



**PATRIMONIO AUTÓNOMO
VERANO ENERGY - VÍA MARGINAL DE LA SELVA OBRAS POR IMPUESTOS 2022.
FIDUPREVISORA S.A.
LICITACIÓN PRIVADA ABIERTA No. 001 DE 2022
RESPUESTA A OBSERVACIONES A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA**

Fiduprevisora S.A., actuando como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO VERANO ENERGY - VÍA MARGINAL DE LA SELVA OBRAS POR IMPUESTOS 2022**, atendiendo lo dispuesto en el numeral 2.8 “CRONOGRAMA” en el marco de la Licitación Privada Abierta No. 001 de 2022 cuyo objeto es *“REALIZAR LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, JURÍDICA, PREDIAL, SOCIAL Y AMBIENTAL PARA EL PROYECTO: “MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA TERCIARIA “MARGINAL DE LA SELVA” QUE COMUNICA MATE PLATANO – EL PESCADO – LA Y DEL CHARO (VILLA CECILIA) – PUERTO NARIÑO, EN EL MUNICIPIO DE SARAVERENA (MUNICIPIO PDET), DEPARTAMENTO DE ARAUCA”* procede a responder las observaciones allegadas en el plazo establecido para ello en los términos de referencia preliminares, de la siguiente manera:

Nº DE OBSERVACIONES RECIBIDAS	FECHA DE RECIBO	MEDIO DE RECIBO	OBSERVANTE
1	10/11/2022	Correo electrónico	GERMAN POVEDA
1	10/11/2022	Correo electrónico	NICO INGENIERIA S.A.S.
2	10/11/2022	Correo electrónico	AM INGENIEROS CIVILES S.A.S.
1	10/11/2022	Correo electrónico	BUREAU VERITAS COLOMBIA
5	10/11/2022	Correo electrónico	SERVICIOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.
1	15/11/2022	Correo electrónico	VELNEC S.A.*

*Observación extemporánea

● **OBSERVACIÓN 1 (GERMAN POVEDA):**

“Muy respetuosamente me dirijo a ustedes para solicitar la ampliación en plazo para presentación de la propuesta cuyo objeto es: REALIZAR LA INTERVENTORIA TECNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, JURÍDICA, PREDIAL, SOCIAL Y AMBIENTAL PARA EL PROYECTO " MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VIA TERCIARIA: MARGINAL DE LA SELVA QUE COMUNICA MATE PLÁTANO-EL PESCADO-LA Y DEL CHARO (VILLA CECILIA)-PUERTO NARIÑO, EN EL MUNICIPIO DE SARAVERENA (MUNICIPIO PDET), DEPARTAMENTO DE ARAUCA”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

No se acepta su observación, toda vez que, el cronograma del proceso se encuentra ligado al cronograma general del proyecto asignado al Contribuyente, los cuales han sido previamente aprobados por las entidades nacionales competentes correspondientes, en tal sentido no se permite su ampliación.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI __ NO X

- **OBSERVACIÓN 2 (NICO INGENIERIA S.A.S.):**

“Comedidamente me dirijo a usted con el fin de solicitar ampliación en el tiempo para la presentación de la propuesta de la licitación pública cuyo Objeto es: REALIZAR LA INTERVENTORIA TECNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, JURÍDICA, PREDIAL, SOCIAL Y AMBIENTAL PARA EL PROYECTO" MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VIA Terciaria: Marginal de la Selva que comunica Mate Plátano-El Pescado-La y del Charo (Villa Cecilia)- Puerto Nariño, en el Municipio de Saravena (Municipio PDET), Departamento de Arauca”.

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

No se acepta su observación, toda vez que, el cronograma del proceso se encuentra ligado al cronograma general del proyecto asignado al Contribuyente, los cuales han sido previamente aprobados por las entidades nacionales competentes correspondientes, en tal sentido no se permite su ampliación.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI __ NO X

- **OBSERVACIÓN 3 (INGENIEROS CIVILES S.A.S.):**

*“El numeral **6.3.1.4 REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA**, en su último párrafo, posterior a la **Alternativa B**, segunda viñeta, dice así:*

“Adicional a lo anterior, el oferente deberá cumplir con los siguientes apartes:

...

