estatutos de la sociedad prometida no se incluye el domicilio social. Esta omisión hace que la Propuesta no cumpla con los requisitos exigidos por el numeral 2.2.1.5 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Indica el Proponente en su respuesta a la observación planteada que en la cláusula 8 del Contrato de Promesa se dispone que el domicilio de la sociedad prometida será la ciudad de Medellín y que, dado que el contrato de promesa y los estatutos de la sociedad prometida conforman un mismo documento, el requisito exigido por el artículo 110 del Código de Comercio sobre el domicilio social se encuentra cumplido.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité es claro que dentro del Contrato de Promesa presentado con la propuesta del Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A. se incluye una cláusula, la octava (folio 152), en la que se acuerda por los promitentes que el domicilio social de la sociedad prometida es la ciudad de Medellín. Siendo ello así, no encuentra este Comité la falencia a la que alude el Proponente observante y, por tanto, la observación presentada se desecha.

#### **1.2.2. SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL DE MH PAVIMENTOS S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Según el Proponente observante, la sociedad MH Pavimentos S.A. no acreditó su capacidad legal para participar en la Licitación pues la autorización otorgada al representante legal por la Junta Directiva para participar en la Licitación excede las facultades de la Junta. Por lo anterior, se debe declarar la Propuesta como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Proponente repite la misma defensa resumida en el numeral 1.1.6 de este escrito.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité, con base en las consideraciones expresadas en el numeral 1.1.6 de este escrito, desecha la observación presentada.

#### **1.2.3. CALIFICACIÓN FINANCIERA Y TÉCNICA:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que, sobre el patrimonio de las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A., existen contingencias relacionadas con la suscripción de un acuerdo entre la sociedad Aeropuertos Argentina 2000 S.A. y la Nación Argentina. En ese orden de ideas, la contingencia afectaría al Proponente en dos sentidos, de un lado se afectaría su elegibilidad desde el punto de vista de la capacidad financiera pues de materializarse la contingencia se afectaría el patrimonio neto de las sociedades aludidas y, por el otro, se afectaría su elegibilidad desde el punto de vista de la acreditación técnica y de experiencia pues, de materializarse la contingencia, la Nación Argentina entraría como accionista de la sociedad Aeropuertos Argentina 2000 S.A. con lo cual se diluiría la participación de los demás accionistas de la dicha sociedad, incluido el accionista Corporación América Sudamericana S.A., que es precisamente el integrante del Proponente que acredita el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia requeridos por el Pliego, trayendo ello como consecuencia el incumplimiento por parte del Proponente de lo requerido en el numeral 2.4.1. del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Argumenta el Proponente en su respuesta a la observación formuladas, que ella no procede dado que encuentra su fundamento en supuestos o potencialidades de hechos no ocurridos. Afirma, así mismo indica que el Proponente acreditó el cumplimiento de los requisitos financieros y técnicos y de experiencia con los documentos requeridos por Pliego y que su contenido está amparado por la buena fe.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Proponente ciertamente acreditó el cumplimiento de los requisitos financieros y técnicos y de experiencia requeridos por el Pliego con los documentos que el mismo Pliego indicaba. En desarrollo del principio constitucional de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, el Comité, de un lado, otorga plena credibilidad a los balances auditados de las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. y a las certificaciones del revisor fiscal y, del otro, no puede desconocer la certificación expedida por el ORSNA – Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos pues se trata de un documento emitido por una entidad estatal extranjera que al Comité otorga plena confianza y credibilidad y que, de paso, está amparado por la presunción de veracidad y legalidad. Siendo ello así, encuentra el Comité que el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A. incluyó la documentación idónea requerida por el Pliego para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros y técnicos y de experiencia y, por ello, desecha la observación.

### **1.3. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A.**

#### **1.3.1. CONTRATO DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el Proponente observante que la promesa de sociedad no cumple con los requisitos exigidos por el Artículo 110 del Código de Comercio pues en los estatutos de la sociedad prometida no se incluye el domicilio social. Esta omisión hace que la Propuesta no cumpla con los requisitos exigidos por el numeral 2.2.1.5 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Indica el Proponente en su respuesta a la observación planteada que en la cláusula 8 del Contrato de Promesa se dispone que el domicilio de la sociedad prometida será la ciudad de Medellín y que, dado que el contrato de promesa y los estatutos de la sociedad prometida conforman un mismo documento, el requisito exigido por el artículo 110 del Código de Comercio sobre el domicilio social se encuentra cumplido.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Como ya se mencionó en el numeral 1.2.1 de este escrito, para el Comité es claro que dentro del Contrato de Promesa presentado con la propuesta del Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A. se incluye una cláusula, la octava, en la que se acuerda por los promitentes que el domicilio social de la sociedad prometida es la ciudad de Medellín. Siendo ello así, no encuentra este Comité la falencia a la que alude el Proponente observante y, por tanto, la observación presentada se desecha.

#### **1.3.2. ACREDITACIÓN DE PAGOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. presentaron las certificaciones de que trata el numeral 2.2.5 de Pliego suscritas por su apoderado, señor Augusto López Valencia, cuando el Pliego exigía que las mismas fueran suscritas por el revisor fiscal o, en su defecto, por el representante legal.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Indica la respuesta a la observación presentada que las certificaciones fueron expedidas por el apoderado, conforma a las facultades a él otorgadas.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Una vez revisadas las facultades de representación del apoderado de la sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A., señor Augusto López Valencia, este Comité encuentra que el apoderado se encontraba facultado para la expedición de las certificaciones de que trata el numeral 2.2.5 del Pliego sobre pagos a la seguridad social y aportes parafiscales, en la medida en que el ordinal (x) lo faculta para celebrar cualquier acto derivado de la participación en la Licitación (folio 137). Dice el último inciso del aludido numeral 2.2.5 del Pliego:

*“Si alguno de las personas anteriormente aludidas no tiene empleados en Colombia y, por tanto, no está en la obligación de cumplir con pagos a la seguridad social y aportes parafiscales, así lo deberá certificar.”*

Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A., tal como se certifica, no tienen empleados en Colombia y su mandatario especial así lo evidenció mediante certificación que, según el Pliego, no requiere de ser expedida por funcionario específico y, en tal sentido, la observación se desecha.

### **1.3.3. EXISTENCIA, REPRESENTACIÓN Y CAPACIDAD – ACTA DE ÓRGANO SOCIAL COMPETENTE:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que con la Propuesta no se adjuntó el acta del Directorio de la sociedad Corporación América S.A. correspondiente a la reunión de 13 de diciembre de 2007 que fue la que autorizó a la aludida sociedad a participar en la Licitación y no se adjuntó, así mismo, el acta del Directorio de la Corporación América Sudamericana S.A. del 13 de diciembre de 2007 que autorizó a la dicha sociedad a participar en la Licitación.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente la observación afirmando que la Propuesta presentada sí incluye copias de las actas del Directorio de las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. en la medida en que en el documento de poder, vía transcripción, y protocolizadas ante Notario Público.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité ha encontrado que en los folios 131 y 136 de la Propuesta se incluye, respectivamente, la transcripción de las actas de los Directorios de las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. en las cuales consta la autorización de dicho órgano societario para participar en la Licitación. Estos documentos se encuentran debidamente otorgados ante Notario Público y las escrituras debidamente apostilladas, con lo cual se ha cumplido el requisito sobre legalización previsto en el Pliego respecto de los documentos otorgados en el extranjero. Siendo ello así, se desecha la observación presentada.

### **1.3.4. AUSENCIA DE CERTIFICACIONES:**

**OBSERVACIÓN:** Según el observante, con la Propuesta presentada no se adjuntó, de un lado, certificación correspondiente a la Corporación América S.A. respecto de quién ejerce su representación legal y de que la sociedad ejerce su objeto social de acuerdo con las leyes de su domicilio y, del otro, certificación de la Corporación América Sudamericana S.A. que acredite su objeto social y que dicho objeto es ejercido en los términos de la ley de su domicilio, con todo lo cual se desconoce lo dispuesto por el numeral 2.2.1.2 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente que de los folios 41 a 91 se adjuntan los documentos que acreditan, conforme a la legislación argentina, la existencia, representación legal, capacidad y objeto social de la sociedad Corporación América S.A. por lo tanto la aseveración del observante no corresponde con la realidad. Igualmente, a folio 92 se adjunta, debidamente apostillado, el certificado de existencia y representación legal de la Corporación América Sudamericana S.A. Así mismo, a folios 93 a 96 consta la Escritura Pública en la cual consta el objeto social y la capacidad de esta última corporación. Conforme con lo anterior, la observación presentada no procede por cuanto con la Propuesta se presentaron los documentos que prueban la existencia, representación legal, objeto social y capacidad legal de las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité ha procedido a verificar los documentos acompañados con la Propuesta de la Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A. (folios 43 a 47) y ha encontrado que, en efecto, en ellos se acredita, respecto de las sociedades Corporación América S.A. y Corporación América Sudamericana S.A., la identificación de quien ejerce su representación legal, el objeto social de la sociedades y su vigencia y existencia de acuerdo con las leyes de su domicilio.

### **1.3.5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que la Propuesta no cumplió con lo exigido en el numeral 2.2.1.2 del Pliego por cuanto la transcripción de las actas de los Directorios de las Sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. no incluyeron la atribución expresa al apoderado de asumir la responsabilidad solidaria exigida en el Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente la observación presentada afirmando que, conforme al contenido de las autorizaciones de los Directorios de Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. y a las facultades otorgadas al apoderado en el ordinal (ix) de los poderes otorgados por cada una de las aludidas sociedades, la autorización para comprometerlas solidariamente está dada y la responsabilidad solidaria recae sobre las sociedades y no sobre el apoderado, como afirma el observante.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité encuentra que, tal como lo señala el Proponente en su defensa, la autorización dada por los Directorios de Corporación

América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. está otorgada con una amplitud tal, que resulta evidente que se autorizó a las sociedades para comprometer su responsabilidad de manera solidaria en los términos requeridos por el Pliego. En efecto, la autorización de los Directorios de Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A., tal como se incluye en la Propuesta, está dada para que las sociedades participen *“en el procedimiento de selección de contratistas y en la celebración y ejecución del negocio jurídico señalado en las condiciones legales señaladas”* que no son otras que las fijadas en el Pliego mismo. Adicionalmente, revisado el poder otorgado a su apoderado por las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A., éste incluye la facultad de concurrir *“a la constitución de la Sociedad Prometida, con las características señaladas en la Promesa de Sociedad Futura, en el Pliego de Condiciones y en el Contrato de Concesión...”*. Esta facultad tiene ciertamente implícita la responsabilidad solidaria a cargo de los promitentes que por la ley (artículo 119 del Código de Comercio) y del Pliego (ordinal (vi) del numeral 2.2.1.5 del Pliego) tienen este tipo de negocios jurídicos hasta antes de la constitución de la sociedad y la responsabilidad solidaria que, luego de la constitución de la sociedad, asumen los accionistas también por virtud de la ley (artículo 7, parágrafo 3 de la ley 80 de 1993) y de lo prescrito en el Pliego (ordinal (iv) numeral 2.2.1.5 del Pliego), en la medida en que se trata de una sociedad constituida con el único objeto de participar en la Licitación.

Siendo ello así, para este Comité es claro que los Directorios de Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. autorizaron la participación de dichas sociedades en los términos requeridos por el pliego y, además, se otorgaron los poderes de forma que el apoderado quedó facultado para comprometer la responsabilidad de las poderdantes de manera solidaria. Por lo expuesto, no procede la observación formulada.

### **1.3.6. REQUISITOS TÉCNICOS:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que, de conformidad con lo requerido por el numeral 2.4.1 del Pliego, el Proponente solamente podría acreditar la experiencia de la sociedad Corporación América Sudamericana S.A. pues solo ella participa con más del 30% en Aeropuertos Argentinos 2000 S.A., que es la sociedad a través de la cual se llevó a cabo la operación de los aeropuertos que se certifican para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia. Siendo ello así, la certificación aportada expedida por ORSNA – Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos de Argentina denota que las responsabilidades operativas recaen sobre dos empresas por tener ellas la mayoría decisoria en el operador y, dado que la responsabilidad no se puede predicar de dos o más sociedades, sino solo de quien se invocan méritos, la certificación aportada no es válida. Así mismo, insiste el observante, la responsabilidad en la operación se predica de unas mayorías decisorias y no en función de la gestión propiamente dicha, lo cual no es lo perseguido por el Pliego. De lo expresado, concluye el observante, la Propuesta no cumple con lo establecido en el numeral 2.4.1 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente en su defensa, que el integrante del Proponente respecto de quien se invocan los méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia requeridos por el Pliego es la Corporación América Sudamericana S.A. Siendo ello así, la certificación expedida por ORSNA – Organismo

Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos es clara en señalar que la Corporación América Sudamericana S.A. ejerce las responsabilidades operativas de la Concesión.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** para el Comité, de lo que se trata es determinar si el Proponente acreditó o no el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia previstos en el Pliego. El numeral 2.4.1 del Pliego dispone:

*“Para acreditar su capacidad técnica de experiencia para la ejecución del Contrato de Concesión, cada uno de los Proponentes deberá acreditar que durante el año 2006 cumplió con uno cualquiera de los siguientes requisitos (i) que administró u operó, a título de propietario, contratista o concesionario, un aeropuerto internacional de pasajeros y carga (compuesto por uno o mas terminales aéreas) que, durante dicho año, haya movilizado cuando menos tres millones (3.000.000) de pasajeros o (ii) que administró u operó, a título de propietario, contratista o concesionario, varios Aeropuertos de pasajeros y carga, donde al menos uno de ellos sea un aeropuerto internacional, que durante dicho año, hayan movilizado de manera conjunta, cuando menos, cinco millones (5.000.000) de pasajeros.*

*Si la operación se llevó a cabo mediante una asociación o como socio o accionista de una sociedad, quien acredite la experiencia debió participar en la forma asociativa o en la sociedad con, al menos, el 30% de la asociación o del capital social y, siempre y cuando, quien acredita la experiencia hubiera asumido parte o la totalidad de la responsabilidad operativa.”*

La discusión en este punto radica en determinar si la sociedad Corporación América Sudamericana S.A., que evidentemente, tal como se desprende de los documentos aportados con la Propuesta, es la sociedad respecto de la cual se invocan los méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, cumple con lo dispuesto en el segundo inciso del numeral 2.4.1 del Pliego, pues el caso presente es ciertamente aquél en el cual la operación se llevó a cabo como socio o accionista de una sociedad.

En tal sentido, en los términos del Pliego, la sociedad Corporación América Sudamericana S.A. debe participar en la sociedad operadora, que en este caso es Aeropuertos Argentinos 2000 S.A., con, al menos, el 30% de su capital social. El Comité encuentra que este requisito está, para el evento que nos ocupa, evidentemente cumplido pues el Proponente presentó una certificación emanada de la entidad gubernamental argentina Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos en la se certifica que la sociedad Corporación América Sudamericana S.A. participa en el 30% del capital social de la sociedad Aeropuertos Argentinos 2000 S.A. De conformidad con el numeral 2.4.3 ordinal (ii) del Pliego, en el caso de asociaciones, la participación de quien se invocan los méritos en el capital social del operador se acredita presentando una certificación expedida por la autoridad aeronáutica del país en el que se encuentra el aeropuerto correspondiente, requisito que este Comité encuentra cabalmente cumplido, tal como arriba se explicó.

Así mismo, el Proponente debe acreditar que la sociedad Corporación América Sudamericana S.A., que como se ha venido explicando es la persona respecto de quien se invocan méritos, para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, asumió parte o la totalidad de la responsabilidad operativa de los aeropuertos de que se trate. El Pliego exige en el numeral 2.4.3 ordinal (ii) que, para acreditar el cumplimiento de este requisito, se debe presentar una certificación de la autoridad aeronáutica del país en el que se encuentra el aeropuerto correspondiente en la que se indique que quien acredita la experiencia asumió parte o la totalidad de las responsabilidades operativas. Revisada la certificación presentada por el Proponente, que reposa en el folio 466 de su Propuesta, ésta se encuentra expedida por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos de Argentina y en ella se certifica que la sociedad Corporación América Sudamericana S.A. ejerce la responsabilidad operativa de la Concesión.

Con todo lo anterior, para este Comité el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A. ha acreditado en debida forma el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia exigidos por el Pliego. Siendo ello así, la observación presentada es desechada.

Se acoge en este punto el concepto de la Procuraduría que el oferente cumple con el requisito del Pliego, en cuanto al operador.

#### **1.4. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AEROPUERTOS DE OCCIDENTE CAO S.A.:**

##### **1.4.1. AUSENCIA DE AUTORIZACIÓN PARA LA FIRMA DEL CONTRATO:**

**OBSERVACIÓN:** Solicita el Proponente observante la no admisibilidad de la Propuesta en razón a la falta de designación de un apoderado único que cuente con la facultad de suscribir el Contrato de Concesión por parte de los promitentes Corporación América S.A. y Corporación América Sudamericana S.A., tal como se exige en el numeral 2.2.3 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Indica el Proponente en su defensa que en los poderes otorgados por Corporación América Sudamericana S.A. y Corporación América S.A., que reposan en los folios 137 y 131, respectivamente, se incluyó expresamente la facultad de designar un apoderado único quien tendría la facultad de firmar el Contrato de Concesión. La realización de esta facultad se refleja en la designación de un apoderado único en la Promesa de Contrato de Sociedad.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité Evaluador es claro que la exigencia contenida en el numeral 2.2.1.2 Pliego, cuando se refiere a los promitentes dentro de Propuestas presentadas en la forma de Promesas de Sociedad Futura, hace referencia a la presentación de una copia del acta del órgano social competente autenticada por el cónsul colombiano o, de ser legalmente posible, con la apostilla, según sea el caso, donde conste la autorización, entre otras, para participar en la Licitación y suscribir el contrato de promesa de sociedad en los términos indicados en el Pliego. El

Pliego no exige que la autorización, en la caso de promitentes dentro de Propuestas presentadas bajo la forma de promesas de sociedad futura, incluya la facultad de suscribir el contrato de concesión.

A pesar de lo anterior, las sociedades Corporación América Sudamericana S.A. y Corporación América S.A. (folios 131 y 136) otorgaron los poderes de representación con la facultad expresa de firmar el Contrato de Concesión en caso de resultar adjudicatarios, pues no puede ser otra la conclusión al leer la facultad otorgada al apoderado en el ordinal (iii) de los poderes aportados con la Propuesta, que reza *“incluyendo la facultad de firmar el Contrato de Concesión, en caso de resultar adjudicatarios”*. Siendo ello así, se desecha la observación.

#### **1.4.2. ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS TÉCNICOS Y DE EXPERIENCIA:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que la sociedad Corporación América Sudamericana S.A., respecto de quien se invocan méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, solamente adquiere capacidad para ejercer las actividades relacionadas con la operación de aeropuertos desde enero de 2008, fecha en la que se introdujo una reforma a su objeto social. Siendo ello así, la Corporación América Sudamericana S.A. y Corporación América S.A. no tenía capacidad para desarrollar las actividades como operador de aeropuertos en el año 2006, tal como se acredita en los documentos que componen la Propuesta.

Así mismo, afirma el observante que el documento que reposa a folio 93 y siguientes de la Propuesta se protocoliza en Buenos Aires y no aparece ningún registro del mismo proveniente de Panamá, domicilio de la sociedad.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente en su defensa que los efectos de la reforma estatutaria relacionada con el objeto social tiene efectos desde el 17 de mayo de 2007 pero que, en todo caso, la certificación aportada expedida por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos de Argentina es documento público que tiene la presunción de legalidad.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Reitera el Comité Evaluador que, según el contenido de la Propuesta, el Proponente Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A. acreditó satisfactoriamente el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, tal como se explica en detalle en el numeral 1.3.6 anterior, de este mismo escrito. En cuanto a la observación relacionada con la legalización del documento que reposa en los folios 93 y siguientes de la Propuesta, el Comité se remite a lo expresado en el numeral 1.1.5 anterior de este mismo escrito. Vistos los dos aspectos anteriores, concluye el Comité que las observaciones deben ser desechadas.

#### **1.5. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE OACN S.A.:**

##### **1.5.1. OBJETO SOCIAL DE NHU DISEÑOS, CONSTRUCCIONES Y GERENCIA DE PROYECTOS S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Según el observante, el objeto social de NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A. incumple con lo requerido por el numeral 2.1 ordinal (i) del Pliego pues su objeto social permite, como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria, la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga. Esto, por cuanto su objeto social incluye *“la explotación o mercadeo de toda clase de servicios en cualquier actividad o ramo ya sea en nombre propio o de terceros”*

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Se defiende el Proponente afirmando que el objeto social de NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A. no incluye como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria, la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga, lo cual puede ser verificado de la revisión de su certificado de existencia y representación legal.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité resulta suficiente, a efectos de desechar la observación, indicar que una vez revisado el certificado sobre existencia y representación legal aportado con la Propuesta, el objeto social del promitente NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A. no incluye como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria, de manera expresa o implícita, la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga, con lo cual no se incurre en el incumplimiento que predica el observante. El aparte del objeto social que transcribe el observante claramente no se refiere de manera expresa a la actividad de transporte aéreo y, en tal medida, no se incumple el Pliego. Por consiguiente no es de recibo la observación.

#### **1.5.2. AUTENTICACIÓN DEL ACTA DE JUNTA DIRECTIVA NHU S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que en el acta de la Junta Directiva aportada por el promitente NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A., en la cual consta la autorización para participar en la licitación, no se encuentra legalizada en los términos del artículo 189 del Código de Comercio.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que a folio 39 de su Propuesta consta la autorización del secretario, por tanto el acta a que alude el observante se encuentra debidamente autenticada.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité, una vez revisado el documento cuestionado, ha encontrado que el mismo se encuentra suscrito por el secretario en señal de autorización incluyendo, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 189 del Código de Comercio, la expresión *“es fiel copia de su original que reposan en el libro de actas correspondiente”* por tanto no encuentra la irregularidad a la que alude el observante, desechándose así su observación.

#### **1.5.3. SOBRE LA ESCRITURA DE CORPORACIÓN AMÉRICA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** La escritura de constitución de Corporación América S.A. no está debidamente legalizada pues no cuenta con los sellos de la Apostilla ni con la legalización de que trata el artículo 256 del CPC.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En el folio 49 de la Propuesta consta la Apostilla de la escritura de constitución de Corporación América S.A.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Revisada la Propuesta, el Comité encontró que, según consta en el folio 49, la escritura de constitución de Corporación América S.A. está debidamente Apostillada. Por tanto, la observación no procede.

#### **1.5.4. CAPACIDAD DE LOS DIRECTORES DE CORPORACIÓN AMÉRICA S.A. Y CUMPLIMIENTO DEL NUMERAL 2.2.1.2 DEL PLIEGO:**

**OBSERVACIÓN:** Dice el observante que de los documentos que respaldan en los folios 41 a 88 de la Propuesta no se establece la capacidad de Corporación América S.A. para participar en la Licitación ya que no está incluida en forma clara la facultad de los directores para otorgar poder, obligarse solidariamente, realizar los aportes de la sociedad prometida, etc.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Se aportaron con la propuesta, a folios 41 a 90, los documentos que acreditan, conforme a la legislación argentina, la existencia, representación legal, capacidad y objeto social de la sociedad.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité ha encontrado que en efecto en los documentos aportados a folios 40 y siguientes se acredita, respecto de la sociedad Corporación América S.A., la identificación de quien ejerce su representación legal, su objeto social y su vigencia y existencia de acuerdo con las leyes de su domicilio. Así mismo, ha encontrado que en el folio 131 de la Propuesta se incluye la transcripción del acta del Directorio de la sociedad Corporación América S.A. en la que consta la autorización de dicho órgano societario para participar en la Licitación. Este documento se encuentra debidamente otorgado ante Notario Público y la escritura debidamente apostillada, con lo cual se ha cumplido el requisito sobre legalización previsto en el Pliego respecto de los documentos otorgados en el extranjero. Siendo ello así, se desecha la observación presentada.

#### **1.5.5. CONSULARIZACIÓN O APOSTILLA DE LOS DOCUMENTOS CORRESPONDIENTES A LA CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Se afirma que todos los documentos presentados por la Corporación América Sudamericana S.A. provienen de Argentina y que, siendo ella una sociedad panameña, ello es una inconsistencia.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el oferente que no le asiste la razón al observante pues el origen de los documentos no es Panamá sino la República de la Argentina y, en tal medida, el procedimiento de la Apostilla se ajusta a las disposiciones del Convenio de La Haya.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité es claro que el Proponente observante confunde el país de domicilio de la sociedad Corporación América Sudamericana S.A. con el país de origen de los documentos cuestionados, que es la República Argentina. En tal sentido, para el Comité es claro que los documentos cumplen con los requisitos previstos en la Convención sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961, del cual son parte tanto Colombia como Argentina. Por lo anterior, se desecha la observación.

#### **1.5.6. CAPACIDAD PARA PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN DE CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** De los documentos de la Corporación América Sudamericana S.A. (folios 92 a 97) no se establece su capacidad para participar en la Licitación ya que no encuentra en forma clara la facultad de los directores para otorgar poder, incumpliendo así el numeral 2.2.1.2 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Dice el Proponente en su defensa que es claro que los directorios de ambas compañías, Corporación América Sudamericana S.A. y Corporación América S.A., cuentan con facultades para participar en la Licitación y, teniendo en cuenta esta capacidad, proceden a delegar la ejecución de estas facultades a través de un representante legal que designa un apoderado único quien es el encargado de obligar a las Corporaciones en todos los actos y obligaciones que exija la Licitación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** La facultad para otorgar poderes sin limitaciones por parte de la Junta Directiva, está clara y expresa y se encuentra en el artículo décimo séptimo de los estatutos sociales de la Corporación América Sudamericana S.A. (folio 96) que dice expresamente que *“el otorgamiento de poderes generales con o sin facultades de disposición, lo puede efectuar la Junta Directiva”*, artículo que seguramente pasó por alto el observante al momento de incluir la observación que este Comité declara como carente de fundamento.

#### **1.5.7. AUTORIZACIÓN DEL DIRECTORIO DE CORPORACIÓN AMÉRICA S.A. PARA PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN - AUTORIZACIÓN PARA PARTICIPAR COMO ASISTENTE TÉCNICO-IRREVOCABILIDAD E INCONDICIONALIDAD DEL PODER:**

**OBSERVACIÓN:** Con el poder otorgado por la Corporación América S.A. no se adjunta el acta del Directorio en la que se decidió la participación en la Licitación ni tampoco facultar al representante legal de dicha Corporación. Así mismo, el poder otorgado es para que participe como asistente técnico acreditando experiencias de orden constructivo. Así mismo, el poder no es irrevocable e incondicional como lo manda el Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El poder consta a folios 130 a 133 y con el se protocolizó el acta del Directorio que autoriza a la Corporación a participar en la Licitación conforme a las bases del proceso licitatorio señalados en el Pliego.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Sea lo primero afirmar que el Comité, como ya lo ha expresado en repetidas oportunidades en este escrito, ha encontrado que el acta del Directorio de Corporación América S.A. en la que autoriza la participación en la Licitación se incluye con la misma escritura de otorgamiento del poder (folio 131). Dicha acta, si bien lo autoriza para participar como asistente técnico acreditando una experiencia que el Pliego no requirió, también lo autoriza para participar como promitente en una promesa de sociedad, dada la amplitud de la autorización. El poder, en la medida en que es otorgado expresamente en los términos del Pliego, se entiende otorgado de forma incondicional e irrevocable.

#### **1.5.8. LÍMITES DEL MANDATO CONFERIDO POR CORPORACIÓN AMÉRICA S.A. Y CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A.-**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que el mandato conferido por la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. incluye una restricción a la capacidad para efectos de obrar en la Licitación dado que solamente facultó al mandatario para asociar a sus mandantes con personas jurídicas y no con personas naturales lo cual impide la asociación con una persona natural.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente que la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. no limitaron la capacidad de actuación de su apoderado dentro de la Licitación y, al efecto, citan el ordinal (xii) de ambos poderes el cual, en su opinión, faculta al apoderado para suscribir todos los actos, contratos o convenios que surjan con ocasión de la Licitación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Al igual que lo expresado en el numeral 1.1.3 de este escrito, el Comité no encuentra que los poderes otorgados por la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. impidan o limiten la participación de éstas sociedades en Propuestas presentadas bajo la modalidad de Promesas de Sociedad Futura integradas, como uno de sus promitentes, por una persona natural. En efecto, los poderes otorgados por la Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. incluyen efectivamente los ordinales (xi) y (xii) que faculta al apoderado, con las más amplias facultades, para representar a las poderdantes ante cualquier ente privado, y aquí sin limitación a las personas jurídicas, en relación con la Licitación.

Por todo lo anterior, se desecha la observación.

#### **1.5.9. AUTORIZACIÓN DEL DIRECTORIO DE CORPORACIÓN AMÉRICA SUDAMERICANA S.A. PARA PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN - AUTORIZACIÓN PARA PARTICIPAR COMO ASISTENTE TÉCNICO- IRREVOCABILIDAD E INCONDICIONALIDAD DEL PODER:**

**OBSERVACIÓN:** Con el poder otorgado por la Corporación América Sudamericana S.A. no se adjunta el acta del Directorio decidió la participación en la Licitación ni tampoco facultar al representante legal de dicha Corporación. Así mismo, el poder otorgado es para que participe como asistente técnico acreditando experiencias de orden constructivo. Así mismo, el poder no es irrevocable e incondicional como lo manda el Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Si bien no se refiere expresamente a esta observación el Proponente en otros apartes de su escrito de defensa ha afirmado que el poder otorgado por la Corporación América Sudamericana S.A. consta en la Propuesta y con el se protocolizó el acta del Directorio que la autoriza a participar en la Licitación conforme a las bases del proceso licitatorio señalados en el Pliego.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Tal como ya indicó en el numeral 1.5.7, el Comité ha encontrado que el acta del Directorio de Corporación América Sudamericana S.A. en la que autoriza la participación en la Licitación se incluye con la misma escritura de otorgamiento del poder (folio 136). Dicha acta, si bien lo autoriza para participar como asistente técnico acreditando una experiencia que el Pliego no requirió, también lo autoriza, dada la amplitud de la autorización, para participar como promitente en una promesa de sociedad. El poder, en la medida en que es otorgado expresamente en los términos del Pliego, se entiende otorgado de forma incondicional e irrevocable.

**1.5.10. PAGOS AL FIC DE MARIO HUERTAS, MH PAVIMENTOS S.A., PROCOPAL S.A., Y PAGOS AL FIC Y PAGOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES DE NHU DISEÑOS, CONSTRUCCIONES Y GERENCIA DE PROYECTOS S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Se afirma que los promitentes Mario Huertas, MH Pavimentos S.A., Procopal S.A. y NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A. no acreditaron el pago al FIC incumpliendo el Pliego. Así mismo, respecto de NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A. se afirma que no acreditó que para la fecha de apertura de la Licitación el proponente hubiera estado a paz y salvo por aportes parafiscales.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que el aporte al FIC no pertenece al conjunto de aportes que deben ser certificado por los oferentes bajo el artículo 50 de la ley 789 de 2002. En cuanto a la certificación de NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A. indica que esta se encuentra a folio 185 de la Propuesta donde consta que para el 18 de octubre de 2007 se encuentra a paz y salvo por concepto de pagos a la seguridad social y aportes parafiscales.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité es claro que el aporte al FIC no hace parte del conjunto de pagos y aportes que deben ser certificados de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 789 de 2002. Por tanto la ausencia de una certificación de paz y salvo de los aportes al FIC no constituye un incumplimiento de lo requerido por el Pliego en su numeral 2.2.5 y, por tanto, la observación es desechada. En cuanto a la certificación de NHU Diseños, Construcciones y Gerencia de Proyectos S.A. consta que para el 18 de octubre de 2007 este promitente se encuentra a paz y salvo por concepto de pagos a la seguridad social y aportes parafiscales, por tanto, es claro que para el día anterior también lo estaba. Por tanto, se desecha la observación.

**1.5.11. CERTIFICACIÓN DE OBLIGACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES DE CORPORACIÓN AMÉRICA S.A.**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A. presentaron las certificaciones de que trata el numeral 2.2.5 de Pliego suscritas por su apoderado, señor Augusto López Valencia, cuando el Pliego exigía que las mismas fueran suscritas por el revisor fiscal o, en su defecto, por el representante legal.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Indica la respuesta a la observación presentada que las certificaciones fueron expedidas por el apoderado, conforma a las facultades al él otorgadas.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Tal como se indicó en el numeral 1.3.2 del Pliego, una vez revisadas las facultades de representación del apoderado de las sociedades Corporación América S.A. y la Corporación América Sudamericana S.A., señor Augusto López Valencia, este Comité encuentra que el apoderado se encontraba facultado para la expedición de las certificaciones de que trata el numeral 2.2.5 del Pliego sobre pagos a la seguridad social y aportes parafiscales, en la medida en que el numeral (x) lo faculta para celebrar cualquier acto derivado de la participación en la Licitación y, en tal sentido, la observación se desecha.

#### **1.5.12. BALANCES DE PROCOPAL S.A. SUSCRITOS POR REVISOR FISCAL DIFERENTE:**

**OBSERVACIÓN:** Quien firma los balances de Procopal S.A. como revisor fiscal no es la misma persona que figura como revisor fiscal en el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad incorporado a la Propuesta.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente en su defensa que la revisoría fiscal de la sociedad Procopal S.A. la ejerce AIGR Contadores Ltda. Le corresponde a esta firma, en consecuencia, designar a la persona natural contador público para que ejerza efectivamente la revisoría. En comunicación inscrita ante el registro mercantil el día 3 de mayo de 2007 la firma encargada de la revisoría fiscal designó nuevas contadoras públicas en reemplazo de las personas anteriormente designadas. La anterior es la razón por la cual el nombre del revisor actualmente inscrito ante el registro mercantil no coincide con el de la persona que, como revisor fiscal, suscribió los estados financieros de la sociedad cortados al 31 de diciembre de 2006.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité considera que las razones expuestas por el Proponente en su defensa resultan suficientes para explicar la razón por la cual la persona que aparece inscrita en el registro mercantil no coincide con aquella que suscribe los estados financieros cortados al 31 de diciembre de 2006. Para el Comité es evidente que el certificado sobre existencia y representación legal refleja las inscripciones ocurridas en el registro mercantil para la fecha de su expedición. En cuanto a los estados financieros del promitente Termotécnica Coindustrial S.A. cortados al 31 de diciembre de 2006, este Comité, en ejercicio del principio constitucional de la buena fe y hasta tanto ello no sea desvirtuado, acepta que la persona que los suscribe ejercía como su revisor fiscal para la época de su aprobación.

#### **1.5.13. ESTADOS FINANCIEROS CORPORACIÓN AMÉRICA S.A. NO TIENEN APOSTILLA:**

**OBSERVACIÓN:** Según el observante, los estados financieros de la Corporación América S.A. no están debidamente apostillados, incumpléndose así lo reglado en el numeral 2.3.2 del Pliego y lo dispuesto 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La apostilla está incluida en un documento de la revisoría fiscal que señala que los documentos son legítimos y libres de fraude y otros actos ilegales por tanto el sello de apostilla cobija los estados financieros.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité ha revisado los estados financieros aportados por la Corporación América S.A. y se refiere particularmente al folio No. 339 en el que se indica cuáles documentos componen los estados financieros. Encuentra el Comité que, tanto el informe de los auditores como el de la Comisión Fiscalizadora, hacen parte integrante de la misma unidad que constituye el documento estados financieros. Siendo ello así, este Comité concluye que la apostilla ciertamente cobija la totalidad del documento que constituyen los estados financieros aportados razón por la cual la observación es desestimada.

#### **1.5.14. CERTIFICACIÓN DE EXPERIENCIA TÉCNICA:**

**OBSERVACIÓN:** La certificación de la autoridad aeronáutica competente no indica que los aeropuertos escogidos por la autoridad competente para acreditar la experiencia técnica incluyan dentro de sus operaciones la movilización de carga, de conformidad con lo requerido por el numeral 2.4.1 del Pliego, con lo cual resulta que no se llenan los requisitos de experiencia requeridos.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La certificación aportada, expedida por ORSNA – Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos cumple con los requisitos estipulados en el Pliego ya que especifica el número de pasajeros y la condición de responsable de la operación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Dispone el numeral 2.4.3 del Pliego que los requisitos técnicos y de experiencia se deberán acreditar, respecto de quien se invocan los méritos, (i) diligenciando el Anexo No. 5 y (ii) presentando una certificación expedida por la autoridad aeronáutica del país en el que se encuentra el aeropuerto correspondiente en la que se acredite el cumplimiento de los requisitos en cuanto a movilización de pasajeros y, en caso de asociaciones, el porcentaje de participación en la misma de quien se acreditan los méritos así como su condición de responsable total o parcial de la operación y el título bajo el cual administró u operó el aeropuerto o aeropuertos de que se trate. De acuerdo con lo anterior, la sociedad Corporación América Sudamericana S.A., que es la persona respecto de quien se invocan méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, debió acreditar el cumplimiento de los requisitos de experiencia conforme a lo antes anotado. Revisada la documentación de la Propuesta correspondiente se encuentra que el Anexo No. 5 fue debidamente diligenciado y la certificación presentada por el Proponente, que reposa en el folio 466 de su Propuesta, se encuentra expedida por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos de Argentina y en ella se certifica que la sociedad Corporación América Sudamericana S.A. ejerce la

responsabilidad operativa de la Concesión. Para este Comité, el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A. ha acreditado en debida forma el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia exigidos por el Pliego. Siendo ello así, la observación presentada es desechada.

**2. OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS S.A., SUS CONTRA OBSERVACIONES Y ACLARACIONES:**

**2.1. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:**

**2.2.1. PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN INDIRECTA DE FLUGHAFEN ZURICH AG EN LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:**

**OBSERVACIÓN:** Observa el Proponente que la acreditación de la capacidad técnica y de experiencia del Proponente Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A. no se presenta conforme a lo solicitado por el numeral 2.4.2 del Pliego dado que la participación indirecta en el Proponente por parte de la sociedad Flughafen Zurich AG, que es de quien se invocan los méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, es de 9.94% y no del 10%, que es lo que requería el Pliego. En consecuencia, se solicita declarar la Propuesta a que se alude como Propuesta no Elegible.

**CONTRA OBSERVACIÓN:** Presenta su defensa el Proponente argumentando que, de acuerdo con el Pliego, es necesario demostrar por parte de la persona llamada socio o accionista la participación de por lo menos el 10% del capital dentro de la sociedad prometida para poder así invocar la experiencia técnica de su accionista mayoritario. En tal sentido, la Propuesta ha cumplido cabalmente por lo ordenado por el Pliego toda vez que se han invocado los méritos de la sociedad Flughafen Zurich AG, quien es titular del 94.9% del capital social de la sociedad colombiana Unique FZ Colombia S.A. quien, a su vez, a prometido suscribir el 10% del capital de la sociedad prometida Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El observante afirma que el proponente aludido no acreditó el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia en los términos del Pliego. El caso presente corresponde claramente al evento, permitido por el Pliego, en que para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, se invocan los méritos de un tercero. Al respecto dice el Pliego en numeral 2.4.2 ordinal (ii) que:

*“El Proponente podrá invocar sus propios méritos o podrá invocar los méritos de tercero, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:*

(i) (...)

(ii) *Promesas de Sociedad Futura: En los casos de Promesas de Sociedad Futura se podrán invocar los méritos de uno de los promitentes, siempre*

*y cuando su participación en el capital suscrito de la sociedad prometida no sea inferior al diez por ciento (10%). También se podrán invocar los méritos de un tercero cuando dicho tercero participe indirectamente en, cuando menos, el diez por ciento (10%) del capital suscrito de la sociedad prometida, participación indirecta que deberá verificarse a través de una sociedad en la cual el tercero de quien se invocan méritos tenga una participación directa superior al cincuenta y uno (51%) de su capital social y, siempre y cuando, el tercero de quien se invocan méritos haya aceptado asumir de manera solidaria con el Proponente todas las obligaciones que se desprenden de la presentación de la Propuesta y del Contrato de Concesión en cuanto a la operación, explotación comercial, administración y mantenimiento de los Aeropuertos.”*

De conformidad con el texto transcrito, en los casos de Promesas de Sociedad Futura es posible invocar los méritos de un tercero que no sea promitente pero, en tal caso, el tercero deberá participar en el capital de la sociedad prometida de manera indirecta con un 10% de su capital, participación indirecta que deberá verificarse a través de una sociedad en la cual la persona respecto de quien se invocan méritos tenga cuando menos el 51% de su capital social. Para el Comité no existe duda en que la participación indirecta pedida por el Pliego es equivalente al porcentaje que la sociedad promitente tenga en la sociedad prometida. De manera que no le asiste la razón al observante cuando afirma que la participación indirecta se establece multiplicando el porcentaje que tenga el tercero de quien se invocan méritos en la sociedad promitente con el porcentaje detentado por esta última en la sociedad prometida. De haber sido esa la intención del Pliego, y dada la carga de claridad que tienen las entidades estatales en la elaboración de los documentos licitatorios, así se hubiera requerido expresamente.

Visto lo anterior, y revisada la Propuesta del Proponente Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A., el Comité encuentra que la sociedad de quien se invocan los méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia es la sociedad extranjera participación de Flughafen Zurich AG y que ésta participa de manera indirecta en la sociedad prometida a través de la sociedad colombiana Unique FZ Colombia S.A. Verificado como está que Flughafen Zurich AG detenta el 94.9% del capital social de Unique FZ Colombia S.A. y que esta última detenta el 10% del capital de la sociedad prometida Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A., éste Comité establece que se ha acreditado adecuadamente, y en los términos del Pliego de Condiciones, el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia y, por tanto, la observación debe ser desechada.

## **2.2. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPORTUARIO DE COLOMBIA:**

### **2.2.2. SOBRE EL ACTA DE JUNTA DIRECTA DE CSS CONSTRUCTORES S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que el acta de la Junta Directiva de CSS Constructores S.A. debía incluir la autorización al representante legal para suscribir el Contrato de Concesión o el Contrato de Sociedad y la facultad de asumir la

responsabilidad solidaria de que trata el Pliego. Vista el acta de de la Junta Directiva de CSS Constructores S.A., la autorización otorgada por ese órgano social al representante legal no incluye tales facultades y, dadas las limitaciones estatutarias, la aludida sociedad no estaría en capacidad de asumir las obligaciones solidarias de que trata el Pliego. Consecuencia de lo anterior, la Propuesta debe ser declarada como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente en su defensa que el Pliego de Condiciones en su numeral 2.2.1.1 lo que exige es presentar la autorización al representante legal para suscribir la escritura de constitución de la sociedad prometida y que, en el folio 56 de su Propuesta, se puede verificar que la Junta Directiva de CSS Constructores S.A. efectivamente autorizó al representante legal para suscribir el contrato de sociedad. Afirma, además, que las obligaciones solidarias, por ser obligaciones propias y no de terceros, se entienden incluidas en la autorización dada por la Junta Directiva no requiriéndose, por esta razón, participación de la Asamblea General de Accionistas.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité Evaluador es claro que la exigencia contenida en el numeral 2.2.1.1 Pliego, cuando se refiere a los promitentes dentro de Propuestas presentadas en la forma de Promesas de Sociedad Futura, hace referencia a la presentación de una copia del acta del órgano social competente donde conste la autorización, entre otras, para participar en la Licitación y suscribir el contrato de promesa de sociedad en los términos indicados en el Pliego. El Pliego no exige que la autorización, en la caso de promitentes dentro de propuestas presentadas bajo la forma de promesas de sociedad futura, incluya la facultad de suscribir el contrato de concesión. Visto lo anterior, es claro que la autorización dada al representante legal de CSS Constructores S.A. incluye la de suscribir el contrato de promesa de sociedad y la escritura pública de constitución de la sociedad prometida, con lo cual se da cumplimiento a lo requerido por el Pliego. Para este Comité es claro, además, que la autorización otorgada en los términos anteriores, incluye la facultad al representante legal de obligar solidariamente a la sociedad en los términos del Pliego de Condiciones. Por tanto, la observación es desechada.

### **2.3. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A.:**

#### **2.3.1. SOBRE EL CONTRATO DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EN CUANTO A LA FECHA DE INVENTARIOS:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el observante que los estatutos sociales incluidos con la promesa de sociedad futura no cumplen con las estipulaciones mínimas legales establecidas en el artículo 110 del Código de Comercio pues en ellos no se observa mención alguna sobre la fecha en que deben realizarse los inventarios y la distribución de utilidades.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En su respuesta, el Proponente indica que el artículo 11 de los estatutos presentados establece claramente la fecha en que deben realizarse los inventarios y los balances generales, pues se indica que la sociedad cortará cuentas y elaborará y difundirá sus estados financieros anualmente, esto es, a 31 de diciembre de cada año y,

por lo anterior, se da cumplimiento así al numeral 8 del artículo 110 del Código de Comercio. Así mismo, afirma el Proponente en su defensa, que el tema de la distribución de utilidades se reguló en la cláusula 12 de los estatutos sociales.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó como aclaración la presentación de documento idóneo donde se evidencie la fecha de realización de los inventarios de la futura sociedad. En respuesta al requerimiento, el Proponente insistió en que, dado que el estado de inventarios es uno de los estados financieros, el artículo 11 de los estatutos sociales da cumplimiento a la exigencia contenida en el numeral 8 del artículo 110 del Código de Comercio.

El Comité hace suyas las consideraciones expresadas por el Proponente en respuesta a las observaciones presentadas y, particularmente, hace suyas las consideraciones incluidas en el documento de respuesta al requerimiento de la Aerocivil. En tal sentido, este Comité considera que los estatutos de la sociedad prometida Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. incluyen la fecha en que se deberán hacerse los inventarios y la forma en que habrá de distribuirse las utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deben hacerse.

Sin perjuicio de lo anterior, este Comité ha considerado que la aclaración resultaba innecesaria y, en tal medida, no la tendrá en cuenta. En efecto, para este Comité es claro que la fecha de corte de los estados financieros, asunto regulado con claridad meridiana en el artículo 11 de los estatutos propuestos, corresponde precisamente a la misma fecha en que deben hacerse los inventarios y balances generales, según la referencia que a estos los términos hace el numeral 8 de artículo 119 del Código de Comercio.

En igual sentido, este Comité concluye que basta la simple lectura del artículo 12 de los estatutos propuestos para concluir sin lugar a duda que los estatutos propuestos incluyen previsiones en torno a la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades y la indicación de las reservas que deben hacerse.

Visto lo anterior, este Comité tiene que los estatutos presentados junto con el contrato de promesa correspondientes al Proponente Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos cumplen cabalmente lo requerido por el numeral 8) del artículo 110 del Código de Comercio y, en tal sentido, este Comité concluye que las observaciones formuladas carecen por todo y con todo de fundamento alguno.

### **2.3.2. SOBRE EL CONTRATO DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EN CUANTO AL PODER OTORGADO AL REPRESENTANTE LEGAL DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el observante que el poder único presentado por el Proponente e incluido en el folio 363 de su Propuesta, no cumple con lo requerido por el numeral 2.2.3 del pliego en la medida en que no incorpora de manera expresa la facultad de firmar el Contrato de Concesión. Así mismo, el referido poder no es expreso en que se otorga sin

limitaciones por razón de la cuantía o la naturaleza del acto. Por último, no se deja constancia de que los apoderados están domiciliados en Colombia.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente afirmando que no es cierto que el poder aportado no cumpla con lo indicado en el numeral 2.2.3 del Pliego y para soportar su dicho indica, de un lado, que el poder se ha otorgado sin limitaciones en todos los aspectos que se requieran y, del otro, que el mismo fue otorgado para suscribir todos y cada uno de los documentos necesarios para la vinculación de todos los integrantes de la promesa de sociedad futura en la presente Licitación. En todo caso, afirma el Proponente en su defensa, que es el representante legal de la sociedad prometida el llamado a suscribir el Contrato de Concesión y que, en tal sentido, el artículo 16 de los estatutos sociales de la sociedad prometida autoriza expresamente al gerente de la sociedad para firmar el Contrato de Concesión.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité no puede existir discusión sobre que el poder otorgó al apoderado facultades sin limitación por la naturaleza del acto o la cuantía del mismo, en la medida en que éste fue expresamente otorgado, en cuanto a las facultades otorgadas, “*sin limitaciones*” de cualquier tipo para su ejercicio y sin hacer distinciones, y allí naturalmente debe entenderse excluida cualquier limitación por la cuantía o la naturaleza del acto. En igual sentido, cuando el poder otorga al apoderado facultades para suscribir todos y cada uno de los documentos necesarios para la vinculación de todos los integrantes de la promesa de sociedad futura en la Licitación, naturalmente también tiene que entenderse incluida allí la facultad de suscribir el Contrato de Concesión. Por último es pertinente afirmar que no es exigencia del Pliego la del que en el texto del poder conste el domicilio del apoderado. La constancia del domicilio de la apoderada está en la Carta de Presentación de la Propuesta y corresponde a la ciudad de Medellín. Por lo tanto, este Comité no acoge la observación presentada.

### **2.3.3. SOBRE EL ACTA DE CSS CONSTRUCTORES S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Observa el Proponente que en el Acta de la Junta Directiva de CSS Constructores S.A. no se incluyó la autorización para que dicha sociedad asuma la responsabilidad solidaria de que trata el numeral 2.2.1.1 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente la observación afirmando que en el folio 56 se autorizó el representante legal para suscribir el contrato de promesa de sociedad y la escritura pública de la sociedad prometida.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para este Comité es claro, como se afirmó en el numeral 2.2.2 de este escrito, que la autorización otorgada por la Junta Directiva de CSS Constructores S.A., en la medida en que fue otorgada para suscribir el contrato de promesa de sociedad y la escritura pública de constitución de la sociedad prometida, la cual debe cumplir con los requisitos del numeral 2.2.15 literal (iv), por lo que se entiende incluida la facultad al representante legal de obligar solidariamente a la sociedad en los términos del Pliego de Condiciones. Por tanto, la observación es desechada.

#### **2.3.4. SOBRE EL ACTA DEL GRUPO ODINSA S.A., ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A. Y UNIQUE FZ COLOMBIA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que las actas de Grupo Odinsa S.A., Arquitectura y Concreto S.A. y Unique FZ Colombia S.A. no cumplen con lo requerido por el numeral 2.2.1.1 del Pliego en la medida en que ellas no incluyen la autorización expresa para que las sociedades asuman la responsabilidad solidaria de que trata el numeral 2.2.1.5 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente que una simple lectura de los textos de las autorizaciones permite concluir que las Junta Directivas de la Sociedades Grupo Odinsa S.A., Arquitectura y Concreto S.A. y Unique FZ Colombia S.A. autorizaron al representante legal para presentarse bajo la forma de promesa de sociedad futura y, por tanto, a asumir el tipo de responsabilidad previsto en el Pliego para tal forma de participación, que es la responsabilidad solidaria.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Revisados los textos de las autorizaciones, encuentra este Comité que las Junta Directivas de Grupo Odinsa S.A., Arquitectura y Concreto S.A. y Unique FZ Colombia S.A. autorizaron a sus representantes legales para *“asumir las obligaciones, compromisos y el tipo de responsabilidad previsto en el Pliego.”* Para el Comité Evaluador es más que evidente que la autorización dada en los términos anteriores implica la autorización a los representantes legales para comprometer a la sociedad promitente asumiendo la responsabilidad solidaria que el Pliego mismo requiere para los promitentes en el caso de Propuestas presentadas bajo la forma de Promesas de Sociedad Futura. Por esto, la observación se desecha.

#### **2.3.5. SOBRE EL COMPROMISO ANTICORRUPCIÓN:**

**OBSERVACIÓN:** Según el observante, el numeral 2.2.6 del Pliego dispone que el Compromiso Anticorrupción debe estar suscrito por los proponentes y sus integrantes. El Proponente resolvió suscribir un Compromiso Anticorrupción por el Proponente y otros tantos por cada uno de los promitentes; sin embargo, el Compromiso suscrito por Grupo Cónдор Inversiones S.A. no está suscrito por su representante legal.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En el folio 268 de la Propuesta se encuentra el Compromiso Anticorrupción del Grupo Cónдор Inversiones S.A. suscrito por su representante legal.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité desecha la observación en la medida en que ha verificado que, en efecto, en el folio 268 de la Propuesta se encuentra el Compromiso Anticorrupción del Grupo Cónдор Inversiones S.A. suscrito por su Presidente Luz María Correa Vargas.

#### **2.3.6. PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN INDICRECTA DE FLUGHAFEN ZURICH AG EN LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS – REQUISITOS TÉCNICOS:**

**OBSERVACIÓN:** Observa el Proponente que la acreditación de la capacidad técnica y de experiencia del Proponente Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A. no se presenta conforme a lo solicitado por el numeral 2.4.1 del Pliego dado que la participación indirecta en el Proponente por parte de la sociedad Flughafen Zurich AG, que de quien se invocan los méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, es de 9.94% y no del 10%, que es lo que requería el Pliego. En consecuencia, se solicita declarar la Propuesta a que se alude como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Presenta su defensa el Proponente argumentando que, de acuerdo con el Pliego, es necesario demostrar por parte de la persona llamada socio o accionista la participación de por lo menos el 10% del capital dentro de la sociedad prometida para poder así invocar la experiencia técnica de su accionista mayoritario. En tal sentido, la Propuesta ha cumplido cabalmente por lo ordenado por el Pliego toda vez que se han invocado los méritos de la sociedad Flughafen Zurich AG, quien es titular del 94.9% del capital social de la sociedad colombiana Unique FZ Colombia S.A. quien, a su vez, a prometido suscribir el 10% del capital de la sociedad prometida Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité desecha la observación y se remite a sus consideraciones expresadas en el numeral 2.2.1 anterior de este mismo escrito.

#### **2.4. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AEROPUERTOS DE OCCIDENTE S.A. CAO S.A.:**

##### **2.4.1. SOBRE LA ACREDITACIÓN DE REQUERIMIENTOS FINANCIEROS POR PARTE DE TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. ESPECIALMENTE EN CUANTO A SU REVISOR FISCAL:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2006, presentados por este el promitente Termotécnica Coindustrial S.A., no se encuentran suscritos por el revisor fiscal que, en la fecha, aparece inscrito en el registro mercantil como el revisor fiscal de la aludida. Así mismo, el observante anota que la sociedad Termotécnica Coindustrial S.A. no tiene en la sociedad prometida la participación mínima que le permita, según el Pliego, sumar su Patrimonio Neto y su Capital de Trabajo para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros por parte del Proponente que integra.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Se afirma que la persona que suscribe los estados financieros dictaminados, con corte al 31 de diciembre de 2006, era precisamente el revisor fiscal de la sociedad Termotécnica Coindustrial S.A. para tal época. Así mismo, afirma el Proponente que, precisamente porque la sociedad Termotécnica Coindustrial S.A. no tiene en la sociedad prometida la participación mínima que le permita, según el Pliego, sumar su Patrimonio Neto y su Capital de Trabajo para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros por parte del Proponente que integra, éstos no fueron sumados para tal propósito.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité es evidente que el certificado sobre existencia y representación legal refleja las inscripciones ocurridas en el registro mercantil para la fecha de su expedición. En cuanto a los estados financieros del promitente Termotécnica Coindustrial S.A. cortados al 31 de diciembre de 2006, este Comité, en ejercicio del principio constitucional de la buena fe y hasta tanto ello no sea desvirtuado, acepta que la persona que los suscribe ejercía como su revisor fiscal para la época de su aprobación. En cualquier caso, en la medida en que Termotécnica Coindustrial S.A. no ha aportado sus estados financieros para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros del Proponente, la observación resulta irrelevante.