- *No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas o de sus socios. La experiencia que se pretenda acreditar deberá ser directa.”*

Sobre lo cual nos permitimos indicar los siguientes aspectos:

*Los TDR de los procesos, en su numeral **7.1.1. EXPERIENCIA DEL PROPONENTE**, establecen:*

*“B. Para la asignación de puntaje, se tomará el promedio de los contratos válidos aportados en el numeral de experiencia habilitante, expresados en SMMLV **registrados en el RUP** o en alguno de los documentos válidos señalados en los TDR que acrediten su experiencia y que en total hayan cumplido con lo mencionado en los mismos. Dicho promedio será el valor que lo hará participar para la asignación del puntaje, según se detalla en esta sección.”*

Lo anterior significa que de acuerdo a lo establecido en su numeral 3.1:

3.1 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La presente LICITACIÓN PRIVADA ABIERTA estará sometida a la legislación y jurisdicción colombiana, en lo referente al régimen de contratación privada contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas concordantes; así como, a los principios rectores de la función administrativa y lo dispuesto en el artículo 1.6.5.3.4.6 del Decreto 1915 de 2017. Por tanto, los Términos de Referencia y en general los documentos que se profieran en el proceso, se supeditarán a las precitadas normas.”

La Fiduprevisora S.A. como entidad contratante del proceso, dentro del mecanismo de obras por impuestos, reglamentado por el artículo 238 de la ley 1819 de 2016 y demás normas concordantes, quien además es una Sociedad de Economía Mixta de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y con control fiscal reglamentado por la Contraloría General de la República; es claro que está aplicando apartes del régimen de contratación pública, como lo es la solicitud de acreditación del Registro Único de Proponentes – RUP por parte de los proponentes para la validación de la experiencia.

En los procesos adelantados por ustedes en años anteriores, se le dio gran relevancia a la información contenida en el RUP, tomando en cuenta para los informes de evaluación de los proponentes, la modificación de los promedios de facturación mensual de la experiencia según alguna mínima diferencia que se pudiera presentar entre los soportes de la misma (tales como actas de recibo final y/o actas de liquidación y/o certificaciones) y la información consignada en el RUP. Es decir, es claro que la entidad se viene acogiendo a los requerimientos de la contratación pública.

Adicionalmente, según lo establecido numeral **3.1 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE**:

“La presente LICITACIÓN PRIVADA ABIERTA estará sometida a la legislación y jurisdicción colombiana, ..., así como, a los principios rectores de la función administrativa y lo dispuesto en el artículo 1.6.5.3.4.6 del Decreto 1915 de 2017...”, (subrayado y resaltado propio)

Entonces remitiéndonos al citado artículo del Decreto 1915 de 2017, se establece:

“ARTÍCULO 1.6.5.3.4.6. Celebración de contratos con terceros

Dentro de los contratos a celebrar se deberán realizar, como mínimo, el de gerencia del proyecto y el de interventoría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1819 de 2016 y los artículos 1.6.5.3.4.7. y 1.6.5.3.4.8. del presente Decreto.”

Remitiéndonos al artículo **1.6.5.3.4.8.** se tiene:

ARTÍCULO 1.6.5.3.4.8. Contratación de la interventoría del proyecto

PARÁGRAFO. Las entidades nacionales competentes definirán lineamientos y **formatos tipo con los requisitos mínimos que debe contemplar la contratación de la interventoría.**

Los formatos tipo a que hace referencia el párrafo anterior, para la Entidad Nacional Competente (ENC), que en el caso del presente proyecto es el INVIAS, están debidamente reglamentados por la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - Colombia Compra Eficiente, mediante la Resolución Numero 326 de 2022: "Por la cual se actualizan los documentos tipo para los procesos de contratación de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 256 de 2020".

Es así entonces como en los pliegos tipo publicados por el INVIAS para sus procesos de contratación, en el numeral **10.1.1 CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS PRESENTADOS PARA ACREDITAR LA EXPERIENCIA DEL PROPONENTE**, en su literal F. establece lo siguiente:

F. La entidad tendrá en cuenta la experiencia individual de los accionistas, socios o constituyentes de las sociedades con menos de tres (3) años de constituidas. Pasado este tiempo, la sociedad conservará esta experiencia, tal y como haya quedado registrada en el RUP.