#### **2.4.2. SOBRE LA SUPUESTA INHABILIDAD DE CONSULTORÍA COLOMBIANA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el observante que la sociedad Consultoría Colombiana S.A., que integra al Proponente Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A., participó en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007. La propuesta de Consultoría Colombiana S.A. fue rechazada por encontrarse el proponente incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal h) del artículo 8 de la ley 80 de 1993. Lo anterior, según el observante, hace que Consultoría Colombiana S.A. esté inhabilitado para participar en procesos licitatorios.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente en su defensa que el observante parte de una premisa falsa que es la de que Consultoría Colombiana S.A. se encuentra inhabilitada para participar en licitaciones públicas. La propuesta presentada dentro de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 e integrada por Consultoría Colombiana S.A. fue rechazada para el Grupo 1 de la citada licitación, no declarada inhábil, y fue adjudicataria del Grupo 3 de la misma.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó como aclaración la presentación de una certificación expedida por el IDU donde conste si dentro del proceso licitatorio IDU-LP-DG-022-2007 se declaró alguna inhabilidad a Consultoría Colombiana S.A. y, en caso de que así fuere, especificar el tipo de la misma. En respuesta al requerimiento, el Proponente acompañó la referida certificación de fecha 13 de febrero de 2006 y suscrita por Ana María Ospina Valencia, Subdirectora General Corporativa de la entidad, en la que el IDU manifiesta que:

*“En relación con la constancia de si Consultoría Colombiana S.A. ha estado en los registros del IDU alguna vez inhabilitada para participar en Licitaciones Públicas y para suscribir Contratos se precisa que la citada sociedad no ha estado inhabilitada para participar en los procesos de selección adelantados por la entidad, como tampoco ha estado inhabilitada para suscribir contratos.*

*(...)*

*Según se desprende del documento de respuestas a las observaciones presentadas por los proponentes al informe de evaluación de las ofertas,*

consolidado en el anexo 1, la propuesta presentada por el proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III, fue rechazada, por incurrir en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 8, literal h de la Ley 80 de 1993, al existir parentesco de segundo grado de consanguinidad entre el Representante Legal de la sociedad CONSULTORIA COLOMBIANA S.A., integrante del proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III y el Representante Legal de la sociedad CROMAS S.A., integrante de otro proponente para el mismo grupo denominado PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA DE SOLUCIONES URBANAS S.A.

Finalmente, se precisa que esta inhabilidad solo produjo efectos para el proceso de selección IDU-LP-DG-022-2007, en el entendido que, a diferencia de otras causales de inhabilidad que normalmente se extienden en el tiempo, **esta solo es efectiva para el proceso de selección en donde se presenta la situación que la configura**, cual es que en una misma Licitación participen dos sociedades cuyos representantes legales tienen parentesco en segundo grado de consanguinidad por ser hermanos, tal y como se decidió en el Anexo No. 1 contenido de las respuestas a las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación de las ofertas.

Lo anterior en atención a que las únicas inhabilidades que se extienden en el tiempo por un término de 5 años, son las consagradas en los literales b,c,d,e, e i, del artículo 8o. numeral 1 de la Ley 80 de 1993, tal y como lo dispone el inciso final del citado numeral, quedando esta excluida de tal consecuencia jurídica.” (subrayado y resaltado en el texto original)

Cree el Comité que las apreciaciones del IDU son más que suficientes para desestimar la observación planteada, pues están apoyadas en argumentaciones jurídicas de impecable contenido y, por tanto, a esas apreciaciones se remite el Comité en el sentido que la causal de inhabilidad establecida en el artículo 8, literal h) de la Ley 80 de 1993 solo se aplica al proceso de selección de que se trata y no se extiende en el tiempo, pues tal sanción no está prevista en la ley ante el acaecimiento de tal causal.

## **2.5. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. OACN S.A.:**

### **2.5.1. RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIRSE EN GARANTE DE OBLIGACIONES DE TERCEROS:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente observante que la sociedad promitente CSS Constructores S.A. tiene la prohibición estatutaria de constituirse en garante de obligaciones personales de los accionistas o de terceros, salvo autorización de la Asamblea de Accionistas. Extraña, sin embargo, el observante que con la Propuesta no se acompañe la autorización de la Asamblea de Accionistas de CSS Constructores S.A. para garantizar obligaciones de terceros.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Responde el Proponente en su defensa que la prohibición aludida por el observante no aplica cuando se trata de asumir obligaciones propias derivadas de su objeto social. De manera que, cuando el promitente CSS Constructores S.A. aceptó la responsabilidad solidaria requerida por el Pliego no asumió obligaciones de terceros sino obligaciones propias.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** La solidaridad es una modalidad que impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada acreedor o cada deudor lo sea respecto a la totalidad de la prestación. (Guillermo Ospina Fernández, Régimen General de las Obligaciones). En este orden de ideas, cuando se es deudor solidario, se debe la propia obligación y no la obligación de otro, puesto que cada deudor debe la misma cosa, razón por la cual el acreedor puede demandar conjuntamente a todos los deudores, o dirigirse contra uno solo de ellos, sin que puedan oponerle el beneficio de división (artículo 1561 del Código Civil). Es claro pues para este Comité que cuando una sociedad se compromete solidariamente, está garantizando el cumplimiento de su propia obligación y no la obligación de otro.

De acuerdo con lo requerido por el Pliego y por la Ley, cuando se presenta una propuesta bajo la modalidad de Promesa de Sociedad Futura, los promitentes responden solidariamente, es decir, responden por sus propias obligaciones y no por las obligaciones de terceros. En consecuencia, bajo esta modalidad, no se están garantizando obligaciones de terceros sino respondiendo solidariamente por el cumplimiento de las propias obligaciones adquiridas simultáneamente con otros deudores que también deben la totalidad de la prestación.

Visto lo anterior, para este Comité es claro que la participación de la sociedad CSS Constructores S.A. como promitente de una Propuesta presentada como Promesa de Sociedad Futura no requiere de la Autorización de su Asamblea de Accionistas pues la responsabilidad que está adquiriendo es de carácter solidario al paso que no se está garantizando la obligación de un tercero. Por lo anterior, la observación se desecha.

#### **2.5.2. RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE GRUPO CÓNDROR INVERSIONES S.A. DE AVALAR OBLIGACIONES DE TERCEROS:**

**OBSERVACIÓN:** De acuerdo con los estatutos de Grupo Cóndror Inversiones S.A., esta sociedad no puede garantizar ni otorgar avales respecto de obligaciones de terceros a menos que medie autorización de la Junta Directiva con el voto unánime de todos sus miembros. Según el observante esta prohibición contradice la solidaridad exigida por el Pliego y por el artículo 7 de la ley 80 de 1993 que establecen la solidaridad entre la sociedad y los socios.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Proponente sustenta su defensa en los mismos argumentos expresados en el numeral anterior, referidos a la sociedad CSS Constructores S.A., pero esta vez respecto de Grupo Cóndror Inversiones S.A.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité rechaza la observación con base en los argumentos expresados en el numeral anterior de este escrito según los cuales la solidaridad se predica de obligaciones propias y no implica la garantía frente a obligaciones de terceros.

### **2.5.3. SOBRE EL REVISOR FISCAL DE TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.**

**OBSERVACIÓN:** Esta observación coincide exactamente con la expresada por otro observante, y referida en el numeral 2.4.1 de este escrito.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La defensa del Proponente coincide exactamente con la expresada, para el mismo caso analizado, en el numeral 2.4.1 de este escrito.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité desecha la observación con base en los mismos argumentos expresados en el numeral 2.4.1 de este escrito.

### **2.5.4. PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN INDIRECTA DE FLUGHAFEN ZURICH AG EN LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS – REQUISITOS TÉCNICOS:**

**OBSERVACIÓN:** Observa el Proponente que la acreditación de la capacidad técnica y de experiencia del Proponente Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A. no se presenta conforme a lo solicitado por el numeral 2.4.1 del Pliego dado que la participación indirecta en el Proponente por parte de la sociedad Flughafen Zurich AG, que de quien se invocan los méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, es de 9.94% y no del 10%, que es lo que requería el Pliego. En consecuencia, se solicita declarar la Propuesta a que se alude como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Presenta su defensa el Proponente argumentando que, de acuerdo con el Pliego, es necesario demostrar por parte de la persona llamada socio o accionista la participación de por lo menos el 10% del capital dentro de la sociedad prometida para poder así invocar la experiencia técnica de su accionista mayoritario. En tal sentido, la Propuesta ha cumplido cabalmente lo ordenado por el Pliego toda vez que se han invocado los méritos de la sociedad Flughafen Zurich AG, quien es titular del 94.9% del capital social de la sociedad colombiana Unique FZ Colombia S.A. quien, a su vez, a prometido suscribir el 10% del capital de la sociedad prometida Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité desecha la observación y se remite a sus consideraciones expresadas en el numeral 2.2.1 anterior de este mismo escrito.

### **2.5.5. SOBRE LA FIRMA DEL AUDITOR INTERNO DE FLUGHAFEN ZURICH AG:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el observante que el certificado de participación directa de parte de la sociedad Flughafen Zurich AG en la sociedad Unique FZ Colombia S.A. está suscrito por el auditor interno de la compañía con lo cual no se cumple con la condición establecida en

el numeral 2.4.3 ordinal (i) del Pliego que exige que la dicha certificación debe ser suscrita por el revisor fiscal o su equivalente.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que en Suiza, país de origen de la sociedad Flughafen Zurich AG, no existe la figura del revisor fiscal y que su equivalente es el auditor interno. Por tanto, la certificación está expedida en los términos del numeral 2.4.3 ordinal (i) del Pliego.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** De acuerdo con el numeral 2.4.3 ordinal (i) del Pliego, si un Proponente que adopte la forma de Promesa de Sociedad Futura opta por acreditar la experiencia técnica de un tercero que participe en su capital social de manera indirecta, el Proponente deberá presentar una certificación suscrita por el representante legal y el revisor fiscal o su equivalente de quien se invocan los méritos en la que se certifique que su participación directa en el capital social del promitente de que se trate, y a través del cual participa de manera indirecta en el Proponente, es de más del cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social. Esta certificación deberá venir legalizada ante notario público y legalizada ante el Cónsul de Colombia o apostillada, de ser ello legalmente posible. Revisada la certificación que reposa a folios 295 y 296 del Proponente, el Comité encuentra que en la misma se certifica que Flughafen Zurich AG tiene una participación en el capital del promitente Unique FZ Colombia S.A. del 94.9%, la cual viene suscrita por el representante legal de Flughafen Zurich AG y por su auditor interno, como el equivalente suizo de la figura del revisor fiscal. Siendo ello así, el Comité determina que la certificación aludida cumple cabalmente con los requisitos del pliego y desecha así la observación presentada.

#### **2.5.6. SOBRE EL ACTA DE LA JUNTA DIRECTIVA DE FLUGHAFEN ZURICH AG.**

**OBSERVACIÓN:** Según el observante, no se acreditó que las decisiones de la Junta Directiva de Flughafen Zurich AG que constan en el acta aportada a folios 334 y 335 se hayan adoptado con la asistencia de mínimo siete de sus miembros.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La certificación de la reunión de la Junta Directiva de Flughafen Zurich AG incluye un texto en el que se indica que *“por mayoría de sus miembros y de acuerdo con un proceso debido y válido tal como es proveído por la regulaciones locales Suizas y por los estatutos de la sociedad se aprobó una resolución para la participación de la Compañía en una Licitación Pública en la República de Colombia...”* con lo que resulta acreditado que las determinaciones de la Junta Directiva de Flughafen Zurich AG se adoptaron con plena observación de sus estatutos.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para este Comité es de absoluta claridad que la certificación incluida en el acta de la Junta Directiva de Flughafen Zurich AG a que alude el Proponente, da fe que las decisiones se adoptaron en estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias y, en tal sentido, desecha las observaciones presentadas.

#### **2.5.7. RESPECTO DEL PODER DE FLUGHAFEN ZURICH AG.**

**OBSERVACIÓN:** Señala el observante que el poder otorgado por Flughafen Zurich AG para participar en la licitación no corresponde a las autorizaciones dadas por su Junta Directiva, excediendo las facultades de los representantes que lo otorgan.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Manifiesta el Proponente que el párrafo quinto de la certificación de las decisiones adoptadas por la Junta Directiva que ella fue dada para otorgar todos los poderes necesarios para representar a la compañía dentro de la Licitación. Así mismo indica que la autorización de la Junta indicó que ella se daba en los términos del numeral 2.4.3 del Pliego que, a su vez, remite al numeral 2.2.3 del Pliego y, en tal medida, la autorización de la Junta es suficiente para otorgar el poder conferido.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité hace suyos los argumentos expresados por el Proponente en su respuesta a la observación formulada y, en tal sentido, tiene claro que la autorización otorgada por la Junta Directiva se extendió haciendo que el poder se otorgara en los términos del numeral 2.4.3 del Pliego que indica que el tercero respecto de quien se invocan méritos debe acreditar la designación de un apoderado en los términos del numeral 2.2.3 del Pliego, con lo cual, además, se entiende una remisión a tal numeral. Por tanto, el poder presentado por Flughafen Zurich AG para participar en la Licitación, fue otorgado con base en autorizaciones suficientes, ajustadas en un todo a los requerimientos del Pliego y, por tanto, la observación se desecha.

#### **2.5.8. SOBRE LAS CERTIFICACIONES DE PAGOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES DEL GRUPO ODINSA S.A., MARVAL S.A. Y ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que las certificaciones de pagos de seguridad social y aportes parafiscales del Grupo Odinsa S.A., Marval S.A. y Arquitectura y Concreto S.A. no cumplen con las exigencias legales dado que no consta que dichas sociedades se encuentran a paz y salvo por concepto de pagos al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción – FIC.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que la contribución al FIC tiene, según la ley, el carácter de aporte parafiscal y, por tanto, su mención se encuentra incluida en las tres certificaciones aludidas por el observante.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para el Comité es claro que el aporte al FIC no hace parte del conjunto de pagos y aportes que deben ser certificados de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 789 de 2002. Por tanto la ausencia de una certificación de paz y salvo de los aportes al FIC no constituye un incumplimiento de lo requerido por el Pliego en su numeral 2.2.5 y, por tanto, la observación es desechada.

### **3. OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SISTEMA AEROPORTUARIO DE COLOMBIA S.A., SUS CONTRAOBSERVACIONES Y ACLARACIONES:**

#### **3.1 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:**

### **3.1.1 CERTIFICACIÓN DE LA CALIDAD EN LA QUE ADC & HAS MANAGEMENT LTD. OPERA EL AEROPUERTO:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que la certificación expedida por la autoridad aeronáutica del Ecuador sobre la experiencia de la sociedad ADC & HAS Management Ltd. no cumple con lo requerido por el numeral 2.4.1 del Pliego en la medida en que ella no permite comprobar en qué calidad actúa ADC & HAS Management Ltd. Por lo anterior, el Proponente no demostró la capacidad técnica de experiencia de quien invocó los meritos con tal propósito y, por ellos, la Propuesta debe ser declarada como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En su defensa, el Proponente afirma que, si bien en todos los casos los Proponentes estaban obligados a indicar el título bajo el cual la persona respecto de quien se invocaron los méritos administró el o los aeropuertos, lo cierto es que no en todos los casos dicho título debía certificarse con la certificación de la autoridad aeronáutica. Afirma el Proponente que, de conformidad con el numeral 2.4.3 del Pliego, únicamente se debería incluir dicha información en la certificación de la autoridad aeronáutica cuando el o los aeropuertos fueran operados por quien acredita la experiencia en el caso de asociaciones. De manera que, cuando quien acredita la experiencia en materia de operación de aeropuertos no llevara a cabo tal operación en asociación con uno o más terceros, lo Pliegos disponían la presentación del Anexo No. 5 en el cual se demostraba el título bajo el cual se administraron u operaron los aeropuertos. Siendo ello así, la certificación aportada por ADC & HAS Management Ltd. contenida a folio 366 cumple cabalmente con lo requerido en el Pliego en su numeral 2.4.3.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** De acuerdo con el numeral 2.4.3 del Pliego de Condiciones, los Proponentes debían acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia presentando, respecto de quien se invocan los méritos, el Anexo No. 5 debidamente diligenciado así como una certificación expedida por la autoridad aeronáutica del país en el que se encuentra el aeropuerto correspondiente en la que se acredite el cumplimiento de los requisitos en cuanto a movilización de pasajeros y, en caso de asociaciones, el porcentaje de participación en la misma de quien se acreditan los méritos así como su condición de responsable total o parcial de la operación y el título bajo el cual administró u operó el aeropuerto o aeropuertos de que se trate. El Comité ha procedido a revisar los documentos presentados por el Proponente y, particularmente, el Anexo No. 5 diligenciado y la certificación expedida por la Dirección General de Aviación Civil de la República del Ecuador respecto de la acreditación de la experiencia del integrante del Proponente ADC & HAS Management Ltd. que se encuentra en el folio 366, y ha encontrado: (i) que tanto el Anexo No. 5 como la aludida certificación han sido expedidos por quien, de acuerdo con el Pliego, debían hacerlo y que la certificación se encuentra debidamente legalizada, y (ii) que con los citados documentos el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. acredita que la sociedad ADC & HAS Management Ltd. (a) administró u operó un aeropuerto internacional que durante el año 2006 movilizó más de tres millones (3.000.000) de pasajeros; esta acreditación la cumplió el Proponente con la presentación de la certificación de la autoridad aeronáutica correspondiente, como lo exige el Pliego y (b) que tal operación la llevó a cabo directamente como contratista bajo la ejecución de un Contrato de Operación y

Mantenimiento; esta acreditación la cumplió el Proponente con la presentación del Anexo No. 5 debidamente diligenciado y con la presentación de la certificación de la autoridad aeronáutica correspondiente, como lo exige el Pliego.

Visto lo anterior, el Comité encuentra que el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. acreditó satisfactoriamente y con los documentos idóneos el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia requeridos por el Pliego y, por tanto, desecha la observación presentada.

### **3.1.2 ADC & HAS MANAGEMENT LTD. NO INCLUYE EN SU OBJETO SOCIAL LA OPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE AEROPUERTOS:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que la sociedad ADC & HAS Management Ltd., de quien el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. invoca sus méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, no incluye dentro de su objeto social la actividad principal de operar y administrar aeropuertos y, en tal medida, ADC & HAS Management Ltd. no tiene la capacidad legal para suscribir un contrato de concesión cuyo objeto sea la administración y operación de Aeropuertos, que es lo previsto por el Pliego de Condiciones.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Indica el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. que, tal como se desprende de los estatutos sociales de ADC & HAS Management Ltd., la sociedad puede dedicarse a cualquier negocio o negocios o a cualquier acto o actividad, que no esté prohibida bajo ninguna ley vigente en las Isla Vírgenes Británicas. En tal sentido, de acuerdo con la ley del país de constitución de ADC & HAS Management Ltd., esta sociedad puede llevar a cabo cualquier acto o negocio lícito incluyendo entre ellos la operación y administración de aeropuertos.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Inicia este Comité por afirmar que no es cierta la conclusión del observante, y sobre la cual sustenta su observación, en el sentido que ADC & HAS Management Ltd. debe firmar el Contrato de Concesión. De acuerdo con las reglas establecidas en el Pliego, que son la ley de la Licitación, cuando un tercero respecto de quien se invocan méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia haga parte de una promesa de sociedad futura como uno de sus promitentes, este tercero no debe comparecer a suscribir el Contrato de Concesión como sí lo debe hacer el tercero respecto de quien se invocan méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia que hace parte del proponente tan solo de manera indirecta. Siendo ello así, y teniendo en cuenta que los terceros participantes de manera directa en el Proponente respecto de quienes se invocan méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia no debían, según el Pliego, acreditar a la Aerocivil que su objeto social debía incluir de manera expresa la operación y administración de aeropuertos, la observación se desecha por carecer de sustento. En todo caso, para abundar en lo anterior, para el Comité es claro que el objeto social de ADC & HAS Management Ltd., tal como se acreditó en la Propuesta, evidentemente le permite desarrollar las actividades de administración y operación de aeropuertos.

### **3.2 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS:**

#### **3.2.1 DEL AVAL EXIGIDO POR LA LEY 842 DE 2003:**

**OBSERVACIÓN:** Dado que el Contrato de Concesión objeto de la Licitación incluye el desarrollo de actividades que implican el ejercicio de la ingeniería, la Propuesta debió contar con el aval de un ingeniero en los términos del artículo 20 de la ley 842 de 2003, razón por la cual la Propuesta debe ser rechazada.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Pliego no exigió que la propuesta se presentara con el aval de que trata el artículo 20 de la ley 842 de 2003 y, siendo ello así, mal puede la Aerocivil declarar la Propuesta como Propuesta no Elegible con base en un requisito no incluidos en los documentos de la licitación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Tal como ya se expresó en el numeral 1.1.1 de este documento, este Comité considera que el objeto de la Licitación es la selección de un adjudicatario para la celebración de un Contrato de Concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los Aeropuertos. Si bien la ejecución del Contrato de Concesión ciertamente implica la realización de construcciones y remodelaciones como actividad consecencial, lo cierto es que su objeto principal no lo constituye una actividad catalogada como de ejercicio de la ingeniería. Así mismo, en desarrollo de lo anterior, y como lo afirma el Proponente en su defensa, el Pliego no exigió expresamente el requisito aludido. Por las anteriores consideraciones, no se acepta la observación.

### **3.3 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A.:**

#### **3.3.1 TÍTULO BAJO EL CUAL ADMINISTRÓ U OPERO EL AEROPUERTO ADC & HAS MANAGEMENT LTD.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que la certificación expedida por la Dirección General de Aviación Civil de la República del Ecuador en relación con la experiencia acreditada por ADC & HAS Management Ltd. no establece el título a través del cual el promitente que invoca méritos operó el referido Aeropuerto. Así las cosas, el no incluir el título por el cual ADC & HAS Management Ltd. opera el Aeropuerto de Quito, implica la ausencia de certificación y, al ser éste un requisito esencial y necesario para la comparación de las Propuestas, se debe declarar la Propuesta como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La defensa del Proponente a esta observación es igual a la explicada en el numeral 3.1.2 de este escrito.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Con base en las argumentaciones y consideraciones expresadas en el numeral 3.2.1 de este escrito, el Comité desestima la observación presentada.

### 3.3.2 ESTIPULACIONES MÍNIMAS DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA – FECHA DE CORTE DE INVENTARIOS Y FORMA DE DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES:

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que en los estatutos incluidos en la promesa de sociedad presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. no se observa mención alguna sobre la fecha en que deben realizarse los inventarios ni de la distribución de utilidades, tal como lo exige el Código de Comercio en el numeral 8 del artículo 110 del Código de Comercio.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente en la respuesta a la observación formulada que la promesa de sociedad presentada con su Propuesta sí incluye las estipulaciones correspondientes al artículo 110 numeral 8) del Código de Comercio y, al efecto, refiere a los artículos 36 sobre los inventarios y balances, 40 sobre la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social y 38 y 39 sobre las reservas que deben hacerse.

Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó como aclaración la presentación de documento idóneo donde se evidencie la fecha de realización de los inventarios de la futura sociedad. En respuesta al requerimiento formulado por la Aerocivil, el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. se abstuvo de presentar documento alguno argumentando que el artículo 36 de los estatutos presentados con la promesa de sociedad, al indicar que los estados financieros de propósito general se elaborarán anualmente el 31 de diciembre, evidencia que los inventarios, necesaria y obligatoriamente, se deberán hacer para la misma fecha y, por tanto, dicho artículo 36 cumple con lo establecido en el artículo 110 del Código de Comercio, numeral 8. Por lo tanto, según lo afirma el Proponente en la respuesta al requerimiento, la Propuesta si cumplió los requisitos del Pliego, específicamente con su numeral 2.2.1.5, concluyendo el Proponente, como ya se expresó, que no hay lugar a aportar documento adicional alguno. El Proponente sustenta la anterior afirmación en las siguientes consideraciones:

(i) La interpretación sistemática de los artículos 52 y 445 del Código de Comercio y 34 de la ley 222 de 1995. El artículo 34 de la ley 222 de 1995 reprodujo el artículo 52 del Código de Comercio, de manera que cuando la primera disposición de refiere a “*estados financieros de propósito general*” está haciendo referencia a lo que en Código de Comercio denominó “*inventario y balance.*” De acuerdo con lo anterior, cuando el artículo 36 se refiere a los estados financieros de propósito general se está refiriendo también al inventario y al balance general.

(ii) De acuerdo con los artículos 52 y 445 del Código de Comercio, los balances y el inventario deben cortarse por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre de cada año. Estas normas, que son de carácter supletivo y en tal virtud aplicables a los estatutos sociales de la sociedad prometida, reiteran que la fecha de corte de los inventarios en la sociedad prometida es el 31 de diciembre.

(iii) De conformidad con las normas contables, los inventarios hacen parte del activo de la sociedad (artículo 63 del decreto 2649 de 1993) y, como tal, hacen parte esencial de los estados financieros. (artículo 34 del decreto 2649 de 1993). Se concluye entonces que si hay que preparar un balance general con corte a 31 de diciembre de cada año naturalmente es menester preparar el inventario, como parte del activo, para la misma fecha.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité hace suyas las consideraciones expresadas por el Proponente en respuesta a las observaciones presentadas y, particularmente, hace suyas las consideraciones incluidas en el documento de respuesta al requerimiento de la Aerocivil. En tal sentido, este Comité considera que los estatutos de la sociedad prometida Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. incluyen la fecha en que deberán hacerse los inventarios y la forma en que habrá de distribuirse las utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deben hacerse.

Con base en las argumentaciones propuestas por la Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A., para este Comité es claro que la fecha de corte de los estados financieros, asunto regulado con claridad meridiana en el artículo 36 de los estatutos propuestos, corresponde precisamente a la misma fecha en que deben hacerse los inventarios y balances generales, según la referencia que a estos los términos hace el numeral 8 de artículo 119 del Código de Comercio.

En igual sentido, este Comité concluye que basta la simple lectura de los artículos 38, 39 y 40 de los estatutos propuestos para concluir sin lugar a duda que los estatutos propuestos incluyen previsiones en torno a la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades y la indicación de las reservas que debe hacerse.

Visto lo anterior, este Comité tiene que los estatutos presentados junto con el contrato de promesa correspondientes al Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. cumplen cabalmente lo requerido por el numeral 8) del artículo 110 del Código de Comercio y, en tal sentido, este Comité concluye que las observaciones formuladas carecen por todo y con todo de fundamento alguno.

### **3.3.3 ADC & HAS MANAGEMENT LTD. NO INCLUYE EN SU OBJETO SOCIAL LA OPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE AEROPUERTOS:**

**OBSERVACIÓN:** Esta observación coincide exactamente con la referida en el numeral 3.1.2 de este escrito y hace referencia al hecho de que ADC & HAS Management Ltd., de quien el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. invoca sus méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, no incluye dentro de su objeto social la actividad principal de operar y administrar aeropuertos. Este observante agrega que, por lo anterior, la sociedad ADC & HAS Management Ltd. no tienen la capacidad legal para desarrollar la actividad que está acreditando y, además, no tiene capacidad para suscribir el contrato de promesa futura.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La Promesa de Sociedad Futura Sistema Aeroportuario de Colombia S.A. propone en su defensa la misma argumentación referida en el numeral 3.1.2 anterior.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité se atiene a las mismas consideraciones expresadas para resolver la observación planteada en el numeral 3.1.2 anterior de este mismo escrito. Para este Comité los terceros participantes de manera directa en el Proponente respecto de quienes se invocan méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia no debían, según el Pliego, acreditar a la Aerocivil que su objeto social debía incluir de manera expresa la operación y administración de aeropuertos. Así mismo, para el Comité es claro que una es la capacidad requerida para suscribir el Contrato de Concesión y otra bien diferente la requerida para suscribir el contrato de promesa por lo que no se encuentra el sustento de la afirmación del observante, la cual no fue desarrollada ni explicada por éste, según la cual si un promitente no tiene en su objeto social la actividad de administrar y operar aeropuertos, no tienen capacidad para suscribir el contrato de promesa de sociedad futura. En todo caso, para abundar en lo anterior, para el Comité es claro que el objeto social de ADC & HAS Management Ltd., tal como se acreditó en la Propuesta, evidentemente le permite desarrollar las actividades de administración y operación de aeropuertos. Por todo lo expresado, la observación es desechada por carecer de sustento.

#### **3.3.4 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el observante en su escrito de observaciones que la Garantía de Seriedad del Proponente, incluida en el folio 376, fue tomada por un contrato, el de promesa de sociedad, y no por sus integrantes. Por tanto la póliza no cumple con lo exigido por el numeral 2.5.3 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La póliza fue suscrita por Juan Hinestrosa Gallego, apoderado de todos los promitentes, por tanto, en la medida en que el poder le fue otorgado para actuar en nombre y representación de sus mandantes, es claro que la misma fue tomada por todos los promitentes a quienes representaba. Así mismo, la ley comercial indica que los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones que se celebren o ejecuten en desarrollo de la sociedad prometida, por tanto, no es cierto que los tomadores de la póliza no sean todos los promitentes. Quiere ello decir que, para todos los efectos, en los casos de promesas de sociedad futura son los promitentes quienes responden de manera solidaria e ilimitada por las operaciones que celebren o ejecuten.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Asiste la razón al observante en el sentido que la promesa de sociedad no constituye una nueva persona jurídica diferente de los promitentes y es tan solo un vehículo utilizado, en el caso que nos ocupa, para la presentación de las Propuestas. Siendo ello así, y teniendo en claro lo dispuesto por el artículo 119 del Código de Comercio en el sentido que en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida son los promitentes quienes responden ante terceros de forma solidaria e ilimitada, resulta claro que, para la Propuesta bajo análisis, son los promitentes los tomadores de la garantía no pudiéndose llegar a la conclusión, para el Comité carente de sustento, de que la póliza no fue tomada por nadie, o como lo dice el observante, fue

tomada por un contrato sin entidad o personalidad. Recuérdese, en todo caso, que una de las reglas de interpretación de los contratos, la incluida en el artículo 1620 del Código Civil, indica que se preferirá el sentido de una cláusula que pueda producir efectos sobre aquél sentido que no sea capaz de producir efecto alguno. Por lo anterior, la observación se desecha.

### **3.4 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AEROPUERTOS DE OCCIDENTE S.A.:**

#### **3.4.1 CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SUCURSAL DE INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION – ZORTEK SYSTEMS:**

**OBSERVACIÓN:** De acuerdo con la opinión del observante, la sociedad extranjera Intelligent Buildings Corporation – Zortek Systems no adjunta certificado de existencia y representación de la sociedad de nacionalidad estadounidense y se limita a presentar el certificado de existencia y representación legal de su sucursal colombiana.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** De acuerdo con el numeral 2.2.1.2 del Pliego, si las sociedades extranjeras tienen sucursal establecida en Colombia deberán presentar, para acreditar su existencia y representación legal, un certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su domicilio principal, con lo cual se entienden cumplidos los requisitos del Pliego.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Evidentemente el Pliego estableció con absoluta claridad que si las sociedades extranjeras tenían sucursal en Colombia, su existencia y representación, como lo ordena el estatuto mercantil, debía ser acreditado con el certificado sobre existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio correspondiente. En este certificado consta la duración, el objeto social y la representación legal, por tanto, la observación se desecha.

#### **3.4.2 ESTADOS FINANCIEROS DE INTELLIGENT BUILDINGS CORPORATION – ZORTEK SYSTEMS Y ADC & HAS MANAGEMENT LTD.:**

**OBSERVACIÓN:** Los estados financieros de Intelligent Buildings Corporation – Zortek Systems y ADC & HAS Management Ltd. no se encuentran certificados ni dictaminados de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 37 y 39 de la ley 222 de 1995.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El proponente sustenta su defensa afirmando que su Propuesta cumple con lo dispuesto en el numeral 2.3.2 del Pliego en la medida que a folio 187 se encuentra la opinión de Martínez, Greenberg & Company, contador público de Intelligent Buildings Corporation – Zortek Systems y a folio 209 está la opinión de Deloitte & Touche como auditor de ADC & HAS Management Ltd. Adicionalmente, en la medida en que las sociedades aludidas son sociedades extranjeras, no se les puede exigir el cumplimiento de los artículos 37 y 38 de la ley 222 de 1995.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Los artículos 37 y 38 de la ley 222 sobre certificación y dictamen de los estados financieros disponen:

*“ARTICULO 37. ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS. El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.*

*ARTICULO 38. ESTADOS FINANCIEROS DICTAMINADOS. Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas.*

*Estos estados deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión "ver la opinión adjunta" u otra similar. El sentido y alcance de su firma será el que se indique en el dictamen correspondiente.”*

Las anteriores disposiciones, de mandatorio cumplimiento para las sociedades nacionales, no resultan aplicables al caso de sociedades extranjeras. De manera que la forma en que las sociedades extranjeras corten sus cuentas y preparen y difundan sus estados financieros, será asunto regulados por la legislación del país de origen de cada sociedad no pudiéndose pretender, como lo hace el observante, que los estados financieros de Intelligent Buildings Corporation – Zortek Systems y ADC & HAS Management Ltd. tengan que haber sido preparados de acuerdo con la ley colombiana para efectos de ser presentados en el presente proceso de selección.

Encuentra el Comité que efectivamente los estados financieros de Intelligent Buildings Corporation – Zortek Systems, sociedad extranjera, incluyen la opinión de la firma Martínez, Greenberg & Company, quienes son contadores independientes, y los de ADC & HAS Management Ltd. incluyen la opinión de sus auditores la firma Deloitte & Touche, todo lo cual da fe sobre la razonabilidad y legalidad de los documentos presentados. Siendo ello así, este Comité encuentra que el requisito previsto en el numeral 2.3.2 del Pliego sobre presentar respecto de todas las personas que se invocan méritos, los Balances Generales y el Estado de Pérdidas y Ganancias, con un corte no más antiguo al 31 de diciembre de 2006, debidamente dictaminados por el revisor fiscal o su equivalente se encuentra cumplido por parte de Intelligent Buildings Corporation – Zortek Systems y ADC & HAS Management Ltd.

4. **OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A., SUS CONTRA OBSERVACIONES Y ACLARACIONES:**
- 4.1 **SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO PREVISTO EN EL ORDINAL (III) DEL NUMERAL 2.2.1.1 DEL PLIEGO POR PARTE DE VALORA S.A.:**

**4.1.1 POSICIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN:** En relación con la Propuesta presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.

*“Este proponente no cumplió con el requisito definido en el numeral 2.2.1.1., literal iii) del Pliego de Condiciones “Las sociedades colombianas que en los términos de este Pliego deban acreditar individualmente su existencia, representación legal y capacidad legal para participar en la Licitación, deberán demostrar a través del certificado de existencia y representación legal expedido por quien corresponda que... ..iii) El término de su duración es, por lo menos, de veintiséis (26) años contados desde la fecha de presentación de las Propuestas”.*

*La duración de la sociedad miembro del proponente, VALORA S.A. es inferior a lo requerido, puesto que su vigencia es hasta el 31 de diciembre de 2020 según consta en el folio 120 de la propuesta”*

Con base en las anteriores consideraciones, este Comité Evaluador declaró a la Propuesta presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A. como Propuesta no Elegible.

**4.1.2 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE:** El Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A. afirma que sus integrantes están en capacidad legal, técnica y financiera de cumplir con la Propuesta de conformidad con el Pliego. Afirma que la Propuesta es válida y que no debería ser declarada como Propuesta no Elegible sin que previamente la entidad solicitara subsanar el defecto advertido en la Propuesta, de conformidad con las reglas establecidas en el Pliego y en la ley. Solicita, en consecuencia, sanear el procedimiento ordenando al Proponente que se subsane el defecto y se reconsidere la calificación de la Propuesta. Sustenta su solicitud con base en las siguientes argumentaciones:

(i) Sostiene que, como lo señala la jurisprudencia<sup>1</sup>, el Pliego ha de considerarse en su conjunto y a la luz de la ley. Destaca el Proponente la regla establecida en el numeral 3.5.7 según la cual:

*“Durante la evaluación de las Propuestas, la Aerocivil tendrá especialmente en cuenta el principio establecido por el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993.”*

Y, concluye, que la Aerocivil no puede declarar la no elegibilidad de una propuesta hasta tanto se haya aplicado el principio legal contenido en el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993.

---

<sup>1</sup> Sentencia del 7 de mayo de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, CP Juan de Dios Hernández Mora.

(ii) Cita el Proponente el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, que a la letra dice:

*“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”*

Según el Proponente, el citado principio se concreta en la atribución que tiene la administración para solicitar que los defectos a los que se refiere la norma trascrita sean subsanados con lo cual se cumple con los fines de la administración al existir mayor competencia y posibilidades de contratación en las mejores condiciones para la administración y los administrados.

Apoya sus afirmaciones en jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>2</sup>, de la cual concluye que la entidad pública de que se trate, cuando advierta errores o deficiencias en las propuestas, debe (a) definir si los errores son o no de carácter sustancial, (b) corregir u ordenar corregir los errores no sustanciales y (c) descartar las propuestas que contengan errores sustanciales.

(iii) Continúa el Proponente advirtiendo que la posibilidad de solicitar correcciones de los errores de las Propuestas fue previsto por el numeral 3.2.4 del Pliego, que dice:

*“La ausencia de uno cualquiera de los Documentos para la Evaluación que, en los términos de este Pliego, sea requerido para la comparación de las Propuestas no será subsanable. Sin embargo, si cualquiera de los documentos adjuntados con la Propuesta presenta deficiencias que, a juicio de la Aerocivil, pueden ser subsanadas, se solicitará a los Proponentes respectivos que procedan con la subsanación en el tiempo que la Aerocivil indicará en el respectivo oficio. Si transcurrido el tiempo otorgado por la Aerocivil para la subsanación, ésta no se presenta o la subsanación no se efectuó tal como lo requirió la Aerocivil, la Propuesta de que se trate será declara como una Propuesta no Elegible.”*

De conformidad con la opinión del Proponente, el Pliego determinó como parámetros para la Adjudicación que (a) la ausencia de requisitos o documentos necesarios para la comparación, no será subsanable, (b) la Propuesta Económica no será subsanable, (c) los demás requisitos y documentos, esto es, los que no se requieren para la comparación de las Propuestas, pueden ser subsanables. Para dar cumplimiento a la ley y al Pliego, es necesario primeramente determinar de qué requisito o de qué documentos se predica la irregularidad, y luego proceder a determinar si el documento o requisito es requerido o no para la comparación de las Propuestas. Según el Proponente, la única mención que hace

---

<sup>2</sup> Sentencia del 18 de octubre de 2000, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP María Elena Giraldo Gómez.

el Pliego de los documentos requeridos para la comparación de las Propuestas, está contenida en los numerales 2.5.3 y 3.2.4 del Pliego que dicen:

*“La presentación de la Garantía de Seriedad se considerará un elemento esencial de las Propuestas requerido para su comparación y, por lo tanto, la ausencia de dicha garantía hará que la Propuesta de que se trate sea considerada como una Propuesta no Elegible.”*

*“La Propuesta Económica no será subsanable.”*

Salvo las anteriores referencias expresas, el Pliego no contiene un listado de los requisitos o documentos requeridos para la comparación de las Propuestas. De manera que para las falencias diferentes a las incluidas expresamente en el Pliego, es necesario que se determine si se trata o no de un aspecto sustancial conforme con el principio del inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993. Soportado en la jurisprudencia<sup>3</sup>, el Proponente afirma que el criterio para determinar si un requisito o documento es sustancial es que ellos representen un valor agregado al objeto de la contratación.

(iv) Afirma el Proponente que el Informe de Evaluación no hizo referencia a las razones en que se fundamentó la Aerocivil para no solicitar la subsanación de la falencia advertida en la Propuesta. Esta falta de fundamento, según lo afirma el Proponente, viola el numeral 7 del artículo 24 de la ley 80 sobre la necesidad de motivación de los informes de evaluación y limita el ejercicio del derecho de contradicción concluyendo que, en todo caso, en el informe de evaluación se omitió dar aplicación a la directriz contenida en el numeral 3.5.7 y el numeral 3.2.4 del Pliego antes de calificar a la Propuesta como Propuesta no Elegible. En suma, el informe de evaluación, rechazó la propuesta por cuanto uno de los promitentes no acreditó que su duración era de, por lo menos, 26 años sin embargo de lo cual el Comité no motivó las razones por las cuales consideró que éste era un requisito sustancial no subsanable.

Afirma el Proponente que con base en los parámetros establecidos en la jurisprudencia, el defecto advertido en la Propuesta es subsanable, dado que no es un requisito que se requiera para la comparación de las Propuestas toda vez que la duración de una de las sociedades que prometieron constituir una sociedad en caso de resultar adjudicatarios, que participa de forma minoritaria y que podría ceder su participación en la eventual sociedad, es un requisito que no compromete en forma alguna la comparación de los ofrecimientos de la Propuesta con las otras Propuestas.

(v) Insiste el Proponente afirmando que el defecto de la Propuesta es referido a uno de los integrantes del Proponente quien no tienen unas condiciones particulares para participar en la Licitación, de manera que la duración de los futuros socios es irrelevante para la comparación de las Propuestas y no podría declararse no elegible la Propuesta por el defecto advertido.

---

<sup>3</sup> Sentencia del 26 de abril de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Ruth Stella Correa Palacio.

(vi) Pasa a explicar el Proponente las razones por las cuales el requisito omitido no es requerido para la comparación de las Propuestas afirmando que, según el numeral 3.2.4 del Pliego, para que un requisito sea no subsanable es necesario que el Pliego mismo haya determinado que tal requisito es necesario para la comparación de las Propuestas. El requisito omitido se encuentra en el numeral 2.2.1.1 del Pliego, así:

*“2.2.1.1 Personas jurídicas colombianas*

*Las sociedades colombianas que en los términos de este Pliego deban acreditar individualmente su existencia, representación legal y capacidad legal para participar en la Licitación, deberán demostrar a través del certificado de existencia y representación legal expedido por quien corresponda que:*

*(...)*

*(iii) el término de su duración es, por lo menos, de veintiséis (26) años contados desde la fecha de presentación de las Propuestas.”*

Afirma entonces el Proponente que no existe ninguna mención en el Pliego que determine que el término de duración de las personas jurídicas que presenten una promesa de sociedad sea un requisito que se requiera para la comparación de las Propuestas, por lo tanto, se trata de una condición susceptible de ser subsanada. Para comprar las Propuestas, la duración de Valora S.A., que nunca será el Concesionario, no es requisito para comparar las Propuestas de manera que, respecto de esta sociedad, sólo se requiere que tenga la capacidad para comprometerse en el momento de la presentación de la Propuesta y que su compromiso sea válido y exigible. Los demás defectos serán subsanables. Así mismo, indica el Proponente, que según la jurisprudencia, los documentos requeridos para la comparación de las Propuestas son los que tienen la condición de ser sustanciales, esto es, los que realmente evidencian la experiencia e idoneidad del Proponente para cumplir con las necesidades de contratación de la entidad licitante que, tal como explica, el término de duración de uno de los promitentes no es requisito sustancial y, en tal medida es susceptible de ser subsanado.

(vii) El artículo 6 de la ley 80 de 1993 dispone que:

*ARTÍCULO 6o. 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.*

*Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.”*

Según el Proponente, la exigencia de capacidad y de duración resulta sustancial en relación con quienes celebren el Contrato, o con los miembros de consorcios o uniones temporales, que son verdaderos contratistas conjuntos, no de los socios de una sociedad

prometida en la que el contratista es ella y no sus socios. Así mismo, el defecto advertido en la duración de Valora S.A. no vicia la promesa de sociedad de la que hace parte ni impide la celebración ni vicia el contrato de sociedad que finalmente se celebre. Dice el Proponente que si Valora S.A. entrara en causal de disolución por la terminación del plazo de su duración, de conformidad con el artículo 220 del Código de Comercio, los accionistas tendrían un plazo de seis (6) meses para enervar tal causal. Así mismo, y dado que, según el Proponente, los defectos los socios no afectan la sociedad en la que participan, para la administración se torna sustancial no el término de duración de los miembros del contratista sino el del contratista mismo. Por tanto, el requisito a que alude el artículo 6 de la ley 80 de 1993 está acreditado respecto de la sociedad prometida dado que será ella la que tenga la condición de concesionario. Por lo anterior, es insostenible que no se pueda subsanar el término de duración de un promitente de una promesa de sociedad, sin vulnerar el principio del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993.

(viii) El término de duración de un Promitente no es sustancial pues, en los términos del Pliego, se permite a los accionistas del Concesionario ceder sus acciones a otro accionista.

(ix) Soportado en la jurisprudencia<sup>4</sup> el Proponente concluye que los requisitos sustanciales son aquellos que permiten adjudicar la Licitación a una persona con la suficiente experiencia que garantice su idoneidad para ejecutar el Contrato de manera que son sustanciales los requisitos relacionados con la experiencia técnica y la capacidad financiera. Afirma el Proponente que su Propuesta cumplió con la acreditación del cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia y de los requisitos financieros y que el defecto encontrado por el Comité Evaluador no se predica de las sociedades que acreditaron los méritos para cumplir con tales requisitos. En conclusión, según el Proponente, no pueda la Aerocivil privarse de contar con una propuesta altamente favorable, teniendo el deber y la oportunidad de que se corrija un requisito no sustancial.

(x) Termina el Proponente afirmando que, con base en lo expuesto, sólo por omisión o error pudo la administración no haber ordenado subsanar el defecto de duración de Valora S.A. y se descarta por el Proponente que la calificación dada a la propuesta de la Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A. hubiera sido fruto de un absoluto formalismo en la interpretación del Pliego. Según el Proponente, y al efecto cita pronunciamientos jurisprudenciales<sup>5</sup>, la ley 80 de 1993 eliminó el rigorismo y el formalismo en la contratación y dio un manejo más flexible a las situaciones que se presentan al analizar las Propuestas frente al Pliego para que, de esta forma, la administración no se prive de una buena Propuesta.

(xi) A manera de conclusión y solicitud, el Proponente afirma que su Propuesta reúne todos los requisitos para ser declarada como Propuesta Elegible y que el defecto advertido

---

<sup>4</sup> Sentencia del 7 de mayo de 2003. sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, CP Juan de Dios Montes Hernández.

<sup>5</sup> Sentencia del 19 de febrero de 1987, CP Julios César Uribe, Radicación 4694. Sentencia del 19 de junio de 1996. CP Jesús maría carrillo Ballesteros. Expediente No. 9868.

en la misma no es requerido para la comparación de las Propuestas ni sustancial entendiéndose que el Pliego exige, en estos casos, que se solicite la subsanación del defecto. Por tanto se solicita a la Aerocivil la subsanación del defecto.

(xii) Termina el Proponente afirmando que, en todo caso, a la fecha de presentación del escrito de observaciones, el requisito del plazo de Valora S.A. se encuentra cumplido.

**4.1.3 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPUERTOS DE COLOMBIA S.A.:** El Proponente observante indica que comparte las observaciones de la Aerocivil en este respecto y, adicionalmente, señala que este incumplimiento no puede ser subsanado en virtud del principio de igualdad, regla de oro de la Licitación.

**4.1.4 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:** Afirma el observante que, con base en lo dispuesto en el numeral 2.2.1.1 ordinal (iii), las sociedades colombianas que en los términos del Pliego deban acreditar individualmente su existencia, representación legal y capacidad para Participar en la Licitación, deberán demostrar que el término de duración es, por lo menos, de 26 años contados desde la presentación de las Propuestas. Visto lo anterior, la sociedad Valora S.A., integrante del Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A. violó la disposición citada en la medida en que tiene un término de duración de, tan sólo, 13 años.

Continúa el observante afirmando que la violación del requisito exigido se refiere precisamente a la existencia y representación legal para actuar en la Licitación. Si se llegara a afirmar que la participación de Valora S.A. en la promesa de sociedad es marginal y que, por tanto, bien podría excluirse a ésta sociedad, se debe tener en cuenta que este argumento tampoco procedería por cuanto las Propuestas, en los términos de la ley y el Pliego, no pueden ser modificadas y por cuanto el artículo 374 del Código de Comercio establece que las sociedades anónimas no se pueden crear ni pueden funcionar con menos de 5 accionistas, generándose la imposibilidad legal de constituir la sociedad prometida.

Según el observante, dado que Valora S.A. carece de capacidad para actuar en la Licitación, deja sin eficacia el contrato de promesa dado que, según el ordinal (xi) del numeral 2.2.1.5 del Pliego, la duración mínima requerida para la sociedad prometida es de 26 años, por lo tanto, todos los promitentes que suscriben el contrato de sociedad deben cumplir con este requisito, que en los términos del Pliego es fundamental.

Además, el requisito es esencial y aceptado por todos los demás Proponentes que no tuvieron reparo para su inclusión en las Propuestas.

Para terminar, afirma el observante que los pronunciamientos jurisprudenciales en los que apoya su posición el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A. no son aplicables a su pretensión de subsanar el grave error cometido y que no se trata de un mero condicionamiento de forma que pueda ser objeto

de corrección. Concluye afirmando que la omisión del requisito no es subsanable y que el pronunciamiento del Comité Evaluador se ajusta a derecho.

**4.1.5 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS S.A.:** Es evidente que la duración de Valora S.A. es inferior a los 26 años contados desde la fecha de presentación de las Propuestas, tal como lo requiere de manera expresa el Pliego. Este requisito, según el observante, no puede considerarse de ninguna manera como subsanable ya que su carácter es esencial en cuanto garantiza la permanencia del integrante durante todo el periodo de la Concesión. Así mismo, al ser un requisito específico del pliego se constituye en un elemento de captación objetiva de los Proponentes.

Concluye el observante afirmando que comparte plenamente la evaluación adelantada por la entidad respecto de este Proponente en la cual se determinó declarar la oferta del Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A. como Propuesta no Elegible.

**4.1.6 CONTRA OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A.:** El Proponente se defiende de las observaciones planteadas por los Proponentes observantes con base en las consideraciones que a continuación se resumen:

(i) En relación con la observación planteada por Promesa de Sociedad Sistema Aeroportuario de Colombia, afirma que el observante omite señalar las disposiciones contenidas en los numerales 3.5.7 y 3.2.4 del Pliego conforme con las cuales las propuestas están enmarcadas por el principio contenido en el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993. Por tales reglas, y por las razones expuestas en el escrito de observaciones, no se comparte la observación del Proponente al afirmar que el requisito no es subsanable toda vez que el término de duración de un Proponente que no aporta experiencia técnica o financiera no invalida el contrato de promesa de sociedad y no constituye un requisito necesario para la comparación de las Propuestas.

(ii) En relación con la observación planteada por Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A., afirma que el observante sustenta su posición acerca de la imposibilidad de subsanar la Propuesta en un pronunciamiento jurisprudencial<sup>6</sup> en el cual, en su mismo texto y de manera expresa, se establece que precisamente la administración está investida de la facultad de solicitar la corrección de las Propuestas. De esta forma, la sentencia citada por el observante confirma la posición consistente en que, de conformidad con la ley y el Pliego, los requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las Propuestas son subsanables. Así mismo, el observante argumenta que, por cuanto Valora S.A. no puede suscribir el contrato de sociedad lo afecta por cuanto las sociedades anónimas no pueden tener menos de 5 accionistas, a lo que el Proponente se defiende afirmando que ni el contrato de promesa ni el de sociedad se ven afectados por no contar con 5 acciones puesto que Valora S.A. es plenamente capaz de suscribir el contrato de sociedad, cuenta con las autorizaciones de

---

<sup>6</sup> Sentencia del 29 de marzo de 1984, Exp. 2418.

sus órganos sociales para ello y tiene un término de duración que excede el de la fecha de la firma prevista para la suscripción del contrato de sociedad.

(iii) En relación con la observación planteada por Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A. el Proponente se defiende afirmando que quien tienen la condición de contratista y, por ende, de concesionario, es la sociedad futura que se constituya, la cual forma una persona jurídica diferente de sus socios. Advierte el Proponente que no existe en el Contrato de Concesión un requisito de permanencia de los socios del Concesionario de forma tal que Valora S.A. bien puede negociar sus acciones antes de los 26 años que, según el observante, la sociedad tiene que estar vinculada al Concesionario. Ahora bien, dice el Proponente en su defensa, que si se trata del tema de la solidaridad, Valora S.A. ya está obligada a la misma desde la presentación de la Propuesta y cumplirá con la misma por el término exigido en el Pliego y en el Contrato pues su duración es, a la fecha, hasta el año 2040. Frente a la afirmación del observante de que la duración de los promitentes es un elemento para la comparación de las Propuestas en la medida en que es un requisito específico de la Licitación, el Proponente afirma que por las razones muchas veces explicadas en su escrito de observaciones no comparte tal afirmación y, particularmente, por lo dispuesto por la regla del numeral 3.2.4 del Pliego.

**4.1.7 SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE LA AEROCIVIL:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó al Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A., como aclaración la Propuesta, la presentación de documento idóneo donde se evidencie que la empresa Valora S.A. cumple con el requisito establecido en el numeral 2.2.1, literal (iii) del Pliego. El Proponente, junto con carta radicada el 11 de febrero de 2008, da respuesta a la Aerocivil adjuntando el original del certificado de existencia y representación legal de Valora S.A. en el cual se evidencia que, mediante reforma estatutaria llevada a cabo con posterioridad al cierre de la Licitación, se amplió el término de duración de la sociedad hasta el año 2040

**4.1.8 CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:** La Procuraduría considera que el incumplimiento del requisito de duración de la sociedad Valora S.A. no es un requisito necesario para la comparación de las ofertas, sin embargo manifiesta que *“es un requisito de capacidad de la Promesa de Sociedad Futura, pues uno de sus integrantes no tienen esa capacidad de obligarse durante el término exigido en el pliego de condiciones.”* Y, luego, continúa diciendo que *“es preciso indicar que la capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derecho y obligaciones como la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de aquella la constituye la capacidad para contratar.”*

Refiriéndose al artículo 6 inciso segundo de la ley 80 de 1993, dice la Procuraduría que *“esta norma reglamenta de manera específica una capacidad legal de las personas jurídicas para contratar con el Estado. La norma desarrolla una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate,*

sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley.” Y, luego continúa *“lo anterior, por cuanto que aceptar la subsanación del requisito iría en contra del principio de igualdad, dado que otros proponentes podrían haber dejado de participar por no tener la duración establecida en los pliegos, que de haber sabido que lo irían a admitir se hubiesen presentado su oferta.”* Y, concluye diciendo que *“se tiene que el término de duración de la Empresa Valora S.A. al momento de presentar la oferta era menor al solicitado en el pliego de condiciones y aceptar su modificación, una vez presentada la oferta, además de no cumplir los requisitos del pliego, mejora la oferta, violando posiblemente el principio de igualdad, rector de la contratación estatal.”*

**4.1.9 CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Sea lo primero advertir que la discusión en relación con la decisión del Informe Evaluación no tiene que ver con la existencia del incumplimiento del requisito definido en el numeral 2.2.1.1 ordinal (iii) del Pliego de Condiciones en relación con la sociedad Valora S.A. como promitente dentro del Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A., pues todos los Proponentes, aún el afectado, son contestes en que tal incumplimiento ciertamente se presenta, sino que la discusión radica en la posibilidad de que tal deficiencia pueda ser o no subsanada y en la obligación que tiene la Entidad de solicitar o no al Proponente tal subsanación.

En relación con la posibilidad de subsanar la deficiencia presentada en la Propuesta del Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A., sea lo primero advertir que este Comité se aparta de las consideraciones expresadas por el Proponente en la defensa de su Propuesta y, en su lugar, por considerarlas ajustadas a derecho, acoge las recomendaciones de la Procuraduría.