Ahora bien, remitiéndonos a la legislación Colombiana en materia de contratación pública, a la que La Fiduprevisora S.A. aplica a partes de esta, como por ejemplo la exigencia de la presentación del RUP para la acreditación de la experiencia y la integridad de los TDR de los presentes procesos, adoptando los pliegos tipo, los cuales provienen de la legislación pública, específicamente de la Resolución Numero 326 de 2022, es preciso entonces revisar el Decreto 1510 de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública" el cual establece:

CAPÍTULO V - Registro Único de Proponentes (RUP)

Artículo 9. Información para inscripción, renovación o actualización literal e)

"...Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes"

Es decir, está claramente establecido que para empresas con menos de tres (3) años de constitución, la legislación colombiana permite la acreditación de la experiencia mediante la de sus accionistas, socios o constituyentes. Entonces en estos procesos, que si bien tienen como régimen jurídico aplicable el de contratación privada, los TDR se están

adoptando en su gran mayoría a los componentes de pliegos tipo y a la exigencia del RUP para acreditación de la experiencia, perteneciendo esto a la contratación pública, lo cual conlleva a que se debe aceptar la participación de empresas con menos de tres años de constituidas para acreditar su experiencia a través de sus accionistas, socios o constituyentes, amparados en el **Decreto 1510 de 2013, literal e) del CAPÍTULO V**

En otras palabras, queremos manifestarles que esta condición en los TDR está limitando la pluralidad de oferentes y por lo tanto del principio de igualdad, transparencia y selección objetiva del proceso.

Por esto, según lo argumentado en el presente escrito nos permitimos hacer de manera respetuosa y comedida las siguientes solicitudes:

SOLICITUDES:

1. Permitir para los citados procesos, la acreditación de la experiencia del proponente mediante sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas o de sus socios. “

Eliminar el literal “mm” del numeral 5.6 CAUSALES DE RECHAZO que dice:

“Cuando el Proponente, o alguno de sus integrantes, tenga relación de subordinación (sea matriz o sea subordinada) de otra persona que presente propuesta en la licitación directamente o participando a través de figura asociativa.”.

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

En primer lugar, es importante aclararle al observante que Fiduprevisora S.A. tan solo actúa como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo, considerándose este último como una ficción jurídica, por lo cual, los actos contractuales desarrollados por el Patrimonio Autónomo se ejecutan a partir de los lineamientos otorgados por parte de la Entidad Nacional Competente y previa instrucción del Fideicomitente, en virtud de lo establecido en el Decreto 1915 de 2017.

Así las cosas, no se acepta su observación, toda vez que, la estructuración de los Términos de Referencia de la presente Licitación Privada Abierta se realizaron a partir de los lineamientos otorgados por parte de la Entidad Nacional Competente -Instituto Nacional de Vías- y teniendo en cuenta que dentro del mecanismo de Obras por Impuestos es valorada la experiencia directa que pueda acreditar el proponente, por lo anterior, el requisito de los tres (3) años es el plazo mínimo para la acreditación de la existencia de la persona jurídica, en el entendido que el objetivo de este requisito es poder validar dicha experiencia del proponente y no la de socios, accionistas, matrices, controlantes o filiales, toda vez que, finalmente quien va a ejecutar el contrato es el proponente directamente.

Finalmente, es importante en este punto recordarle al observante que el régimen jurídico aplicable al mecanismo de Obras por Impuestos es el régimen de contratación privada, por lo anterior, no le aplica de



manera integral las condiciones de los pliego tipo, teniendo en cuenta las particularidades que presenta las licitaciones privadas abiertas dentro del mecanismo, lo anterior en concordancia con el inciso 2 del artículo 1.6.5.3.4.6 -Celebración de contratos con Terceros- del Decreto 1915 de 2017, que indica lo siguiente:

“(…) **ARTÍCULO 1.6.5.3.4.6. Celebración de contratos con terceros.**

El contribuyente será responsable de la celebración de los contratos que sean necesarios para la preparación, planeación y ejecución del proyecto, de acuerdo con la legislación privada y a través de licitación privada abierta.

El Estado no tendrá ninguna responsabilidad, ni directa, ni solidaria o subsidiaria, en caso de incumplimiento de lo pactado entre el contribuyente y los contratistas, o entre estos últimos.”

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

• **OBSERVACIÓN 4 (BUREAU VERITAS COLOMBIA):**

“Existe la siguiente nota:

“No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas o de sus socios. La experiencia que se pretenda acreditar deberá ser directa.”