La presencia de Valora S.A. dentro del Proponente no es insignificante, como lo quiere hacer aparecer el Proponente basando su argumento de la participación de tal promitente en el capital de la sociedad prometida. El numeral 1.37 del Pliego define Proponente de la siguiente manera:

*“Proponente: Es la persona jurídica, los promitentes en el caso de Propuestas presentadas bajo la modalidad de promesa de sociedad, el Consorcio o la Unión Temporal, que han presentado Propuesta.”*

Es así como Valora S.A., al igual que los demás promitentes que componen la Propuesta, es considerado por el Pliego mismo como un Proponente y para la Aerocivil su presencia es ciertamente importante en la medida en que asume, en pie de igualdad con los demás promitentes, las obligaciones solidarias de que trata el Pliego.

Las Promesas de Sociedad Futura no constituyen personas jurídicas diferentes de sus integrantes y constituyen vehículos o instituciones de cooperación entre personas naturales o jurídicas que les permiten aunar esfuerzos para presentar propuestas dentro de una Licitación. Visto esto, es claro que, dado que las Promesas de Sociedad Futura no son sujetos de derecho y no pueden actuar como tales en relación con la presentación de la Propuesta, lo hacen sus miembros a través del mandato que otorgan al apoderado que

han designado. Son, pues, los promitentes quienes presentan y se obligan con la Propuesta. En este orden de ideas, los requisitos legales para participar en la Licitación se deben evaluar respecto de cada uno de los promitentes, sin que se pueda interpretar que unos sean más importantes que otros.

Siendo ello así, no puede concluirse que por la composición del capital de la sociedad que se promete constituir o por el hecho de que Valora S.A. no haya aportado sus méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros o los técnicos y de experiencia, su presencia en el Proponente sea menos importante que la de los otros promitentes. La presencia de Valora S.A., como Proponente que es, representa para la Aerocivil un valor agregado al objeto de la contratación.

Encuentra este Comité, además, que el requisito incumplido es esencial en la medida en que compromete la capacidad del integrante del Proponente para la presentación de la Propuesta y para asumir las obligaciones propias que, como integrante de una promesa de sociedad futura y, eventualmente, como accionista de una sociedad de propósito único, está obligado a asumir. Permitir la subsanación del requisito incumplido, además, implicaría claramente la posibilidad otorgada a uno de los Proponentes de mejorar la Propuesta con lo cual se violaría la igualdad de trato a que está obligada la administración respecto de los demás Proponentes y, como lo afirma la Procuraduría, respecto de los adquirentes del Pliego que no presentaron su oferta.

Dado que el Proponente en sus escrito de observaciones y de contraobservaciones afirmó que el requisito incumplido estaba corregido y dado el hecho de que el certificado de existencia y representación legal de Valora S.A. presentado junto con la Propuesta databa del 11 de diciembre de 2007 (folios 106 a 109), la Aerocivil, en ejercicio de la facultad contenida en el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó al Proponente la presentación de documento idóneo donde se evidenciara que la empresa Valora S.A. cumplía con el requisito establecido en el numeral 2.2.1, literal (iii) del Pliego. El Proponente, sin embargo, presentó un certificado de existencia y representación legal en el cual se deja constancia de que la Sociedad Valora S.A. procedió a adoptar la reforma estatutaria concerniente a su duración después del Cierre de la Licitación. De aceptar tal documento como válido dentro de la Licitación, la Aerocivil estaría aceptando la subsanación de un requisito esencial, que nada más y nada menos, tiene ver con la capacidad del Proponente lo cual implicaría un innegable mejoramiento de la Propuesta.

Por lo anterior, este Comité se ratifica en la declaratoria de Propuesta no Elegible respecto de la Propuesta presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.

#### **4.2 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:**

##### **4.2.1 SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS DE LA JUNTA DIRECTIVA, REVISOR FISCAL Y REPRESENTANTE LEGAL**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el Observante que, de conformidad con el numeral 12 del artículo 110 del Código de Comercio, para la constitución de una sociedad comercial se debe indicar el nombre y el domicilio de las personas que han de representar legalmente a la sociedad. En el folio 167 de la Propuesta se evidencia que la promesa de sociedad allegada por el Proponente deja en blanco el espacio correspondiente a los nombramientos de los miembros de la Junta Directiva, el representante legal principal y suplente y el revisor fiscal principal y suplente. La omisión del requisito hace que se incumplan lo requerido por el citado artículo 110 del Código de Comercio con lo cual no se cumplirían los requisitos para la constitución de la sociedad prometida.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Tal y como lo afirma el observante, el requisito a que se alude corresponde a uno que se debe observar al momento de la constitución de la sociedad. Se debe tener en cuenta que el contrato que se anexa es un contrato de promesa y no uno de sociedad. Por tal razón, en la cláusula duodécima del contrato de promesa, que obra a folios 167 y 168, se incluye la obligación para los promitentes de designar las personas que ocuparán los cargos a que alude la cláusula quincuagésima octava de los estatutos contenidos en la cláusula undécima del contrato de promesa. Siendo ello así, sólo cuando se otorga la escritura pública se hace necesario que la persona jurídica tenga representante legal que exprese su voluntad y, por tal razón el requisito de numeral 12 del artículo 110 del Código de Comercio es solamente exigible al momento de la constitución.

Concluye afirmando que la falta de representante y administradores de la sociedad que no se ha constituido no invalida el contrato de promesa toda vez que en éste se designó un apoderado de los promitentes, quien antes de la constitución de la sociedad los representa, y se pactó la obligación a cargo de los promitentes de que en caso que proceda la constitución de la sociedad se haría la designación de los administradores.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité Evaluador encuentra que el documento de promesa de sociedad allegado con la Propuesta de la Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A. cumple con los requisitos exigidos en el Pliego y con los requisitos del artículo 110 del Código de Comercio aplicables a este tipo de contratos por expresa remisión del artículo 119 del mismo estatuto mercantil. En cuanto hace referencia al requisito del numeral 12 del artículo 110 del Código de Comercio, este Comité encuentra la cláusula transitoria que dispone la designación de los representantes legales con su identificación, la quincuagésima octava de los estatutos propuestos (folio 167), y encuentra la obligación correlativa a cargo de los promitentes, incluida en la cláusula duodécima del contrato de promesa (folio 167), de designar las personas que ocuparán de representante legal principal y suplente. Si bien, en estricto sentido, las personas no se encuentran designadas a la fecha, si es cierto que la misma promesa prevé la obligación de designarlas antes de la constitución de suerte que su no designación constituirá un incumplimiento del contrato prometido. Sin embargo, lo que es claro, y aquí se comparte la opinión del Proponente expresada en su defensa, es que el requisito aludido corresponde a uno que se debe observar al momento de la constitución de la sociedad, lo cual está asegurado en el caso presente como una obligación expresa a cargo de los promitentes. Siendo ello así, se desecha la observación presentada.

#### **4.3 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS S.A.:**

##### **4.3.1 SOBRE EL AVAL DE LA LEY 842 DE 2003:**

**OBSERVACIÓN:** Este Proponente incumple el requisito relacionado con el aval de la Propuesta en los términos del artículo 20 de la ley 842 de 2003, razón por la cual la Propuesta debe ser rechazada.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Aunque una parte de las prestaciones previstas en el Contrato de Concesión tienen relación con el ejercicio de las ingenierías, ello no conduce en forma necesaria a que el objeto del contrato implique el desarrollo de actividades catalogadas como ejercicio de la ingeniería. El objeto del Contrato es el propio de un Contrato de Concesión y el mismo corresponde a la construcción de una obra pública. Finalmente, el Pliego no incluyó el requisito aludido.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Al respecto, se remite el Comité a las consideraciones expresadas en el numeral 1.1.1 de este escrito y, con base en ellas, no se acepta la observación.

#### **4.4 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPORTUARIO DE COLOMBIA S.A.:**

##### **4.4.1 SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD FINANCIERA:**

**OBSERVACIÓN:** El Proponente acredita el cumplimiento de los requisitos financieros previstos en el numeral 2.3.1 del Pliego por medio de uno solo de sus integrantes, la entidad financiera Corficolombiana S.A. Sin embargo de lo anterior, la dicha entidad no es la única que tiene una participación en la sociedad prometida superior al 10% de su capital. Según lo que afirma el observante, el Pliego es claro en determinar que en los casos de Promesas de Sociedad Futura, se deberá calcular el Patrimonio Neto o el Capital de Trabajo, según se trate, como la adición simple del Patrimonio Neto o el Capital de Trabajo de cada promitente, siempre y cuando su participación directa en el Proponente no sea inferior al diez por ciento (10%). Afirma, entonces, que acreditar la capacidad financiera sólo con uno de los integrantes del Proponente, por ser suficiente para aclarar los valores mínimos, no es viable pues es una visión financiera incompleta que no cumple con el citado numeral 2.3.1. De hecho, podría ocurrir que los demás promitentes tengan Patrimonios Netos o Capitales de Trabajos negativos, lo cual incidiría en el cálculo de dichos conceptos. Por todo lo anterior, el Proponente observado no acreditó satisfactoriamente el cumplimiento de los requisitos financieros pues ellos no representan la adición simple del Capital de Trabajo y el Patrimonio Neto de todos los Promitentes con una participación mayor al 10% del capital de la sociedad prometida. Por tanto, la Propuesta se debe declarar como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Empieza el Proponente por citar el numeral 1.11 del Pliego sobre el alcance de las aclaraciones según el cual las repuestas aclaran el alcance de las disposiciones del Pliego. En concordancia con lo anterior, en respuesta dada a una

pregunta que se le formuló durante el plazo de la Licitación, la Aerocivil confirmó el entendimiento del Proponente en el sentido que para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros sólo se debía diligenciar el Anexo 4B con la información del promitente que acreditara los requisitos financieros, así otros promitente tuvieran más del 10% de participación del Proponente.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité encuentra que, en desarrollo de la Licitación y ante la pregunta de uno de los interesados, la Aerocivil efectivamente aclaró el alcance de las disposiciones del Pliego en los siguientes términos:

*“Solicitamos se nos confirme nuestro entendimiento conforme con el cual cuando se presente una propuesta conjunta (consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura) y pese a que varios de sus integrantes tendrán el 10% o más de participación, si uno sólo cumple con los requisitos financieros, no es necesario aportar los balances y estados de pérdidas y ganancias de los demás, sino sólo del que los acredita.*

*En este mismo sentido, y frente al anterior caso, solicitamos se confirme nuestro entendimiento en el sentido que sólo se debe diligenciar Anexo No. 4B con la información del integrante o del promitente que acredite los requisitos financieros.*

*Su entendimiento es correcto.”*

Dado que, según lo que el mismo Pliego dispone en su numeral 1.11, las repuestas servirán para aclarar el Pliego y el Contrato, asiste la razón al Proponente en su defensa que la Aerocivil, con anterioridad al cierre, aclaró que según lo dispuesto en el Pliego, bastaba con que uno sólo de los promitentes acreditara el cumplimiento de los requisitos financieros mínimos para entender cumplido el requisito respecto del Proponente, no siendo necesario, en consecuencia, aportar la información financiera de todos los promitentes, aún en el evento en que ellos posean más del 10% del capital de la sociedad prometida. Por tanto, se rechaza la observación.

**5. OBSERVACIONES PRESENTADAS EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AEROPUERTOS DE OCCIDENTE S.A. CAO, SUS CONTRA OBSERVACIONES Y ACLARACIONES:**

**5.1 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO PREVISTO EN EL ORDINAL (I) DEL NUMERAL 2.2.1.1 DEL PLIEGO POR PARTE DE AGENCIAS UNIVERSALES S.A. AGUNSA:**

**5.1.1 POSICIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN:** En relación con la Propuesta presentada por el Proponente, el Informe de Evaluación dispuso:

*“Este proponente no cumplió con el requisito definido en el numeral 2.2.1.2., literal ii) del Pliego de Condiciones: “Las personas jurídicas extranjeras que en los términos de este Pliego deban acreditar individualmente su existencia, representación legal y capacidad legal para participar en la Licitación deberán*

*demostrar que: ...ii) Si son promitentes en una Promesa de Sociedad Futura, que su objeto social no incluye como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga...”*

*El objeto social de la sociedad miembro de proponente, AGUNSA, incluye como actividad conexas, potencial y accesoria o complementaria el transporte aéreo. Lo anterior, según consta en folios 50 y 51 de la propuesta: “Actuar como agente y/o consignatario de empresas dedicadas al transporte marítimo, aéreo o terrestre, de cargas y/o pasajeros; de empresas dedicadas al turismo, de firmas e corredores de compra, venta y fletamiento de naves, aeronaves y unidades terrestres; de astilleros y de sociedades de clasificación de buques; de empresas de salvataje y salvamento; de negocios navieros, aéreos o turísticos, de productos y elementos que se emplean en el transporte. La sociedad, dentro de su giro podrá actuar en el transporte marítimo, aéreo o terrestre como así mismo, en el embarque, carga y descarga, estiba y desestiba de naves y/o aeronaves, camiones y/u otros medios de transporte, en el negocio de lanchaje y muellaje y almacenamiento de mercaderías...”(Subrayado en el texto original).”*

Con base en las anteriores consideraciones, este Comité Evaluador declaró a la Propuesta presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A. CAO S.A. como Propuesta no Elegible.

**5.1.2 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE:** De acuerdo con lo afirmado por el Proponente, el rechazo de la Propuesta con base en el incumplimiento del numeral citado en el Informe, carece de fundamento por las razones que a continuación se expresan:

(i) Agunsa S.A. es una sociedad comercial, constituida y existente de acuerdo con las leyes de la República de Chile. Por lo anterior, el análisis de su capacidad jurídica derivada del objeto social no puede darse a la luz de la legislación colombiana. Ello de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 del Tratado de Montevideo del 12 de febrero de 1989, ratificado por Colombia mediante la ley 33 de 1992, que dispone que:

*“El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial”*

De esta forma el tratado y el artículo citado son de obligatorio cumplimiento para las autoridades colombianas, de tal suerte que el análisis del objeto social de Agunsa S.A. debe realizarse bajo la legislación chilena. Las normas chilenas sobre transporte aéreo y aviación general se encuentran en el Reglamento de Operación de Aeronaves – DAR06, adoptado mediante decreto No. 52 del 15 de abril de 2002, que estipula que para que una empresa pueda realizar los servicios de transporte aéreo requiere de autorización técnica operativa de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Por tanto, a la sociedad Agunsa S.A. no le es suficiente que su objeto social contenga la expresión “La sociedad, dentro de su giro podrá actuar en el transporte marítimo, aéreo o terrestre...” para realizar

actividades de prestación de servicios transporte aéreo de pasajeros y carga como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria toda vez que requiere de la autorización técnica operativa antes mencionada.

El alcance del objeto social está determinado por su contenido, así como por las regulaciones propias de cada una de las actividades que el mismo contiene. En el caso presente, la capacidad de prestar servicios de transporte aéreo se encuentra suprimida por la falta del acto administrativo que la habilite para ello. Agunsa S.A., en consecuencia, no puede desarrollar esta actividad por falta de habilitación, y respecto de la potencialidad de prestar servicios de transporte aéreo tienen la misma que es ninguna. En relación con esto, en el folio 53 de la Propuesta presentada se anexó una certificación de la Dirección General de Aeronáutica Civil de Chile donde se acredita, respecto de Agunsa S.A., la inexistencia de la citada autorización técnica operativa. Este certificado acredita la supresión de la posibilidad de Agunsa S.A. para realizar actividades de prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o carga como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria.

Continúa el Proponente afirmando que la capacidad general de las personas jurídicas está dada por la posibilidad de adquirir derechos y obligaciones en forma directa y autónoma. Sin embargo, tal capacidad está limitada por su objeto social, las regulaciones propias o las regulaciones externas, como es el caso de las actividades controladas. En el caso de las actividades reguladas, como lo es el transporte aéreo, existe una limitación a la capacidad y al objeto sociales en la medida en que se requiere de una autorización que es la que genera la capacidad de adquirir derechos y obligaciones y esa capacidad es la que permite la existencia real de la actividad dentro del objeto social. El Proponente cita un concepto de la Superintendencia de Sociedades en el cual se afirmó que *“Existen actos que requieren autorizaciones especiales... los cuales se encuentran sometidos a regímenes especiales y a diferentes tipos de controles, cuya omisión en la práctica equivaldría al ejercicio ilegal del objeto social.”*

Por último, concluye el Proponente, que si el objeto social incluye una determinada actividad pero no existe autorización para realizarla, esta actividad se podría considerar como no existente en cuanto no se tienen la capacidad de adquirir derechos y obligaciones en su nombre.

(ii) La Aerocivil, en pronunciamientos anteriores respecto de casos similares, ha estudiado la relación entre el objeto social de una sociedad extranjera, el Tratado de Montevideo, los permisos para desarrollar actividades de transporte aéreo y la verdadera y real capacidad para desarrollar estas actividades.

En la licitación No. 5000091 OL 2005, la Aerocivil afirmó que:

*“Debiendo el Comité dar aplicación a la ley vigente en el País, debe aceptar que para el desarrollo del objeto social de una persona jurídica extranjera, se debe estar a lo previsto en la normatividad del país de origen de la misma, motivo por el cual pese a tener el objeto de manera literal lo siguiente: “la sociedad tiene por objeto realizar (...) las siguientes actividades: PRESTACIÓN DE*

*SERVICIOS: Explotación del transporte de todo tipo de cargas terrestres, marítimas, fluviales y aéreas (...), se prueba que con la legislación argentina esto no es suficiente para que se pueda concluir que el objeto comprende la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros y/o de carga y que esta actividad se pueda desarrollar.”*

En la licitación No. 5000103 de 2005, la Aerocivil afirmó que:

*“... se observa que debido a las restricciones que presenta la ley Chilena para el desarrollo de actividades de transporte aéreo, la compañía no podría desarrollar dicha actividad, adicionalmente, se cuenta con certificado expedido por la Dirección General de Aeronáutica Civil de Chile, en la que consta que AGUNSA no desarrolla ni participa en el negocio de transporte aéreo. El Comité de Evaluación y Calificación sugiere a la Aerocivil consagre dicha restricción en el contrato de concesión, en caso de resultar adjudicatario.”*

Adicionalmente, afirma el Proponente que la ley 962 de 2005, sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos, estableció en su artículo primero que con el fin de evitar exigencias injustificadas a los administrados, todas las actividades que deban surtirse ante la administración, se deben desarrollar de acuerdo con los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Constitución.

Analizados los textos de los pliegos de condiciones de las licitaciones No. 5000091 OL 2005 y No. 5000103 de 2005 frente al Pliego de la actual Licitación, particularmente respecto de la prohibición de la participación de promitentes en una Promesa de Sociedad Futura en las que su objeto social incluya como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga, se concluye que el contenido de los mismos es igual. Afirma el Proponente que le llama la atención el calificativo potencial que se utiliza en el Pliego pues el mismo carece de fundamento jurídico ya que el objeto social está determinando las actividades que se incluyan en el mismo, pero ninguna norma se refiere a objetos sociales potenciales y, por ello, tal calificativo no puede tener trascendencia jurídica. Insiste el Proponente que cualquier actividad es potencialmente posible para todas las sociedades pues bastaría reformar los estatutos para realizarla.

Continúa el Proponente indicando que el informe final de evaluación de la licitación No. 5000103 de 2005 y el Informe de Evaluación de la presente Licitación son suscritos por dos funcionarios comunes lo cual es evidencia de que existe un error en el informe de evaluación pues los mismos funcionarios están concluyendo en forma diferente frente a la misma hipótesis. De no ser un error, se estaría en presencia de una violación al principio de la transparencia y se estaría vinculando la responsabilidad, no solo de la entidad pública, sino de los funcionarios evaluadores.

La Aerocivil, dentro de la licitación No. 5000103 de 2005 concluyó que Agunsa S.A., con el mismo objeto social que hoy detenta, cumplía con lo previsto en el Pliego y la adjudicación se efectuó en favor del Proponente del que Agunsa S.A. era parte. De manera que, si para el caso presente, se concluye que Agunsa S.A. no cumple con el Pliego habría que

concluirse que no cumplía con el pliego de la licitación No. 5000103 de 2005 y que, por tanto, o está incumpliendo con los estatutos del hoy concesionario ASAP S.A. o está incurso en una incompatibilidad no sobreviniente.

Cita el Proponente nuevamente la ley 962 de 2005, pero esta vez su artículo 11, para indicar que la Aerocivil conoce ampliamente lo referente al tema del objeto social de Agunsa S.A. y las implicaciones del mismo y en sus archivos están las pruebas de la improcedencia del rechazo que ahora se pretende configurar lo cual viola la ley y la teoría de los actos propios.

(iii) En relación con la teoría de los actos propios dice el Proponente que ésta consiste en la imposibilidad jurídica de variar de comportamiento injustificadamente cuando el mismo ha generado en el otro la expectativa de un comportamiento futuro. Según el Proponente, eso precisamente es lo que ocurre en el presente caso en el cual la administración ya había definido previamente el cumplimiento de Agunsa S.A. del requisito antes aludido ahora decide su incumplimiento. La decisión del Comité que ahora se observa es violatorio de la teoría de los actos propios y del principio de la buena fe que le da lugar, el que está consagrado constitucionalmente en el artículo 83 del Constitución. De conformidad con el principio de la buena fe no es posible el cambio de actitud de la administración en perjuicio de un tercero pues se han generado expectativas en beneficio de dicho tercero lo cual ocurre en el presente caso en el cual, para Agunsa S.A. había claridad en el tema del cumplimiento del requisito relacionado con el objeto social. Afirma el Proponente que una declaratoria de incumplimiento en el caso presente afecta la ejecución del Contrato de Concesión adjudicado en la licitación No. 5000103 de 2005.

(iv) Según el Proponente, lo que se consagra en el Pliego no es una incompatibilidad en el objeto sino en la efectividad del mismo respecto de no permitir que quien tenga el carácter de Concesionario o sus socios sean a la vez operadores del servicio de transporte aéreo de carga o pasajeros. De ello son muestra los ordinales (ix) y (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego. El fin de de la prohibición es, en consecuencia, el de evitar prácticas restrictivas de la competencia. Por tanto, y dado que en opinión del Proponente la inexistencia de autorización administrativa para prestar el servicio de transporte aéreo, se cumple con el criterio finalista que debe orientar la interpretación de las disposiciones del Pliego.

(vi) Con el mismo propósito antes anotado, es decir, evitar que existan prácticas restrictivas de la competencia, la cláusula 21.8 del Contrato establece que el Concesionario declara que ni él ni sus vinculados presta directa o indirectamente, servicios de transporte de pasajeros y carga. Con ello se reitera que la prohibición del numeral 2.2.1.2 del Pliego es la prevenir la operación de transporte aéreo del Concesionario o uno de sus miembros.

(v) Agunsa S.A. hace parte de la sociedad ASAP S.A., sociedad concesionaria de la Aerocivil según contrato de concesión adjudicado dentro de la licitación No. 5000103 de 2005. En dicho contrato se estableció el compromiso de Agunsa S.A. de no desarrollar la actividad de transporte aéreo. Mal haría la Aerocivil en desconocer el compromiso de Agunsa S.A.

Con base en todo lo anterior, el Proponente solicita a la Aerocivil replantear su decisión y considerar su Propuesta como Propuesta Elegible.

**5.1.3 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPUERTOS DE COLOMBIA S.A.:** El Proponente observante indica que comparte las observaciones de la Aerocivil en este respecto y, adicionalmente, señala que este incumplimiento no puede ser subsanado en virtud del principio de igualdad, regla de oro de la Licitación.

**5.1.4 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A.:** Según el observante, el certificado aportado por el Proponente y que obra a folio 53 sobre la inexistencia de la autorización técnica operativa de la Dirección General de Aeronáutica Civil no enmienda el error del incumplimiento contenido en el objeto social pues según el Pliego el objeto no puede incluir la potencialidad de prestar el servicio de transporte aéreo. Dado que el objeto social le permite a Agunsa S.A. solicitar tal autorización, ello basta para que la Propuesta sea declarada como Propuesta no Elegible

**5.1.5 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:** Según el observante, el Proponente acompaña a su Propuesta un certificado expedido por el Departamento de Seguridad Operacional, subdepartamento de operaciones de Chile según el cual Agunsa S.A. no tiene autorización técnico operativa para efectuar servicios de transporte aéreo. La certificación indica que tal actividad sí existe pero que no está autorizada porque no se ha solicitado tal permiso No certifica que le esté prohibido realizar tal actividad. Por tanto, tal documento no desvirtúa que en el objeto social de Agunsa S.A. se encuentre prevista la actividad de transporte aéreo de pasajeros y carga.

**5.1.6 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS S.A.:** Según el observante, el objeto social de la sociedad Agunsa S.A. incluye la prestación de servicios de transporte aéreo y el Cónsul de Colombia, en certificación que obra a folio 55, certifica que la sociedad ejerce su objeto social con lo cual resulta que Agunsa S.A. incumplió la prohibición establecida en el numeral 2.2.1.2 ordinal (ii) del Pliego. Tal prohibición no es excusable con argumentos tales como que la sociedad fue constituida bajo legislación extranjera ni mucho menos argumentado la existencia de un tratado de Derecho Comercial Internacional firmado en Montevideo para sostener que la prohibición aludida no aplica a este Proponente. Advierte el observante que la certificación aportada no es suficiente para subsanar el incumplimiento del literal (ii) del numeral 2.2.1.2 del Pliego por cuanto no puede confundirse la capacidad prevista expresamente en el objeto social de la compañía con un trámite administrativo que implica un título meramente habilitante o una autorización para desarrollar la actividad que está anticipadamente prevista en el objeto social.

Así mismo, indica el observante que aún cuando se trata de una sociedad extranjera, ella debe someterse incondicionalmente a las normas administrativas colombianas y a los documentos de la Licitación, tal como el Pliego de Condiciones y la Ley 105 de 1993.

Finalmente, anota el observante que la escritura pública de constitución de Agunsa S.A. deja evidente que la actividad de transporte aéreo se encuentra determinada como una actividad principal, prevista en el objeto social, de manera que es indiscutible sostener que la misma está comprendida y directamente relacionada con la finalidad que persigue la empresa y la actividad social.

**5.1.7 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.:** Según el observante, el objeto social de la sociedad Agunsa S.A. viola lo dispuesto en ordinal (i) del numeral 2.1 del Pliego, lo cual se ratifica cuando se observa la certificación de la autoridad aeronáutica de Chile dejando entrever que tienen la potencialidad de hacerlo tan pronto tramite tal autorización.

**5.1.8 CONTRA OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AEROPUERTOS DE OCCIDENTE S.A. CAO S.A.:** El Proponente se defiende de las observaciones plantadas por los Proponentes observantes con base en las consideraciones que a continuación se resumen:

(i) En relación con la observación planteada por Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte OACN S.A., afirma que esta observación fue ampliamente refutada en el documento de observaciones del Proponente radicado el 30 de enero de 2008 ante la Aerocivil sin perjuicio de lo cual aprovecha para reiterar, en relación con el énfasis que hace el observante respecto a la potencialidad a la que hace referencia el Pliego de Condiciones que el calificativo potencial que se utiliza carece de sustento jurídico, ya que el objeto social está determinado por las actividades que se incluyan precisamente dentro del objeto social principal o accesorio de la Sociedad, pues es perfectamente viable que una sociedad tenga pluralidad de objetos sociales pero ninguna norma del Código de Comercio se refiere a objetos sociales potenciales y, por ello, dicho calificativo no puede tener trascendencia jurídica. Insisten en cualquier actividad, la que sea, es potencialmente posible para todas las sociedades, independientemente de su objeto social pues bastaría modificar su objeto social para incluirla.

(ii) Sobre la observación planteada por Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeropuertos de Colombia S.A. afirma el Proponente que esta observación fue ampliamente refutada en el documento de observaciones del Proponente radicado el 30 de enero de 2008 ante la Aerocivil.

(iii) Sobre la observación planteada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sociedad Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A., afirma el Proponente que esta observación fue ampliamente refutada en el documento de observaciones del Proponente radicado el 30 de enero de 2008 ante la Aerocivil. Sin embargo, dado el énfasis que el observante da a la potencialidad, insiste el Proponente en que el calificativo potencial que se utiliza en el Pliego carece de sustento jurídico, ya que el objeto social está determinado por las actividades que se incluyan precisamente dentro del objeto social principal o accesorio de la Sociedad, pues es perfectamente viable que una sociedad tenga pluralidad de objetos sociales pero ninguna norma del Código de Comercio se refiere a objetos sociales potenciales y, por ello, dicho calificativo no puede tener trascendencia jurídica.

Insisten en cualquier actividad, la que sea, es potencialmente posible para todas las sociedades, independientemente de su objeto social pues bastaría modificar su objeto social para incluirla.

(iv) Sobre la observación planteada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A., afirma el Proponente que esta observación fue ampliamente refutada en el documento de observaciones del Proponente radicado el 30 de enero de 2008 ante la Aerocivil.

(v) Sobre la observación planteada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A., afirma el Proponente que esta observación fue ampliamente refutada en el documento de observaciones del Proponente radicado el 30 de enero de 2008 ante la Aerocivil.

**5.1.9 CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:** Según la Procuraduría, lo exigido en el Pliego de condiciones en el numeral 2.2.1.2 no admite interpretación en cuanto a la restricción de la posibilidad de desarrollar actividades de prestación de servicios de transporte aéreo. Su justificación se fundamenta en la autonomía de la Aerocivil al imponer tal obligación, sin que pueda vislumbrarse violación al principio de selección objetiva, pues la administración restringe la libertad del contratista a través de las cláusulas del pliego de condiciones, atendiendo diferentes criterios conforme a la conveniencia señalada en los estudios previos.

**5.1.10 CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Revisado el tema relacionado con el objeto social de Agunsa S.A. y su incumplimiento de numeral 2.2.1.2., ordinal (ii) del Pliego de Condiciones, quiere dejar sentado este Comité, que de la revisión inicial, se concluyó que dicho objeto social, en estricto sentido, incumple con lo previsto en la disposición licitatoria antes citada. Así mismo, para el Comité es claro que el Pliego de Condiciones de la Licitación que nos ocupa y el de las licitaciones No. 5000091 OL 2005 y No. 5000103 de 2005 es ciertamente diferente en cuanto a la forma en que incluye la prohibición de que trata el numeral 2.2.1.2., ordinal (ii) del Pliego de Condiciones. Por lo anotado, el Comité, en su informe inicial calificó, por este aspecto, como Propuesta no Elegible a la presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A. CAO S.A.

A pesar de lo anterior, el Comité no consideró en su momento un hecho que para este evento reviste fundamental importancia, y que lo hizo evidente el Proponente en sus observaciones, y es que la Aerocivil, por sus actuaciones anteriores en los procesos licitatorios de concesiones aeroportuarias, adoptó una posición que pudo haberle dado al Proponente la confianza de que en este proceso adoptaría decisiones análogas si no se advertía que el Pliego de Condiciones de la presente Licitación había cambiado respecto de los correspondientes a las licitaciones No. 5000091 OL 2005 y No. 5000103 de 2005 en cuanto al alcance de la prohibición de incluir en el Proponente integrantes con un objeto social que permitiera la realización de actividades de transporte aéreo. De hecho, el Proponente ha argumentado que analizados los textos de los pliegos de condiciones de las licitaciones No. 5000091 OL 2005 y No. 5000103 de 2005 frente al Pliego de la actual Licitación, particularmente respecto de la prohibición de la participación de promitentes en

una Promesa de Sociedad Futura en las que su objeto social incluya como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesoria o complementaria la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga, el contenido de los mismos es igual.

El Consejo de Estado, en sentencia de agosto de 1992, afirmó:

*“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual.”<sup>7</sup>*

La Corte Constitucional, planteando el principio de la confianza legítima, afirmó:

*“Este principio constitucional (de la confianza legítima) garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación ...”<sup>8</sup>*

En pronunciamiento diferente, rescata la Corte Constitucional el valor de la palabra oficial como sustento esencial de la democracia:

*“... todos los organismos y funcionarios del Estado se hallan obligados a observar y a aplicar en sus actuaciones el principio de la buena fe (C.P., art. 83), que exige, entre otros aspectos, reconocer con lealtad a los administrados aquello que han alcanzado sobre la base que le confieren las directrices y pautas trazadas por la propia administración.*

*Para la Corte es claro que el Estado traiciona los principios constitucionales y se burla de los gobernados -haciéndose por ello responsable- cuando por actos o promesas suyas los induce a creer que la sujeción a un proceso o a unas reglas de juego definidas habrá de producir determinadas consecuencias y luego, como los malos perdedores, desconoce los resultados correspondientes.*

---

<sup>7</sup> Providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 13 de agosto de 1992; Expediente N° 6.580.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001.

*Sustento esencial de la democracia y factor insustituible del Estado de Derecho es la certidumbre fundada del ciudadano en la palabra oficial. Si ésta pierde credibilidad, se afecta de manera grave la convivencia y se complican en sumo grado las futuras acciones de las autoridades públicas”<sup>9</sup>*

Visto lo anterior, es claro que fundadamente, el Proponente pudo esperar que en el caso de la Licitación que nos ocupa, la Aerocivil aplicara las mismas consideraciones que aplicó para casos similares al que hoy se decide. En ese orden de ideas, y con base en la observancia del principio de la confianza legítima, se acepta la observación del Proponente para concluir, como en casos anteriores, que debido a las restricciones que presenta la ley chilena para el desarrollo de actividades de transporte aéreo, la compañía no podría desarrollar dicha actividad. Adicionalmente, se cuenta con certificado expedido por la Dirección General de Aeronáutica Civil de Chile en la que consta que AGUNSA no desarrolla ni participa en el negocio de transporte aéreo.

## **5.2 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO EN LA ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS TÉCNICOS Y DE EXPERIENCIA:**

**5.2.1 POSICIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN:** En relación con la Propuesta presentada por el Proponente, el Informe de Evaluación dispuso:

*“Adicionalmente, este proponente no cumplió con el requisito definido en el numeral 2.4.3: ‘Los requisitos técnicos y de experiencia se deberán acreditar, respecto de quien se invocan los méritos, (i) diligenciando el Anexo No. 5 y (ii) presentando una certificación expedida por la autoridad aeronáutica del país en el que se encuentra el aeropuerto correspondiente, debidamente autenticada por Cónsul colombiano o debidamente apostillada, de ser legalmente posible, en la que se acredite el cumplimiento de los requisitos en cuanto a movilización de pasajeros y, en caso de asociaciones, el porcentaje de participación en la misma de quien se acreditan los méritos así como su condición de responsable total o parcial de la operación y el título bajo el cual administró u operó el aeropuerto o aeropuertos de que se trate. Cuando el aeropuerto o aeropuertos de que se trate sean de propiedad o estén a cargo de una autoridad diferente a la autoridad aeronáutica, la certificación sobre la condición de responsable total o parcial de la operación y el título bajo el cual administró u operó el aeropuerto o aeropuertos de que se trate podrá ser expedida por dicha autoridad. Sin embargo, la certificación sobre pasajeros movilizados deberá, en todos los casos, ser expedida por la autoridad aeronáutica correspondiente. Así mismo, alternativamente, cuando se trate de asociaciones, el porcentaje de participación en la misma de quien se acreditan los méritos podrá ser certificada por el representante legal y el revisor fiscal de la asociación de que se trate, o quien haga sus veces según la legislación extranjera. Todas las certificaciones mencionadas deberán venir autenticadas por Cónsul Colombiano o debidamente apostilladas, de ser legalmente posible...’ (Subrayado en el texto original).*

<sup>9</sup>

Corte Constitucional. Sentencia T-046 de 1995.

*El miembro del proponente, AGUNSA, no evidenció en su propuesta ‘...su condición de responsable total o parcial de la operación...’ en los términos exigidos en el Pliego de Condiciones.”*

Con base en las anteriores consideraciones, este Comité Evaluador declaró a la Propuesta presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A. CAO S.A. como Propuesta no Elegible.

**5.2.2 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE:** De acuerdo con lo afirmado por el Proponente, no está de acuerdo con las afirmaciones del Informe de Evaluación y, por el contrario, considera que está plenamente acreditada la experiencia específica en los términos exigidos en el Pliego de Condiciones, para lo cual expresa sus argumentos en el siguiente sentido:

(i) El numeral 2.4.3 del Pliego dispone que la acreditación del cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia se efectúa mediante dos documentos, el Anexo No. 5 y la certificación expedida por la autoridad aeronáutica del país en el que se encuentra el aeropuerto. Ambos documentos se presentaron con la Propuesta de Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A. CAO S.A. y en ellos se acreditan a cabalidad los requisitos previstos en el Pliego, así:

Anexo 5 (folios (oo389 y 00390):

- Identificación del Aeropuerto Operado
- El número de pasajeros movilizados en el año 2006
- El número de pasajeros embarcados en el año 2006
- El nombre del operador del Aeropuerto identificado claramente como Agunsa S.A., accionista de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. sociedad concesionaria.

La certificación del Ministerio de obras Públicas de Chile (folios 00394, 00395 y 00396:

- La adjudicación a SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. de la concesión obra pública fiscal denominada Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago.
- La condición de Agunsa S.A. de accionistas mayoritario del Concesionario.
- La obras ejecutadas
- Los servicios que comprende la explotación de obras
- La certificación del cumplimiento de todas las obligaciones.

La certificación del Ministerio de Obras de Chile contiene una afirmación que dice: *“A la fecha SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. sociedad concesionaria ha dado cumplimiento a todas las obligaciones derivadas del contrato de concesión en la obra pública fiscal denominada (Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago)...”* Concluye el Proponente que, lo anterior, determina que la sociedad, junto con todos sus miembros encargados de la explotación y operación del nombrado aeropuerto, han cumplido a satisfacción las responsabilidades encargadas en la concesión, lo cual implica la

operación de la terminal aérea. Dice el Proponente que toda obligación implica una responsabilidad en su cumplimiento o incumplimiento y si la obligación consiste en la realización de actividades definidas por el Pliego y el Contrato como de operación aeroportuaria, y la responsabilidad de su cumplimiento recae en cabeza de la concesionaria y siendo ella de las llamadas sociedades anónimas en las cuales la responsabilidad recae en cada uno de sus miembros hasta el monto de sus aportes, es cierto que Agunsa S.A. como accionista mayoritario de dicha sociedad es responsable por las actuaciones de la misma. Se acredita además que es accionista mayoritario con poder decisorio, lo que implica no solamente que es responsable parcial de la operación sino el mayor responsable frente a ella.

(ii) Dado que el Pliego dice que los términos que no estén expresamente definidos se tomarán en el sentido que les atribuya el lenguaje técnico correspondiente y, en su defecto, en su sentido natural y obvio, el Proponente trae las definiciones que de las expresiones 'acreditar', 'operación', 'responsable' y 'responder' trae el Diccionario de la real Academia de la Lengua Española para soportar su conclusión en el sentido que los documentos presentados son dignos de crédito y prueba su certeza y realidad de que, como socio mayoritario de una sociedad anónima, Agunsa S.A. está obligado a responder parcial y mayoritariamente y hasta el monto de sus aportes de la operación de aeropuerto de Santiago.

(iii) Así mismo, la declaración efectuada en el Anexo No. 5 señala expresa y claramente que Agunsa S.A. es responsable de la operación del Aeropuerto de la ciudad de Santiago, responsabilidad que comparte con los demás accionistas de la sociedad concesionaria. Esta afirmación, junto con las certificaciones presentadas, gozan de validez y se encuentran cobijadas por el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución y en el decreto 1192 de 1999, en el amplísimo catálogo de normas que consagran el principio de la buena fe y en la jurisprudencia constitucional<sup>10</sup>.

(iv) Todos los documentos aportados acreditan, tanto individualmente como en su conjunto, la calidad de operador de Aeropuerto de Santiago. Examinada la normatividad vigente sobre un tema particular, que no es de fácil entendimiento o cuyos contenidos no son claros, debe recurrirse a los postulados interpretativos de consagración legal y reconocimiento doctrinal y jurisprudencial. Dentro de tales postulados están el de la integración normativa, el método de interpretación contextual y el método de interpretación sistemática. La interpretación por contexto está consagrada precisamente en los artículos 30 y 1622 del Código Civil. En el caso que nos ocupa cabe la aplicación de tales postulados.

(v) Según el Proponente, la certificación exigida no requería que la misma contuviera escrita la frase 'responsable total o parcial de la operación'. Con base en citas doctrinales y jurisprudenciales concluye que lo que se debe buscar es aquello que se busca con el requisito y no la forma en que se escriba. Agunsa S.A, según el Proponente, ha demostrado su responsabilidad de la operación del terminal de Santiago lo cual constituye

---

<sup>10</sup> Sentencia T-090 de 1995, Sentencia C-023 de 1998, MP. Jorge Arango Mejía.

el requisito buscado y no la formalidad de exhibir el certificado con una manifestación expresa.

(vi) Concluye el Proponente trayendo el principio de la pérdida de la oportunidad económica según el cual, si la administración por un error de apreciación no evalúa la Propuesta o considera como sustanciales requisitos meramente formales, se configura un perjuicio al Proponente y un evento de responsabilidad extracontractual del Estado.

(vii) Por último, presente el Proponente una certificación de la sociedad concesionaria en la que consta que Agunsa S.A. tiene ingerencia en la administración y consecuentemente en la operación del Aeropuerto de Santiago y por tanto es responsable parcial de la operación.

**5.2.3 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPUERTOS DE COLOMBIA S.A.:** El Proponente observante indica que comparte las observaciones de la Aerocivil en este respecto y, adicionalmente, señala que este incumplimiento no puede ser subsanado en virtud del principio de igualdad, regla de oro de la Licitación.

**5.2.4 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:** Según el observante, el Proponente acompaña a su Propuesta una certificación expedida por el Ministerio de Obras Públicas de Chile en el cual no se señala el papel de esta compañía en la Concesión, esto es si se tiene o no la responsabilidad en la operación del aeropuerto, exigencia expresa del Pliego. De igual forma considera el observante que, de acuerdo con el Pliego, el Ministerio de Obras no es la autoridad competente para certificar si Agunsa S.A. opera o administra el terminal, por lo cual se debe declarar la Propuesta como Propuesta no Elegible.

**5.2.5 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.:** Según el observante, la certificación de experiencia del Proponente incluida a folio 392 no menciona que el promitente Agunsa S.A. haya asumido la responsabilidad operativa del terminal incumpliendo con lo preceptuado por el numeral 2.4.1 del Pliego.

**5.2.6 CONTRA OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN AEROPUERTOS DE OCCIDENTE S.A. CAO S.A.:** El Proponente se defiende de las observaciones plantadas por los Proponentes observantes con base en las consideraciones que a continuación se resumen:

(i) En relación con la observación planteada por Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte OACN S.A., afirma que esta observación fue ampliamente refutada en el numeral 2 del documento de observaciones al Informe de Evaluación radicado ante la Aerocivil el 30 de enero de 2008.

(ii) En relación con la observación planteada por Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeropuertos de Colombia S.A., afirma que este requisito no requiere ser subsanado pues fue cumplido a cabalidad y, en todo caso, esta observación fue

ampliamente refutada en el numeral 2 del documento de observaciones al Informe de Evaluación radicado ante la Aerocivil el 30 de enero de 2008.

(iii) En relación con la observación planteada por Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte OACN S.A., afirma que esta observación fue ampliamente refutada en el numeral 2 del documento de observaciones al Informe de Evaluación radicado ante la Aerocivil el 30 de enero de 2008.

**5.2.7 SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE LA AEROCIVIL:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó al Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A., como aclaración de la Propuesta, la presentación del Certificado expedido por la Aeronáutica de Chile debidamente autenticada en la que se acredite que la persona respecto de la cual se acredita el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia tuvo a su cargo la responsabilidad operativa total o parcial del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de la ciudad de Santiago de Chile. La anterior solicitud se atendió mediante comunicación del 15 de febrero de 2008 en la que se acompaña certificaciones expedidas por el Ministerio de Obras Públicas de Chile.

**5.2.8 CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité se ratifica en su calificación inicial de la Propuesta del Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A. en el sentido de considerarla como Propuesta no Elegible por no haber aportado la certificación de que trata el numeral 2.4.1 del Pliego dado que no se acreditó a la Aerocivil que la persona de quien se invocaron los méritos para el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, esto es la sociedad Agunsa S.A., hubiera asumido parte o la totalidad de la responsabilidad operativa del aeropuerto de que se trate.

No es admisible para el Comité el argumento del Proponente de que, por haber diligenciado el Anexo No. 5, se acredita la condición de Agunsa S.A. de haber sido el responsable total o parcial de la operación. El Pliego fue claro y expreso en que, para efectos de la acreditación de la condición de responsable total o parcial de la operación, debería hacerse mediante una certificación expedida por la autoridad aeronáutica del país del domicilio del aeropuerto de que se trate. Dice el Pliego en su numeral 2.4.3 que:

*“Los requisitos técnicos y de experiencia se deberán acreditar, respecto de quien se invocan los méritos, (i) diligenciando el Anexo No. 5 y (ii) presentando una certificación expedida por la autoridad aeronáutica del país en el que se encuentra el aeropuerto correspondiente, debidamente autenticada por cónsul colombiano o debidamente apostillada, de ser legalmente posible, en la que se acredite el cumplimiento de los requisitos en cuanto a movilización de pasajeros y, en caso de asociaciones, el porcentaje de participación en la misma de quien se acreditan los méritos así como su condición de responsable total o parcial de la operación y el título bajo el cual administró u operó el aeropuerto o aeropuertos de que se trate. (subrayado fuera de texto)*

La acreditación del cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia es, sin duda, un requisito para la comparación de las Propuestas al punto que se constituye en uno de los factores de desempate. Siendo ello así, el requisito es esencial y por tanto no subsanable, pues de permitirse su subsanación, la Aerocivil estaría permitiendo el mejoramiento de la Propuesta por parte de uno de los Proponentes en desconocimiento de lo preceptuado por el Pliego y la ley, lo que implicaría la violación de la igualdad.

### **5.3 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE OACN S.A.:**

#### **5.3.1 SOBRE EL DOMICILIO DEL APODERADO DE AGUNSA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que el apoderado de Agunsa S.A. no está domiciliado en Colombia incumpliendo no solo lo indicado en el numeral 2.2.3 del Pliego sino lo prescrito en el artículo 22.4 de la ley 80 de 1993. Por tanto, el apoderado no tiene capacidad legal para obrar en nombre del mandante dejando sin efectos los actos realizados por dicho apoderado dentro de la Licitación.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El apoderado de Agunsa S.A. es el señor Francisco Wiesner Tobar, cuyo domicilio es Colombia, con lo cual se da cumplimiento a lo requerido por el numeral 2.2.3 del Pliego.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité Evaluador encuentra que, tal como obra a folios 32 a 35, el apoderado de Agunsa S.A., para participar en la Licitación, es en efecto el señor Francisco Wiesner Tobar quien tiene domicilio en Colombia, tal como se declara en la Carta de Presentación de la Propuesta, particularmente en su folio 10, en el cual se indica que el Proponente está domiciliado en la ciudad de Bogotá. Sin ser necesarias consideraciones adicionales, se desecha la observación.

#### **5.3.2 EL PODER OTORGADO AL REPRESENTANTE DE LA PROMESA DE SOCIEDAD NO TIENE EL CARÁCTER DE INCONDICIONAL E IRREVOCABLE, COMO EXIGE EL NUMERAL 2.2.3.:**

**OBSERVACIÓN:** El poder otorgado al señor Francisco Wiesner no tiene el carácter de irrevocable e incondicional, como lo exige el numeral 2.2.3 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En el folio 34 de la Propuesta se establece que el poder es irrevocable e incondicional.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para este Comité resulta por completo evidente que el documento de poder otorgado al señor Francisco Wiesner, tal como consta en el folio 34, indica de manera expresa que *“el presente poder es irrevocable e incondicional”*. Por lo anterior, se desecha la observación.

#### **5.3.3 EN LA PROMESA DE SOCIEDAD NO SE INCLUYÓ AL AOH PARA DAR LA APROBACIÓN A LA TRANSACCIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD:**

**OBSERVACIÓN:** Dice el observante que en los estatutos de la sociedad prometida presentados por el Proponente no se incluyó al Aeropuerto Olaya Herrera como uno de los concedentes que deben dar su aprobación para la cesión de acciones de la sociedad prometida con lo cual se incumple el requisito previsto en el numeral 2.2.1.5 ordinal (viii) del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** La cláusula décima quinta, párrafo tercero, de los estatutos sociales de la sociedad prometida (folios 22 y 23) establece, en armonía con lo previsto por el numeral 2.2.1.5 (viii) del Pliego, que los accionistas que hayan aportado su capacidad financiera para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros o su experiencia para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, no podrán ceder su participación en la sociedad sino únicamente mediante autorización previa y expresa de la aerocivil y el AOH.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para este Comité es claro, luego de revisar el texto de los estatutos de la sociedad prometida presentado por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A., que ciertamente se incluyó una cláusula estatutaria, la décimo quinta párrafo tercero, que da cumplimiento a lo requerido por el ordinal (viii) del numeral 2.2.1.5 del Pliego, disponiendo que aquellos accionistas que hayan aportado su capacidad financiera para acreditar el cumplimiento de los requisitos financieros o hayan aportado su experiencia para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, no podrán ceder su participación accionaria en la sociedad prometida sino únicamente mediante autorización previa y expresa de la Aerocivil y el AOH, en los términos del Contrato de Concesión. Por tanto, se desecha la observación.

**5.3.4 EL PODER DE AGUNSA SOLO ES FIRMADO POR UNO DE LOS APODERADOS Y NO TIENE LA CAPACIDAD DE EFECTUAR LOS APORTES NI AUTORIZA A LOS APODERADOS PARA OBLIGARSE SOLIDARIAMENTE:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que los estatutos sociales de Agunsa S.A. establecen que la participación en la Licitación, incluido el otorgamiento del poder, debe contar con la autorización de dos directores tipo A actuando en forma conjunta, tal como lo establecen los estatutos de Agunsa S.A. Así pues, el poder como los demás actos, solo son firmados por uno de los apoderados. No es válido que se afirme que a folios 56 a 58 se permite que actúe uno solo de los apoderados de manera individual ya que ello contradice los estatutos sociales. Esto determina que Agunsa S.A. no está debidamente representada y viola los numerales 2.2.1.2 y 2.2.3 del Pliego por ausencia de capacidad. Así mismo, el poder otorgado por Agunsa S.A. no incluye la facultad expresa de efectuar los aportes así como tampoco se autoriza al apoderado para obligarse solidariamente, tal como en forma expresa lo exige el inciso final del numeral 2.2.1.2 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El poder que se adjunta a los folios 56 a 57 es otorgado a través de acta de reunión de directorio, con el voto unánime de sus miembros, reducida a escritura pública y en él se establece que cualquiera de los autorizados pueda actuar indistintamente por lo cual la observación no debe prosperar. Así mismo, sustenta su defensa el Proponente en cuanto a la acusación de que el poder no incluye expresamente

la facultad de efectuar el aporte y obligarse solidariamente, en el hecho de que el poder otorgado sí incluye facultades expresas en tal sentido, particularmente las del artículo segundo, ordinales (i), (ii), (iii) y (iv). El término 'expresamente' no se encuentra en el numeral 2.2.1.2 del Pliego, como erradamente lo indica el observante, y no cabe duda que las facultades otorgadas incluyen, sin necesidad de interpretación, el realizar los aportes y obligar a la sociedad solidariamente. En cuanto a esta última facultad, la de obligarse solidariamente, insiste el Proponente en que el Estatuto de Contratación Estatal establece la responsabilidad solidaria entre los promitentes de una promesa de sociedad futura. Un pacto en contrario sería ineficaz.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité encuentra que ciertamente, como afirma el proponente en su defensa, el poder otorgado, y que obra a folios 56 y 57, incluye las facultades de efectuar el aporte y obligarse solidariamente. No otra puede ser el alcance de la facultades de “suscribir la promesa de sociedad futura” y “efectuar todos los trámites pertinentes para la constitución de la sociedad prometida” pues en la primera de ellas está por supuesto implícita la responsabilidad solidaria a cargo de los promitentes que por la ley (artículo 119 del Código de Comercio) y del Pliego (ordinal (vi) del numeral 2.2.1.5 del Pliego) tienen este tipo de negocios jurídicos hasta antes de la constitución de la sociedad y la responsabilidad solidaria que, luego de la constitución de la sociedad, asumen los accionistas también por virtud de la ley (artículo 7, parágrafo 3 de la ley 80 de 1993) y de lo prescrito en el Pliego (ordinal (iv) numeral 2.2.1.5 del Pliego), en la medida en que se trata de una sociedad constituida con el único objeto de participar en la Licitación. De manera que a este Comité no le asiste duda alguna sobre que el poder otorgado, al incluir la facultad de suscribir la promesa de sociedad futura, incluye la facultad de obligarse solidariamente. En cuanto se hace referencia a la realización del aporte, tampoco le asiste duda al Comité que tal facultad está incluida en la facultad de efectuar todos los trámites pertinentes para la constitución de la sociedad prometida, pues es evidente que uno de esos trámites es precisamente el de pagar los aportes.

En cuanto a las facultades de los directores para obligar a la sociedad de manera separada, el documento aportado a folios 56 y 57 deja expresa constancia que las decisiones que allí constan, incluida la de autorizar la participación en la Licitación, fue adoptada de manera unánime por todos los directores participantes, luego la determinación fue adoptada, por lo menos, por dos directores con facultades Tipo A. De suerte que la observación no prospera.

### **5.3.5 SOBRE LA CAPACIDAD DE CONINSA RAMON H S.A. DE SER GARANTE DE TERCEROS:**

**OBSERVACIÓN:** Según el observante, la sociedad CONINSA Ramón H. S.A. no tiene la facultad de hacer parte de una promesa de sociedad futura pues, tal como se desprende del certificado sobre su existencia y representación legal, no tiene la capacidad de ser garante de terceros y, por ende, de asumir obligaciones solidarias con los demás socios de la sociedad prometida.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que el mismo estatuto expresamente exceptúa el caso en que se trate de garantizar obligaciones de sociedades en las CONINSA Ramón H S.A. sea socio o accionista y que, además, se trata de una actividad

expresamente incluida en su objeto social por tanto resulta viable otorgar tal aval. Por último, afirma que por haber otorgado autorización para suscribir el contrato de promesa de sociedad futura, debe entenderse que esta autorización implica la de asumir, en nombre de la sociedad, todos los efectos jurídicos que de la suscripción de tal contrato se derivan.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité se refiere a las consideraciones expresadas en el numeral 2.5.1 de este mismo escrito para concluir que, cuando se es deudor solidario, se debe la propia obligación y no la obligación de otro de manera que, cuando una sociedad se compromete solidariamente, está garantizando el cumplimiento de su propia obligación y no la obligación de otro. Por tanto, la observación no prospera.

### **5.3.6 SOBRE LA CAPACIDAD DE CONINSA RAMÓN H DE HACER PARTE DE NUEVAS SOCIEDADES:**

**OBSERVACIÓN:** Del objeto social de CONINSA Ramón H S.A. se concluye que no tienen la capacidad para constituir nuevas sociedades y hacer los aportes. Dado que los estatutos no se aportaron, no se conoce si definitivamente tienen tal facultad o no.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El certificado de existencia y representación legal de CONINSA Ramón H S.A. que obra a folio 62 a 68 incluye, como parte del objeto social, la adquisición de acciones de compañías de carácter comercial, bien sea que se trate de negocios industriales, comerciales, financieros de distribución de bienes o para la prestación de servicios. Así mismo, el mismo certificado establece que la sociedad podrá tomar interés como asociada de otras empresas de objeto análogo o complementario al suyo, hacer aportes en dinero, en bienes o en servicios a tales sociedades o empresas.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** le basta al Comité la simple lectura del objeto social para coincidir con el Proponente en el sentido que no le asiste la razón al observante sobre su afirmación en el sentido que el objeto social de CONINSA Ramón H S.A. no tiene la capacidad de constituir nuevas sociedades o hacer aportes. Al contrario de lo que opina el observante la sociedad tiene, precisamente y de manera expresa, la capacidad de participar en otras sociedades o empresas y efectuar el porte respectivo. Sin más la observación se desecha.

### **5.3.7 SOBRE LA CAPACIDAD DE VICON S.A. Y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A. DE ASUMIR OBLIGACIONES SOLIDARIAS EN LA PROMESA DE SOCIEDAD NI OTORGAR PODER A UN TERCERO:**

**OBSERVACIÓN:** Tanto respecto del Proponente Vicon S.A. como del Proponente Estudios Técnicos S.A. se evidencia de las actas de la Junta Directiva que las autorizaciones dadas no incluyen la de asumir responsabilidad solidaria y, por ende, no pueden asumir las obligaciones solidarias que se desprenden de presentar una Propuesta bajo la forma de promesa de sociedad futura. Ello por cuanto no obra la autorización del órgano social correspondiente.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Dice el Proponente en su defensa que la Propuesta incluye las autorizaciones de las Junta Directivas para suscribir el contrato de promesa y que tal autorización incluye la de obligarse solidariamente.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Revisados los certificados de existencia y representación de ambas sociedades, que obran a los folios 72 a 74 para el caso de Vicon S.A. y 80 a 82 para el caso de Estudios Técnicos S.A., se evidencia que en ambos casos los representantes legales tienen facultades para comprometer a las sociedades sin limitación por la cuantía o la naturaleza del acto, por tanto no se requería de autorización de la Junta Directiva. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente para este Comité que la autorización dada para suscribir el contrato de Promesa de Sociedad naturalmente incluye la de obligarse solidariamente, como ya se explicó en el numeral 5.3.4 de este escrito.

**5.3.8 CONSTRUCCIONES CF LTDA. NO ADJUNTÓ EL ACTA DE LA JUNTA DIRECTIVA DONDE SE AUTORIZA A EFECTUAR OPERACIONES POR MAYOR CUANTÍA:**

**OBSERVACIÓN:** Construcciones CF Ltda. no adjuntó, como debía hacerlo, el acta donde conste la autorización de la Junta Directiva para participar en la Licitación en la medida en que, como se desprende del certificado sobre existencia y representación legal, el representante legal necesita autorización para contratar por cuantías superiores a los \$20.000.000.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Según el certificado de existencia y representación legal, el gerente legal no tiene limitaciones por la cuantía del negocio. Como gerente se designó al señor Pedro Pablo Cabo Pulido, que es quien suscribió todos los documentos de la Licitación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Es evidente para este Comité que, de acuerdo con lo que consta en el respectivo certificado de existencia y representación legal, el gerente de la sociedad aludida tiene facultades de representación de la sociedad sin limitación por la cuantía o la naturaleza del acto y por tanto no se requiere autorización de la Junta de Socios para actuar en la licitación. Vale decir que la limitación a que se refiere el observante se predica del suplente del representante legal y, en este caso, actuó en todos los casos el principal. Por lo expresado, la observación se desecha.

**5.3.9 SOBRE LA CERTIFICACIÓN DE LOS PAGOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES DE AGUNSA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que la certificación la suscribió el apoderado de Agunsa S.A. y no el auditor, como lo manda la ley chilena, con lo cual se viola el numeral 2.2.5 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En armonía con las facultades propias de su cargo, el representante legal del Proponente suscribió la certificación sobre obligaciones la no existencia de empleados contratados en Colombia. El Pliego no dispuso quién debe suscribir la certificación sobre los empleados en Colombia, pero está dentro de las funciones del representante legal.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Agunsa S.A. es una sociedad extranjera. Para el caso de las sociedades extranjeras, el Pliego dispuso en su numeral 2.2.5:

*“Si alguno de las personas anteriormente aludidas no tiene empleados en Colombia y, por tanto, no está en la obligación de cumplir con pagos a la seguridad social y aportes parafiscales, así lo deberá certificar.”*

Encuentra el Comité que el representante legal de Agunsa S.A. certificó por su representante legal, con capacidad de representación, que no tiene empleados en Colombia y, por tanto, no debe cumplir con las obligaciones a la seguridad social y aportes parafiscales. En los términos del Pliego, se cumplió con el requisito exigido mediante certificación que, además, no se solicitó que fuera expedido por funcionario específico.

**5.3.10 SOBRE EL PAGO DE LOS APORTES AL FIC DE LOS MIEMBROS DEL PROPONENTE CONINSA RAMÓN H S.A., VICON S.A., ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., AIA S.A., CONSTRUTEL S.A. Y CONSTRUCCIONES CF LTDA.:**

**OBSERVACIÓN:** Las certificaciones sobre pagos a la seguridad social y aportes parafiscales de las sociedades CONINSA Ramón H S.A., VICON S.A., Estudios Técnicos S.A., AIA S.A., Construtel S.A. y Construcciones CF Ltda. no incluyen constancia del pago de aportes al FIC incumpliendo así lo preceptuado por el Pliego en su numeral 2.2.5. así mismo, no se acredita que para la fecha de apertura de la Licitación los integrantes aludidos hayan estado al día en los referidos pagos.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El aporte al FIC aludido por el observante no hace parte de los aportes a la seguridad social y parafiscales, respecto de los cuales se debe certificar el paz y salvo, en los términos del artículo 50 de la ley 789 de 2002 y el artículo 1 de la ley 828 de 2003.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Tal como ya se ha expresado repetidamente en este escrito, para el Comité es claro que el aporte al FIC no hace parte del conjunto de pagos y aportes que deben ser certificados de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 789 de 2002. Por tanto la ausencia de una certificación de paz y salvo de los aportes al FIC no constituye un incumplimiento de lo requerido por el Pliego en su numeral 2.2.5 y, por tanto, la observación es desechada. Adicionalmente todas las certificaciones aportadas acreditan que para la fecha de apertura de la Licitación, los promitentes cumplían con sus obligaciones de pago a la seguridad social y aportes parafiscales.

**5.4 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPORTUARIO DE COLOMBIA S.A.:**

**5.4.1 SOBRE LAS ACTAS DE AGUNSA S.A., CONINSA RAMÓN H. S.A., VICON S.A. Y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Dice el observante que Agunsa S.A. presentó el acta de su directorio sin que se otorgara la facultad de asumir la responsabilidad solidaria. Así mismo, respecto de

CONINSA Ramón H S.A., Estudios Técnicos S.A. y Vicon S.A., no se adjuntaron las actas de los órganos sociales correspondientes en las cuales constan la autorización para asumir la responsabilidad solidaria.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Proponente remite a las respuesta dadas a otros observante en el mismo sentido, concluyendo que las actas de todos lo promitentes aludidos autorizan a sus representantes legales a suscribir el contrato de concesión futura y con ello la autorizan a asumir la responsabilidad solidaria.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** En relación con el acta de Agunsa S.A., el Comité remite a la consideración presentada en el numeral 5.3.4 de este escrito en el sentido que el poder otorgado, al incluir la facultad de suscribir la promesa de sociedad futura, incluye la facultad de obligarse solidariamente. Para el caso de VICON S.A. y Estudios Técnicos S.A., se remite al numeral 5.3.7 de este escrito en donde se dejó claro que en ambos casos los representantes legales tienen facultades para comprometer a las sociedades sin limitación por la cuantía o la naturaleza del acto, por tanto no se requería de autorización de la Junta Directiva. Respecto del acta de CONINSA Ramón H S.A. se tiene la misma consideración expresada en el caso de Agunsa S.A. en el sentido que, tal como se ha explicado previamente, al incluir la facultad de suscribir la promesa de sociedad futura, incluye la facultad de obligarse solidariamente. Por tanto, la observación se desecha.

## **5.5 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A.:**

### **5.5.1 SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. ACTAS DE AGUNSA S.A., CONINSA RAMÓN H. S.A., VICON S.A. Y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Dice el observante que de conformidad con el numeral 2.2.1.2 del Pliego debió adjuntarse el acta del órgano social donde conste la autorización para asumir la responsabilidad solidaria de que trata el numeral 2.2.1.5. Según el observante, las actas de los promitentes Agunsa S.A., CONINSA Ramón H S.A., VICON S.A. y Estudios Técnicos S.A. presentaron el acta de su junta directiva sin que se otorgara la facultad de asumir la responsabilidad solidaria.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Proponente remite a las respuesta dadas a otros observante en el mismo sentido, concluyendo que las actas de todos lo promitentes aludidos autorizan a sus representantes legales a suscribir el contrato de concesión futura y con ello la autorizan a asumir la responsabilidad solidaria.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Este Comité se remite a las consideraciones expresadas en el numeral 5.4.1 de este escrito y, con base en ellas, desestima la observación presentada.

### **5.5.2 SOBRE LA GARANTÍA DE SERIEDAD:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el observante en su escrito de observaciones que la Garantía de Seriedad del Proponente, incluida en el folio 405, fue tomada por un contrato, el de promesa de sociedad, y no por sus integrantes. Por tanto la póliza no cumple con lo exigido por el numeral 2.5.3 del Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En armonía con lo solicitado por el Pliego, la garantía fue expedida a cargo de los promitentes de la promesa de sociedad. La póliza fue tomada bajo el nombre de la promesa de sociedad futura, que es la forma que se adoptó para presentar la Propuesta, con la indicación de las personas a cargo de quienes se expide y evidenciando claramente las obligaciones amparadas y contenidas en el numeral 2.5.3 del Pliego.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Tal como ya se expresó en este mismo escrito, la promesa de sociedad no constituye una nueva persona jurídica diferente de los promitentes y es tan solo un vehículo utilizado, en el caso que nos ocupa, para la presentación de las Propuestas. Siendo ello así, y teniendo claro lo dispuesto por el artículo 119 del Código de Comercio en el sentido que en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida son los promitentes quienes responden ante terceros de forma solidaria e ilimitada, resulta claro que, para el caso de la Propuesta bajo análisis, son los promitentes los tomadores de la garantía no pudiéndose llegar a la conclusión, para el Comité carente de sustento, de que la póliza no fue tomada por nadie, o como lo dice el observante, fue tomada por un contrato sin entidad o personalidad. Recuérdese, en todo caso, que una de las reglas de interpretación de los contratos, la incluida en el artículo 1620 del Código Civil, indica que se preferirá el sentido de una cláusula que pueda producir efectos sobre aquél sentido que no sea capaz de producir efecto alguno. Por lo anterior, la observación se desecha.

## **5.6 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS S.A.:**

### **5.6.1 DEL AVAL EXIGIDO POR LA LEY 842:**

**OBSERVACIÓN:** El Proponente incumple el requisito relacionado con el aval de un ingeniero en los términos del artículo 20 de la ley 842 de 2003, razón por la cual la Propuesta debe ser rechazada.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El objeto de la Licitación no constituye una actividad de ingeniería en los términos definidos por la ley 842 de 2003 y, por tanto, no hay lugar a la exigencia del aval de que trata el artículo 20 de la ley 842 de 2003. Así mismo, el Pliego no exigió el aval aludido.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Se reitera una vez más que el objeto de la Licitación es la selección de un adjudicatario para la celebración de un Contrato de Concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los Aeropuertos. Si bien la ejecución del Contrato de Concesión ciertamente implica la realización de construcciones y remodelaciones como actividad consecuencial, lo cierto es que su objeto principal no lo constituye una actividad

catalogada como de ejercicio de la ingeniería. Así mismo, en desarrollo de lo anterior, el Pliego no exigió expresamente el requisito aludido y no resultaría procedente, en modo alguno, exigir el cumplimiento de un requisito que no se incluyó en el texto del Pliego. Por las anteriores consideraciones, no se acepta la observación.

#### **5.6.2 SOBRE EL APODERADO O REPRESENTANTE COMÚN:**

**OBSERVACIÓN:** De acuerdo con el numeral 836 del Código de Comercio y con lo indicado en el numeral 2.2.3 del Pliego, la designación de un apoderado es requisito exigido e el Pliego, el cual debe cumplir con las exigencias legales, tal es el caso de ser otorgado ante una autoridad competente, esto es el Notario, para efectos de su autenticación. El poder que entrega este Proponente a folios 33 a 35 adolece de este requisito y, por tanto, la propuesta no puede ser considera válida en cuanto que el apoderado no está facultado para representar a las personas en nombre de las que actúa. Por tanto, la Propuesta debe ser declarada como Propuesta no Elegible. En cuanto a la posibilidad de subsanar este requisito, considera el observante que es una deficiencia importante en cuanto a la capacidad decisoria de los integrantes del Proponente que no es viable subsanar con posterioridad a la presentación de la Propuesta pues se trata de un documento indispensable para la comparación que determina la representación y capacidad de los integrantes y del Proponente mismo.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Si bien el poder no se encuentra autenticado, el mismo constituye una manifestación encaminada a producir el efecto jurídico deseado, el cual es el otorgamiento del poder al señor Francisco Wiesner Tobar. El acto de apoderamiento se encuentra refrendado en la totalidad de los documentos que constituyen la Propuesta, específicamente en la promesa de sociedad futura en donde se refrenda el poder al señor Wiesner. Afirma que el incumplimiento de un formalismo ritual de orden legal no invalida en forma alguna la Propuesta pues no impide la comparación de las Propuestas.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó como aclaración la presentación del poder de que trata el numeral 2.2.3 del Pliego. Mediante comunicación del 15 de febrero de 2005, el Proponente presentó poderes de representación, otorgados por cada uno de los integrantes del Proponente.

El Comité encuentra, y así lo reconoce el mismo Proponente, que el poder otorgado al apoderado único carece de autenticación en los términos del artículo 14 del decreto 2148 de 1983, que dispone que:

*“ARTICULO 14. —El poder otorgado por documento privado deberá ser presentado personalmente o reconocido ante juez o notario, con las formalidades de ley.”*

El poder es un documento que, para su validez, y como lo indica la norma citada, requiere de ciertos formalismos. Siendo ello así, para el otorgamiento de un poder por documento privado no basta la declaración de voluntad expresa sino que ella debe estar acompañada

de un formalismo que, para el caso presente, no se cumplió. El Comité no encuentra válido el argumento según el cual el documento no es requerido para la comparación de las Propuestas pues el poder es, nada menos, que el documento que habilita al apoderado para actuar en nombre de los promitentes dentro del Proponente. De manera que el apoderado no tiene la capacidad de comprometer a sus poderdantes, lo que se hace particularmente grave en el caso de la Garantía de Seriedad, la que se encuentra suscrita por el señor Wiesner Tobar en nombre de todos los promitentes, pero sin personería para hacerlo por cuenta de las falencias del poder. Siendo ello así, la observación prospera y la Propuesta se declara como Propuesta no Elegible.

### **5.6.3 SOBRE LA CAPACIDAD LEGAL DE CONINSA RAMÓN H. S.A.**

**OBSERVACIÓN:** Expresa el observante que del certificado de existencia y representación legal del Proponente CONINSA Ramón H S.A. se evidencia que para que la sociedad se pueda constituir como garante de terceros, es necesario que se cuente con la autorización de junta directiva. En el acta de la Junta Directiva aportada por el Proponente (folio 69) se enuncian seis literales con facultades expresa y ninguno de ellos se refiere a la previa y expresa mención a la solidaridad que exige el Pliego.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Remite al aparte del escrito de contraobservaciones en el que se refirió al mismo punto.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité se refiere a las consideraciones expresadas en los numerales 2.5.1 y 5.4.1 de este mismo escrito para concluir que, cuando se es deudor solidario, se debe la propia obligación y no la obligación de otro de manera que, cuando una sociedad se compromete solidariamente, está garantizando el cumplimiento de su propia obligación y no la obligación de otro y, por ende este promitente no requiere de la autorización en los términos mencionados por el observante. Así mismo, cuando en el acta consta que se ha autorizado al representante legal para suscribir la promesa de sociedad futura (folio 69) incluye la facultad de obligarse solidariamente. Dicha facultad tiene implícita la responsabilidad solidaria a cargo de los promitentes que por la ley (artículo 119 del Código de Comercio) y del Pliego (ordinal (vi) del numeral 2.2.1.5 del Pliego) tienen este tipo de negocios jurídicos hasta antes de la constitución de la sociedad y la responsabilidad solidaria que, luego de la constitución de la sociedad, asumen los accionistas también por virtud de la ley (artículo 7, parágrafo 3 de la ley 80 de 1993) y de lo prescrito en el Pliego (ordinal (iv) numeral 2.2.1.5 del Pliego), en la medida en que se trata de una sociedad constituida con el único objeto de participar en la Licitación. Por tanto, la observación no prospera.

## **6. OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. – OACN S.A., SUS CONTRA OBSERVACIONES Y ACLARACIONES:**

### **6.1 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO CONTENIDO EN EL ORDINAL (X) DEL NUMERAL 2.2.1.5 DEL PLIEGO:**

**6.1.1 POSICIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN:** En relación con la Propuesta presentada por el Proponente, el Informe de Evaluación dispuso:

*Este proponente no cumplió con el numeral 2.2.1.5, literal x): “Las personas que participen bajo la modalidad de Promesa de Sociedad Futura deben presentar a la Aerocivil uno de los originales de una promesa escrita de contrato de sociedad con el lleno de los requisitos en el artículo 119 del Código de Comercio, en la cual debe consignarse, entre otros, lo siguiente:... ..x) La previsión estatutaria según la cual las cláusulas de los estatutos sociales mencionadas en los ordinales (viii) y (ix) anterior solamente pueden ser modificadas en la anuencia previa y escrita de la Aerocivil y el AOH.”*

*En el documento de Promesa de Sociedad Futura de la propuesta en los folios 160 a 182, no se evidencia la inclusión de este requerimiento exigido en el Pliego de Condiciones”*

Con base en las anteriores consideraciones, este Comité Evaluador declaró a la Propuesta presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. OACN S.A. como Propuesta no Elegible.

**6.1.2 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE:** El Proponente presenta las consideraciones fácticas y jurídicas con base en las cuales solicita a la Aerocivil que se modifique la calificación dada a su Propuesta y se le considere como Propuesta Elegible. Las consideraciones son las siguientes:

(i) Según el Proponente su documento de promesa de sociedad cumple amplia y suficientemente con el requerimiento contenido en el Pliego, tanto en su contenido, objeto y funcionalidad pues no solamente en el texto aludido está contenido el ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 sino que los promitentes fueron más allá en el reconocimiento de tal compromiso.

(ii) El citado ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 no consagró la obligatoriedad de incluir una disposición estatutaria que prohibiera modificar los estatutos sociales en lo que se refiere a la modificación de las restricciones de los ordinales (viii) y (ix) del mismo numeral del Pliego. Lo que incluyen tanto la promesa de sociedad como los estatutos de la sociedad prometida es la contemplación integral de lo solicitado por el Pliego tendiente a evitar la modificación por parte del futuro Concesionario de las restricciones aludidas. Distingue el Proponente entre lo requerido por los ordinales (viii) y (ix) del numeral 2.2.1.5 donde se utilizó el verbo rector incluir, y en tal caso se debía incluir la cláusula estatutaria respectiva, respecto de lo contenido en el ordinal (x) del mismo numeral en donde lo que se solicita al Proponente es tomar la previsiones para que las cláusulas de los estatutos a que se alude en el citado ordinal no sean modificadas.

(iii) En efecto, los promitentes contemplaron en su contrato de promesa (cláusula tercera del contrato y séptima de los estatutos de la sociedad prometida) disposiciones estatutarias en el sentido de incluir una condición suspensiva respecto de cualquier operación referente a la negociabilidad de las acciones, durante la vigencia del Contrato

de Concesión, consistente en lograr la anuencia previa y escrita de la Aerocivil y el Aeropuerto Olaya Herrera y, de esta forma, en la medida en que los promitentes renunciaron a la libre negociabilidad de las acciones, incluyeron de manera expresa los ordinales (viii) y (ix) del numeral 2.2.1.5 del Pliego. La violación de tales disposiciones, según el Proponente, genera la oponibilidad por parte de la Cámara de Comercio así como de terceros, la nulidad absoluta de la reforma estatutaria así como de la operación realizada en trasgresión a tal condición y el incumplimiento del Contrato de Concesión que está amparado por la Garantía Única de Cumplimiento. Pero, en todo caso, los promitentes fueron más allá y dispusieron que las restricciones a la negociabilidad de las acciones estaría vigente mientras estuviera vigente el Contrato de Concesión estipulación ésta aún más eficaz, idónea y eficiente para prevenir cualquier modificación tanto de los estatutos sociales como de la composición accionaria de la sociedad.

(iv) Así mismo, al expresarse en el objeto del documento de promesa de sociedad, cláusula primera, que se constituye una sociedad futura en cumplimiento del Pliego y de acuerdo con la totalidad de las previsiones estipuladas en el mismo, se está incluyendo por remisión la restricción contenida en el ordinal (x) del numeral 2.2.1.5. De lo anterior se concluye que los futuros accionistas:

- Presentarían la Propuesta utilizando como medio una Promesa de Sociedad Futura.
- Que el objeto de tal Sociedad Futura sería únicamente la ejecución del Contrato de Concesión.
- Que su voluntad clara, expresa manifiesta e incontrovertible es la de que dicha sociedad de objeto único cumpla de manera estricta con todos y cada uno de los requerimientos establecidos en el pliego y en especial los señalados en numeral 2.2.1.5

La entidad, con base en lo dispuesto en los artículos 822 y 871 del Código de Comercio y 1602, 1603 y 1918 del Código Civil, no puede desconocer la voluntad de los contratantes y debe, en cambio, estarse a dicha voluntad expresada inequívocamente el documento de promesa teniendo en cuenta que con la inclusión de las cláusulas primera y tercera del contrato de promesa de sociedad y tercera de los estatutos sociales de la sociedad prometida se incluyó una protección que va mucho más allá de la concedida originalmente por la entidad y por tanto no es posible jurídicamente declarar la no elegibilidad de la Propuesta.

(v) Afirma el Proponente que alegar que la no inclusión de una disposición estatutaria como la requerida en el ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 permite modificar los estatutos en cuanto se refiere a los ordinales (viii) y (ix) del mismo numeral, es tanto como afirmar que no incluir una disposición estatutaria de restricción a la modificación del objeto social permite a los accionistas modificarlo. Todas y cada una de las disposiciones exigidas por la Aerocivil en el documento de promesa de sociedad futura gozan de la misma importancia y, por tanto, ninguna de ellas es susceptible de ser modificada vía reforma estatutaria siendo por tanto innecesario para todos los ordinales del numeral 2.2.1.5 consagrar una disposición que comprometa a los promitentes a no modificar dichas

disposiciones sin la anuencia de la Aerocivil y el AOH. Además que implicaría una violación del mandato constitucional que obliga a presumir la buena fe.

(vi) Así mismo, el Contrato de Concesión en su cláusula 25 ordinal (vii) incluyó la obligación a cargo del Concesionario de abstenerse de modificar las disposiciones estatutarias que, según el Pliego, eran de obligatoria inclusión. Las cláusulas 25 ordinal (x) y 107.2 incluyen restricciones para la cesión de las participaciones de los accionistas del Concesionario. El numeral primero de la Carta de Presentación de la Propuesta hace declarar al Proponente y sus integrantes que conoce el Pliego y acepta íntegramente los términos, condiciones y requisitos allí dispuestos. Todo ello indica que el Proponente aceptó sus obligaciones bajo el Pliego y, por tanto, dio cumplimiento a la previsión de que trata el ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego.

(vii) Los contratos estatales son *intuitu personae*. Dado que en las Propuestas presentadas bajo la forma de promesas de sociedad futura quienes son evaluados son los promitentes, y con base en dicha evaluación se define la adjudicación, los integrantes de la sociedad que se constituya no se podrán modificar sino con el consentimiento de la entidad. Esto sin necesidad de incluir previsión en tal sentido. En cuanto a la prohibición en el sentido que no podrán ser accionistas del Concesionario quienes presten servicios de pasajeros y carga, ésta restricción emana de la ley 105 de 1993, la ley 336 de 2004 y el artículo 25 de la ley 80 de 1993.

(viii) Por último, según el Proponente, el requisito omitido no es sustancial sino formal susceptible de ser aclarado, precisado o, en última instancia, subsanado.

**6.1.3 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPUERTOS DE COLOMBIA S.A.:** Dice el observante que los estatutos de la sociedad prometida no incluyeron la cláusula o previsión estatutaria según la cual las cláusulas de que tratan los ordinales (viii) y (ix) del numeral 2.2.1.5 sólo podrían ser modificadas con la anuencia previa y escrita de la Aerocivil y el AOH. En consecuencia, se incumplió con el requisito del ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego.

**6.1.4 OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:** Según el observante, el requisito exigido en el ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego corresponde a una protección estatutaria y no a una protección sobre la tradición y negociación de las acciones, lo que es bien diferente. La omisión de esta protección estatutaria hace que la Propuesta deba ser declarada como Propuesta no Elegible.

**6.1.5 CONTRA OBSERVACIÓN DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. OACN S.A.:** El Proponente se defiende de las observaciones plantadas por los Proponentes observantes remitiéndose a los argumentos planteados en el escrito de observaciones radicado el 29 de enero de 2008, para significar que la Propuesta cumple por requerido en el Pliego.

**6.1.6 SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE LA AEROCIVIL:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en

lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó al Proponente Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. OACN S.A., como aclaración la Propuesta, la presentación de documento idóneo que acredite la inclusión del literal (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego de Condiciones en el documento de promesa de sociedad futura. Mediante comunicación del 15 de febrero de 2008 el Proponente allegó el Otrosí Aclaratorio No.1 al documento de Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora Aeropuertos de Centro Norte S.A. – OACN S.A.

**6.1.7 CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité acoge los argumentos sobre los que el Proponente sustenta su defensa y, por tal razón, procede a modificar la calificación dada a la Propuesta declarándola como Propuesta Elegible. Encuentra el Comité que el caso presente corresponde precisamente a aquél en el que el requisito solicitado, y que inicialmente se consideró como incumplido, se encuentra satisfecho dentro de una consideración integral de la Propuesta que, al decir de la jurisprudencia, no compromete en manera alguna la parte sustantiva de la misma. Ha dicho el Consejo de Estado<sup>11</sup>:

*“No son de recibo en consecuencia cargos edificados sobre supuestas irregularidades o eventuales defectos de información contenidos en la propuesta, que no comprometen en manera alguna la parte sustantiva de la misma y que por ende, atañen únicamente a requisitos puramente adjetivos, que por lo mismo, son susceptibles de corrección o bien se encuentran satisfechos dentro de una consideración integral de la propuesta, pues no debe olvidarse que el acto de ofrecimiento de un potencial adjudicatario, por naturaleza, puede diferir, como de hecho ocurre, de las demás propuestas, e incluso puede apartarse relativamente de las exigencias puramente formales en materia de presentación, de allí porqué el pliego de condiciones constituya el punto común de referencia, que la entidad contratante considera esencial, así cada propuesta pueda diferir en asuntos de detalle o de pura forma, que se reitera, en tanto no comprometan la parte sustantiva de la propuesta, no permiten descalificarla apriorísticamente, o considerarla alejada del querer de la entidad contratante manifestado inequívocamente en los pliegos de condiciones que gobiernan el proceso de selección”.*

Si bien el contrato de promesa de sociedad del Proponente Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. OACN S.A., utilizando palabras del Consejo de Estado, puede apartarse relativamente de las exigencias puramente formales en materia de presentación, pues no incluye textualmente en la promesa de sociedad el texto del ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego, habida consideración de otras previsiones contractuales incluidas en el texto de la promesa, este Comité encuentra que el requisito según el cual el Proponente debe prever que no modificará las restricciones estatutarias de que tratan los numerales (viii) y (ix) del Pliego, se encuentra cumplido. Ello se verifica particularmente en el texto de la cláusula primera de la promesa de sociedad

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 1988, expediente 11192, C.P. Daniel Suárez Hernández

futura en el cual se acuerda que se debe conformar un proponente plural a través de la promesa de sociedad *“con estricto cumplimiento a los requisitos exigidos en los documentos que forman parte de la Licitación, entre otros los Pliegos de Condiciones.”*

Aquí coincide el Comité con el Proponente en el sentido que la no inclusión de manera expresa de una cláusula estatutaria con el texto del ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego no puede significar que el Proponente y, en su momento el Concesionario, esté autorizado a modificar las restricciones previstas en los ordinales (viii) y (ix) del mismo numeral pues del texto de la promesa, del texto de los estatutos de la sociedad Prometida, de la Carta de Presentación de la Propuesta y, en general, de los documentos que componen su oferta, dentro de una consideración integral de tales documentos, se evidencia que la previsión de que trata el ordinal (x) del numeral 2.2.1.5 del Pliego existe y el requisito, por ende está cumplido. Entender lo contrario equivaldría, como lo menciona el Proponente, a afirmar que no incluir una disposición estatutaria de restricción a la modificación, por ejemplo, del objeto social permite a los accionistas modificarlo. Coincide el Comité con la afirmación según la cual todas y cada una de las disposiciones exigidas por el Pliego en el documento de promesa de sociedad futura gozan de la misma importancia y, por tanto, ninguna de ellas es susceptible de ser modificada vía reforma estatutaria no siendo, por tanto, necesario para todos los ordinales del numeral .2.2.1.5 consagrar una disposición que comprometa a los promitentes a no modificar dichas disposiciones sin la autorización de los Concedentes. Visto lo anterior, este Comité ha considerado que la aclaración solicitada al Proponente sobre este aspecto resultaba innecesaria y, en tal medida, no la tendrá en cuenta.

Con base en lo expresado, se acoge la observación del Proponente y se califica su Propuesta como Propuesta Elegible.

## **6.2 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIÓN SISTEMA AEROPUERTOS DE COLOMBIA S.A.:**

### **6.2.1 SOBRE LA OMISIÓN DE INCLUIR A CAH COLOMBIA S.A. EN EL FORMATO PARA ACREDITAR LOS REQUISITOS FINANCIEROS:**

**OBSERVACIÓN:** Afirma el observante que de acuerdo con el numeral 2.3.1 del Pliego, los promitentes con una participación directa igual o superior al 10% en el capital del Proponente contarán para la acreditación del cumplimiento de los requisitos financieros y debe suscribir el Anexo No. 4B. El formato presentado en la Propuesta no incluye a la sociedad CAH de Colombia S.A. la cual tiene una participación del 20% en el capital de la sociedad prometida. Por tanto se incumplió el requisito establecido en el numeral 2.3.2 acerca de la acreditación de la capacidad financiera. Por lo anterior, se debe declarar la Propuesta como Propuesta no Elegible.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Pliego estableció que el Anexo 4B debería ser suscrito única y exclusivamente por aquellos integrantes de la Propuesta respecto de los cuales se invocaran méritos para cumplir con los requerimientos financieros. No es cierto, como lo afirma el observante, que todos y cada uno de los integrantes del Proponente que tuvieran

una participación superior al 10% del capital de la sociedad prometida debían incluirse en el Anexo 4B y presentarse, respecto de ellos, el balance general y el estado de pérdidas y ganancias.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité se soporta en las consideraciones expresadas en el numeral 4.4.1 de este mismo escrito en el que se indicó que, en desarrollo de la Licitación y ante la pregunta de uno de los interesados, la Aerocivil efectivamente aclaró el alcance de las disposiciones del Pliego en los siguientes términos:

*“Solicitamos se nos confirme nuestro entendimiento conforme con el cual cuando se presente una propuesta conjunta (consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura) y pese a que varios de sus integrantes tendrán el 10% o más de participación, si uno sólo cumple con los requisitos financieros, no es necesario aportar los balances y estados de pérdidas y ganancias de los demás, sino sólo del que los acredita.*

*En este mismo sentido, y frente al anterior caso, solicitamos se confirme nuestro entendimiento en el sentido que sólo se debe diligenciar Anexo No. 4B con la información del integrante o del promitente que acredite los requisitos financieros.*

*Su entendimiento es correcto.”*

Dado que, según lo que el mismo Pliego dispone en su numeral 1.11, las repuestas servirán para aclarar el Pliego y el Contrato, es claro que, según lo dispuesto en el Pliego, bastaba con que uno sólo de los promitentes acreditara el cumplimiento de los requisitos financieros mínimos para entender cumplido el requisito respecto del Proponente, no siendo necesario, en consecuencia, aportar la información financiera de todos los promitentes, aún en el evento en que ellos posean más del 10% del capital de la sociedad prometida. Por tanto, se rechaza la observación.

#### **6.2.2 SOBRE LA DESIGNACIÓN DE UN APODERADO ÚNICO:**

**OBSERVACIÓN:** El observante afirma, sin desarrollarlo, que los promitentes no cumplieron con el requisito establecido en el numeral 2.2.3 del Pliego sobre designación de un apoderado único.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Afirma el Proponente que la afirmación del observante no es cierta toda vez que los promitentes sí designaron un apoderado único en cumplimiento de lo establecido por el Pliego. Tal designación se efectuó mediante la cláusula quinta del documento de promesa de sociedad futura.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Revisado el texto del Contrato de Promesa, este Comité encuentra que, en efecto, en su cláusula quinta se incluye el otorgamiento de un poder por parte de todos los promitentes y a favor de un único apoderado, poder que cumple cabalmente con todos los requisitos exigido en el Pliego. Por tanto, la observación se desecha.

### **6.3 OTRAS OBSERVACIONES DEL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AEROPUERTOS DE OCCIDENTE 2008 S.A.:**

#### **6.3.1 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD TÉCNICA Y DE EXPERIENCIA DEL PROPONENTE:**

**OBSERVACIÓN:** La certificación aportada por el Proponente para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, conforme a lo estipulado en el numeral 2.4.1 del Pliego, no establece la condición de administrador u operador, requisito indispensable y exigido por el Pliego en el numeral 2.4.1.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Del texto del numeral 2.4.1 del Pliego y el numeral 2.4.2 del Pliego se evidencia que:

- La forma de acreditar la experiencia puede ser directa por uno de los integrantes del Proponente o por un tercero.
- Si la acreditación es de manera directa, pudo haberlo hecho de dos formas: (i) siendo dicho integrante del Proponente el administrador u operador de aeropuerto internacional en su calidad de propietario, contratista o concesionario, o (ii) a través de la participación en una forma asociativa o en una sociedad con al menos el 30% de la asociación o del capital, siempre y cuando hubiere asumido parte o la totalidad de la responsabilidad operativa.
- Si la alternativa tomada por el Proponente es la acreditación de la experiencia a través de un tercero, es necesario que el tercero cumpla las siguientes condiciones: (i) Contar con una participación indirecta que debe verificarse a través de una sociedad en la cual el tercero de quien se invocan méritos, tenga una participación directa superior al 51% de su capital social, (ii) participación indirecta del tercero de quien se invocan méritos, en al menos el 10% del capital suscrito de la sociedad prometida y (iii) dicho tercero de quien se invocan los méritos igualmente puede acreditar su experiencia de dos formas: (1) siendo directamente el administrador u operador del aeropuerto en su calidad de propietario, o (2) a través de la participación de dicho tercero de quien se invocan méritos, en una forma asociativa o en una sociedad con al menos el 30% de la asociación o del capital social, siempre y cuando hubiere asumido parte o la totalidad de la responsabilidad asociativa.

De acuerdo con lo anterior, la Propuesta del Proponente Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A., a folios 160, 182, 357 y 459 a 491, acredita:

- Tercero de quien se invocan méritos: Sociedad Capital Airports Holding Company – CAH (folio 357).

- Contar con una participación indirecta que deberá verificarse a través de una sociedad en la cual el tercero de quien se invocan méritos tenga una participación directa superior al 51% de su capital social: La sociedad CAH ostenta una participación directa del 52% del capital social de la sociedad CAH Colombia S.A. (folios 470 a 480)
- Participación indirecta del tercero de quien se invocan méritos en, al menos, el 10% del capital suscrito de la sociedad prometida: Cah Colombia S.A. tiene una participación del 20% en la Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. OACN S.A. cumpliendo con la obligación de tener un porcentaje indirecto mayor al 10% exigido (folios 164 y 171).
- Dicho tercero de quien se invocan méritos igualmente puede acreditar su experiencia de dos formas:
  - Siendo directamente el administrador u operador del Aeropuerto en su calidad de propietario, contratista o concesionario, o
  - A través de la participación de dicho tercero de quien se invocan los méritos, en una forma asociativa o en una sociedad con al menos el 30% de la asociación o del capital social, siempre y cuando hubiere asumido parte o la totalidad de la responsabilidad operativa: La sociedad CAH, tercero de quien se invocan méritos, ostenta el cien por ciento (100%) de las acciones de la sociedad Chongqing Airport Group Co. Ltd. – CQAH, siendo el único propietario de la misma. La sociedad CQAH es una sociedad que opera a título propietario el Aeropuerto de Jiangbei – Aeropuerto Internacional de Chongqing (folios 460 a 464). Adicionalmente y como consta en la certificación expedida por el Departamento de Planeación y Desarrollo Administración General de Aviación Civil de China, la sociedad CAH “... ha asumido la responsabilidad de operación y administración del Jiangbei – Aeropuerto Internacional de Chongqing (folio 489 a 491).

De lo expresado, concluye el Proponente, se observa el estricto cumplimiento del Proponente en la acreditación del cumplimiento de los requerimientos técnicos y de experiencia.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Lo que reprocha el observante es que la certificación aportada por el Proponente no acredita que la persona de quien se invocan los méritos para el cumplimiento de los requisitos técnicos fue el administrado u operador del aeropuerto de que se trate. No coincide el Comité con tal observación pues es evidente que la certificación aportada indica que CAH opera el aeropuerto, y ha asumido su responsabilidad operativa, en su calidad de propietario.

#### **6.4 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SOCIEDAD AEROPUERTOS COLOMBIANOS DE CENTRO NORTE S.A.:**

#### **6.4.1 SOBRE LA OMISIÓN DE INCLUIR EN LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA LA FECHA EN LA CUAL SE HARÁN LOS INVENTARIOS:**

**OBSERVACIÓN:** Indica el observante que los estatutos sociales incluidos con la promesa de sociedad futura no cumplen con las estipulaciones mínimas legales establecidas en el artículo 110 del Código de Comercio pues en ellos no se observa mención alguna sobre la fecha en que deben realizarse los inventarios.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En su respuesta, el Proponente indica que el artículo 21 de los estatutos presentados establece claramente la fecha en que deben realizarse los inventarios y los balances generales, pues se indica que la sociedad anualmente, el 31 de diciembre, cortará cuentas y elaborará los estados financieros completo y, por lo anterior, se da cumplimiento así al numeral 8 del artículo 110 del Código de Comercio.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Para contar con todos los elementos de juicio suficientes a efectos de definir la observación presentada, la Aerocivil, con base en lo establecido por el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitó como aclaración la presentación de documento idóneo donde se evidencie la fecha de realización de los inventarios de la futura sociedad.

El Comité remite a las consideraciones ya expresadas sobre el tema en numerales anteriores, particularmente el numeral 2.3.1 y con base en ellas desecha la observación.

Así mismo, este Comité ha considerado que la aclaración resultaba innecesaria y, en tal medida, no la tendrá en cuenta

#### **6.4.2 SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD TÉCNICA DE CAH:**

**OBSERVACIÓN:** Capital Airport Holding Company, a través de quien se acredita la experiencia técnica del Proponente, es accionista en dos de las sociedades promitentes, de CAH de Colombia S.A. y de Información y Tecnología S.A. No obstante la Propuesta no es clara en determina a través de cual invoca la experiencia el tercero.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Dentro de los documentos que se adjuntan a la Propuesta del Proponente, no existe alguno que permite llevar a la afirmación que hace el observante. Es claro que la experiencia que se está acreditando es a través de un tercero en los términos del numeral 2.4.2 del Pliego, ya que la sociedad Capital Airport Holding Company participa del capital de CAH de Colombia S.A., y ésta a su vez, participa en el veinte por ciento (20%) del capital de la sociedad prometida.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** De la simple observación de la Propuesta, particularmente de la certificación que obra a folio 480 de la Propuesta, resulta evidente que el tercero del que se invocan méritos participa indirectamente en la sociedad prometida a través de CAH de Colombia S.A. Por tanto, la observación no prospera.

#### **6.4.3 CAH NO ES EL OPERADOR DIRECTO DEL AEROPUERTO PARA EL CUAL SE ESTÁ CERTIFICANDO LA EXPERIENCIA:**

**OBSERVACIÓN:** CAH es dueña del cien por ciento (100%) de la sociedad CQAH quien es la que opera y administra el aeropuerto Jiangbei Aeropuerto Internacional de Chongqing, no acreditándose la responsabilidad en la operación por parte del tercero, toda vez que la certificación específica que el operador es CQAH.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** El Proponente aportó la certificación expedida por el Departamento de Planeación y Desarrollo Administrativo General de Aviación Civil de China, que se encuentra en los folios 489 a 491, en la que se acredita que CAH *“ha asumido la responsabilidad de operación y administración del Jiangbei Aeropuerto Internacional de Chongqing”*, quedando claro que la responsabilidad operativa requerida en el Pliego ha sido asumida por CAH.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Proponente ciertamente acreditó el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia requeridos por el Pliego con los documentos que el mismo Pliego indicaba. En desarrollo del principio constitucional de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, el Comité reconoce la certificación expedida por el Departamento de Planeación y Desarrollo Administrativo General de Aviación Civil de China pues se trata de un documento emitido por una entidad estatal extranjera que al Comité otorga plena confianza y credibilidad y que, de paso, está amparado por la presunción de veracidad y legalidad. Siendo ello así, encuentra el Comité que el Proponente incluyó la documentación idónea requerida por el Pliego para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia y, por ello, desecha la observación.

#### **6.4.4 MARIO FERNANDO PINZÓN NO ES APODERADO ÚNICO DE TODAS LAS SOCIEDADES:**

**OBSERVACIÓN:** El señor Mario Fernando Pinzón no tiene facultad para presentar oferta en nombre de las sociedades promitentes.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En la cláusula quinta del documento de promesa de sociedad futura se designó un único apoderado, al cual los futuros accionistas conceden la totalidad de las facultades que legalmente se requieran para participar en la Licitación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité se refiere a sus propias consideraciones expresadas en el numeral 6.2.2 y, por tanto, la observación se desecha.

#### **6.4.5 GARANTÍA SE SERIEDAD TOMADA POR UNA PROMESA:**

**OBSERVACIÓN:** Como se aprecia en la póliza que se adjunta a la propuesta presentada por el Proponente Promesa de Sociedad Futura Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A., fue expedida a su favor y no a nombre de cada uno de sus integrantes. Como se observa, los tomadores no son los promitentes sino un contrato que tiene un alcance totalmente diferente que busca la garantía, dado que durante el periodo precontractual la promesa

solo es un vehículo de presentación de la propuesta pero no constituye una persona jurídica diferente de los promitentes.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En el texto de la garantía de seriedad otorgada a favor de la Aerocivil y del AOH, aparecen discriminados uno a uno con su correspondiente porcentaje de participación los integrantes de la promesa de sociedad futura y se encuentra suscrita por el representante de la promesa de sociedad, quien representa la voluntad de cada uno de los promitentes y ostenta la facultad para obligarlos.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité desecha la observación con base en sus propias consideraciones expresadas en el numeral 3.3.4 de este escrito.

## **6.5 OTRAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA COMPAÑÍA ANTIOQUEÑA DE AEROPUERTOS S.A.:**

### **6.5.1 DEL AVAL EXIGIDO POR LEY 842 DE 2003**

**OBSERVACIÓN:** El proponente incumple el requisito relacionado con el aval de un ingeniero en los términos del artículo 20 de la ley 842 de 2003, razón por la cual la propuesta debe ser rechazada.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Es un requisito que no puede exigirse en el presente proceso licitatorio, teniendo en cuenta que la actividad de ingeniería no constituye la actividad principal del negocio, sino que es una más de las que eventualmente deba desarrollarse en aras de ejecutar el contrato. Es importante resaltar que la presente licitación versa en la concesión de unos bienes de uso público y no en la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité desecha la observación con base en sus propias consideraciones expresadas en el numeral 1.1.1 de este escrito.

### **6.5.2 SOBRE EL OBJETO SOCIAL DE CAH COLOMBIA S.A.:**

**OBSERVACIÓN:** Dentro del objeto de CAH Colombia S.A., se encuentra expresamente incluida la “prestación de servicios de valor agregado al transporte aéreo”, incumpliendo con lo dispuesto por el Pliego en el numeral 2.2.1.1.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Las operaciones conexas y complementarias a que hace mención el literal d) del objeto social de la sociedad, consisten en las actividades conexas y complementarias de la operación de recaudo en sistemas de transporte, lo que no implica que la sociedad CAH de Colombia S.A. tenga la capacidad conexas, potencial o accesorias o complementarias para prestar el servicio de transporte aéreo de pasajeros o de carga.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** En el certificado de existencia y representación que se anexa a la Propuesta consta que el objeto de la sociedad CAH de Colombia S.A. no incluye como actividad principal o como actividad conexas, potencial, accesorias o complementarias la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga,

que es una prohibición expresa del Pliego, como puede leerse en el numeral 2.2.1.1. Por lo anterior, para el Comité tiene claro que le referencia del objeto social es a la operación de recaudo y que dentro del objeto de la sociedad se está excluyendo la posibilidad de realizar el transporte aéreo de pasajeros y carga. La observación no prospera.

### **6.5.3 SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD TÉCNICA DE CAH:**

**OBSERVACIÓN:** La participación indirecta verificada corresponde a la compañía Capital Airport Holding Company pero no a la compañía Chongqing Airport Group Co Ltd., sociedad que realmente opera el aeropuerto sobre el cual se pretende demostrar la experiencia.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Es claro que la experiencia que se está acreditando es a través de un tercero en los términos del numeral 2.4.2 del Pliego, ya que la sociedad Capital Airport Holding Company participa del capital de CAH de Colombia S.A., quien a su vez participa en el veinte por ciento (20%) de la sociedad prometida.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité se refiere a las consideraciones expresadas en el numeral 6.4.3 del Pliego para desechar la observación.

### **6.6 SOBRE LA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO, EL ACTA DE JUNTA DE GERENCIA GENERAL (IDENTIFICACIÓN DE LOS DIRECTIVOS) Y LA CERTIFICACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN (SOLO FIRMADA POR EL REPRESENTANTE LEGAL) APORTADAS POR CAH:**

**OBSERVACIÓN:** Dice el observante que (i) la licencia de funcionamiento que obra a folio 396 de la Propuesta, tiene fecha de expedición del 6 de junio de 2007 incumpliendo con lo ordenado en el numeral 2.2.1.2 del Pliego, (ii) el acta de junta de gerencia no permite identificar a los directivos ni las facultades con las que cuentan los mismos, y (iii) sobre la certificación de participación, ésta solo fue suscrita por el representante legal, cuando, por expresa disposición del Pliego debió de haber sido suscrita en forma conjunta con el revisor fiscal.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En China, no existe una entidad especial que expida en cualquier momento a solicitud de ninguna empresa con personalidad jurídica la licencia o certificación que demuestre la existencia y representación legal de empresas. Sin perjuicio de lo anterior, la licencia tiene fecha del 19 de diciembre de 2007. Cabe aclarar que la fecha a la que hace alusión el observante, corresponde al sello de la auditoria, más no al de la certificación. Sobre el segundo punto, se defiende el Proponente diciendo que si bien es cierto que en el acta respectiva no se señalan los nombres de los directivos o las facultades de los mismos, este elemento no conlleva a la invalidez del acta ni genera afectación a la toma de decisiones surtida en dicha reunión. Sobre el punto de la certificación, ésta se encuentra suscrita por el auditor, que en el presente caso es la señora Li Min, lo que equivale a la firma del revisor fiscal y por lo tanto, da fiel cumplimiento al requisito establecido por la Aerocivil.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** Sobre el primer punto, este Comité considera que la existencia y representación legal de la sociedad están plenamente acreditadas,

teniendo en cuenta que el Pliego en el numeral 2.2.1.2, establece que *“cada una de las personas jurídicas extranjeras, sin sucursal establecida en Colombia, deberá probar su existencia y representación con (i) un certificado expedido por el cónsul de la República de Colombia con jurisdicción en el país de su domicilio social, o (ii) un certificado expedido por la autoridad extranjera del domicilio de la sociedad autenticado por cónsul colombiano o debidamente apostillado”*, y que mediante certificación expedida por el Consejo Chino para el Fomento del Comercio Internacional se certifica que la sociedad existe y que tiene una licencia de funcionamiento, y que se ha adjuntado la licencia de funcionamiento. Por lo anterior, la observación se desecha.

Sobre el segundo punto, este Comité no encuentra que la falta de identificación de los directores afecte la validez del acta como afirma el proponente, más aún cuando a folios 396 a 416 consta una declaración ante notario del representante de la sociedad, estableciendo que ante las leyes, reglamentos, estipulaciones vigentes en la República Popular de China cuenta con la autoridad y capacidad de para obligar a CAH.

Sobre el punto de la certificación, el Comité verificó nuevamente la certificación de quien se invoca los méritos, en los folios 470 a 470, con el fin de revisar si dicho documento cumplía con los requisitos señalados en el numeral 2.4.3 de Pliego y constató que el certificado se encontraba suscrito tanto por el representante legal como por la auditora de la compañía. En razón de lo anterior, la observación es desechada.

#### **6.7 EL APODERADO NO CUENTA CON FACULTADES SUFICIENTES PARA OBLIGAR SOLIDARIAMENTE A LA SOCIEDAD EXTRANJERA DENTRO DE LA LICITACIÓN:**

**OBSERVACIÓN:** El poder por medio del cual se designa al apoderado especial, no es suficiente, toda vez que no incluye de manera expresa la facultad para el apoderado, de obligar solidariamente a la sociedad extranjera dentro de la licitación en cuestión.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** En Acta de Junta de Gerencia General se autoriza al representante legal o a su apoderado para asumir la responsabilidad solidaria a que hace mención el Pliego así: *“suscribir la totalidad de los documentos que de los Pliegos de –condiciones y el Contrato de Concesión le sean aplicables, incluida – en el evento de ser adjudicatario el Proponente – la suscripción del contrato de concesión asumiendo de manera solidaria con el proponente las obligaciones que se deriven de él en relación con la operación, explotación comercial, administración y mantenimiento de los aeropuertos, según dispone el contrato de concesión.*

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité verificó el poder otorgado al representante legal de la sociedad, para confirmar el alcance de sus facultades, y en folios 373 y 384 encuentra en forma clara y expresa, la facultad del representante legal para obligar a Capital Airport Holding Company en forma solidaria con el proponente, respecto de las obligaciones que se generen por el cumplimiento del objeto del contrato de concesión. Por lo anterior, la observación se desecha.

**6.8 EL NUMERAL 6 DEL PODER ES CONTRARIO A LA LEY COLOMIANA, ESPECIFICAMENTE, A LO ORDENADO POR EL ARTÍCULO 482 DEL CÓDIGO DE COMERCIO:**

**OBSERVACIÓN:** El poder especial está restringiendo la responsabilidad del apoderado frente a temas tributarios, cambiarios o laborales, por lo que deberá decretarse la indebida representación de la sociedad extranjera Capital Airport Holding Company.

**CONTRAOBSERVACIÓN:** Como obra a folios 438 y 457 de la Propuesta, a los apoderados especiales se les otorgó poderes amplios y suficientes para efectos de comprometer a CAH en la licitación con todos los deberes, obligaciones, derechos y responsabilidades que ello conlleva, pero en ningún caso se les confirió poder para que estos abogados la representaran en materia cambiaria, tributaria o laboral, dicha limitación es por tanto jurídicamente viable y válida, ya que es posible limitar la responsabilidad que por estos hechos se pudieran generar en Colombia ya sea como consecuencia o no de la participación de CAH en su calidad de terceros de quien se invocan los méritos en la presente licitación.

**CONSIDERACIONES DEL COMITÉ EVALUADOR:** El Comité considera pertinente aclarar, que una limitación en el otorgamiento del poder no conlleva en sí mismo algún vicio de nulidad o ilegalidad, con ésta, se está buscando que determinadas materias, ya sea de naturaleza cambiaria, tributaria o laboral, sean consultadas antes de tomarse alguna decisión sobre alguna; sin perjuicio de lo anterior, el Comité revisó el poder que se adjuntó a la propuesta en los folios 438 y 457, verificando el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Pliego y concluyendo que aquel cumple con los mismos. Por lo anterior, la observación es desechada.

**III. CONSIDERACIONES SOBRE LA OPORTUNIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DE OBSERVACIONES Y CONTRAOBSERVACIONES:**

Algunos de los Proponentes han insistido en que la fecha para la presentación de observaciones venció el 29 de enero de 2008 y que, por tanto, las observaciones presentadas el 30 de enero de 2008 fueron radicadas fuera de tiempo. Para este Comité no puede haber duda alguna acerca de que, según el Pliego, el plazo para la presentación de observaciones tiene su vencimiento el día 30 de enero de 2008 y no el 29 de enero de 2008. Esto, por cuanto, el Pliego de Condiciones en su numeral 1.21, sobre cronograma de la Licitación, indica que el plazo para presentar observaciones se vence a los cinco (5) días hábiles siguientes a la puesta a disposición de los Proponentes del Informe de Evaluación. Dado que el informe de evaluación se puso a disposición de los Proponentes a las 4 de la tarde del día del día miércoles 23 de enero de 2008, la fecha en que precluye la oportunidad para presentar observaciones corresponde al 30 de enero de 2008, esto es, a los cinco (5) días hábiles siguientes a la puesta a disposición de los Proponente del Informe de Evaluación. Entender que el plazo aludido vence el 29 de enero equivaldría, en la práctica, a suprimir un día completo para la presentación de las observaciones con clara violación del derecho de defensa y el debido proceso de los Proponentes.

**CUADRO RESUMEN:**

<b>PROPONENTE</b>	<b>ELEGIBLE</b>	<b>NO ELEGIBLE</b>
<b>1. Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos de Occidente 2008 S.A.</b>	<b>X</b>	
<b>2. Promesa de Sociedad Futura Compañía Antioqueña de Aeropuertos S.A.</b>	<b>X</b>	
<b>3. Promesa de Sociedad Futura Concesión Sistema Aeroportuario de Colombia S.A.</b>	<b>X</b>	
<b>4. Promesa de Sociedad Futura Aeropuertos Colombianos de Centro Norte S.A.</b>		<b>X</b>
<b>5. Promesa de Sociedad Futura Concesión Aeropuertos de Occidente S.A. – CAO S.A.</b>		<b>X</b>
<b>6. Promesa de Sociedad Futura Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. – OACN S.A.</b>	<b>X</b>	

En los anteriores términos, expresamos nuestro concepto de evaluación y calificación del proceso licitatorio No. 7000132-OL de 2007, “*CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, ADECUACIÓN, MODERNIZACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS AEROPUERTOS OLAYA HERRERA (MEDELLÍN), JOSÉ MARÍA CORDOVA (RIONEGRO), EL CARAÑO (QUIBDÓ), LOS GARZONES (MONTERÍA), ANTONIO ROLDÁN BETANCOURT (CAREPA) Y LAS BRUJAS (COROZAL)*”.

Cordialmente del Grupo de Evaluación y Calificación,

ANDRES FORERO LINARES  
Secretario General UAEAC

PABLO AUGUSTO ALFONSO CARRILLO  
Jefe Oficina Comercialización Inversión  
UAEAC

JAIR ORLANDO FAJARDO FAJARDO  
Jefe Oficina de Planeación UAEAC

MIGUEL ANGEL ACOSTA OSIO  
Director Financiero UAEAC

FRANCISCO J. SALDARRIAGA ARISTIZABAL  
Gerente Aeropuerto Olaya Herrera

MARIA ADELAI DA GOMEZ HOYOS  
Asesora Jurídica Aeropuerto Olaya Herrera