Ahora bien, en aras de tener mayor pluralidad con las empresas que cuentan con la experiencia que sus empresas matrices y/o filiales han adquirido a lo largo del tiempo, resulta limitante que se señale esta nota, pues no habría posibilidad para un gran número de empresas que cuentan con la experiencia de esa manera(matrices y/o filiales), por tal motivo, agradecemos a la entidad se permita hacer invocación de méritos para que pueda utilizarse la experiencia controladas por la matriz y/o filial.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

No se acepta su observación, por favor remitirse a la respuesta de la observación No. 3.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

• **OBSERVACIÓN 5 (SERVICIOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCION S.A.S.):**

“La entidad establece que la forma de pago del proceso en referencia se cancelará al interventor de la siguiente manera: (ver siguiente imagen)

I. Pagos mensuales hasta el CUARENTA POR CIENTO (40%) del valor de la interventoría, como un valor fijo mensual de conformidad con la oferta presentada y aceptada por el CONTRATANTE, por instrucción del Fideicomitente teniendo en cuenta la estructura de costos aprobada por la Entidad Nacional Competente para el proyecto en cuestión y efectivamente empleado en la ejecución de los trabajos. Para este pago, se deberá presentar junto a la factura, informe donde se especifique mes a mes el porcentaje de avance de obra por cada proyecto según los tiempos estipulados en el cronograma y previo visto bueno de la Entidad Nacional Competente: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS.

II. Un CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor de la interventoría, aprobado por el Supervisor en el mes a certificar de Interventoría se pagará en relación al porcentaje ejecutado de obra sobre el porcentaje programado en el periodo a certificar, dicho porcentaje será verificado con el informe mensual del proyecto que se encuentre en ejecución, los cuales se realizarán con la entrega de los informes de las actividades desarrolladas en el mes correspondiente conforme a las obligaciones del contrato de Interventoría y requeridos por el Supervisor delegado por la Entidad Nacional Competente, quien deberá dar visto bueno a la recepción de los informes y aprobar los pagos.

En atención a la exigencia por parte de la entidad respecto a la tipología de pago al Interventor en concordancia al avance del contrato de obra, presentamos nuestra preocupación siendo que a pesar de la coligación del contrato de obra e interventoría y la autonomía que tiene este último, la entidad quiere condicionar el pago conforme al avance del contratista de obra, por lo anterior debemos solicitar a la entidad aclarar si ¿La entidad reconocerá el valor total del contrato de Interventoría en caso que el Interventor dé cumplimiento total de sus obligaciones y éstas sean recibidas a satisfacción por la entidad contratante antes o dentro del plazo estipulado?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se aclara al observante que de conformidad con lo establecido en los términos de referencia numeral -2.6 FORMA DE PAGO:

*“(…) **Nota 1:** Cuando se tengan saldos pendientes del componente variable, en razón al avance ejecutado sobre el programado, dicha proporción se cancelará al Contratista, cuando éste informe a la Gerencia, que la ejecución del proyecto está cumpliendo con lo programado acumulado, quien, a su vez, validará dicha información de acuerdo con el informe correspondiente.*

En ninguno de los casos podrá ser reconocido un valor porcentual mayor al programado acumulado para el mes en cuestión. (…)”

Por lo anterior, en el caso de ejecutar el proyecto en un menor tiempo, el porcentaje que se encuentra ligado al avance de obra se pagará en su totalidad; ahora bien, la principal labor del contratista de interventoría es realizar el adecuado seguimiento y control al contratista de obra para así asegurar el



cumplimiento del cronograma del proyecto; así las cosas, en el caso de presentarse demoras en la ejecución del contrato de obra o se genere un incumplimiento total por parte del contratista de obra, el interventor deberá demostrar la debida diligencia efectuada para conminar al contratista de obra para el cumplimiento de sus obligaciones y se procederá a ejecutar las acciones necesarias dispuestas en el respectivo contrato de obra que permita finalizar el proyecto, por lo tanto, el interventor deberá estar hasta la entrega y recibo a satisfacción del proyecto; los valores adicionales se definirán de acuerdo con el concepto del supervisor del contrato que para el presente caso es la Entidad Nacional Competente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

- **OBSERVACIÓN 6 (SERVICIOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.):**

“En caso de que el contratista de obra incumpla y no ejecute la totalidad del contrato en plazo, ¿se le pagará al interventor la totalidad del valor de su contrato? Entendiendo que sus costos no están relacionados con el cumplimiento del contratista.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

La principal labor del contratista de interventoría es realizar el adecuado seguimiento y control al contratista de obra para así asegurar el cumplimiento del cronograma del proyecto; así las cosas, en el caso de presentarse demoras en la ejecución del contrato de obra o se genere un incumplimiento total por parte del contratista de obra, el interventor deberá demostrar la debida diligencia efectuada para conminar al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones y se procederá a ejecutar las acciones necesarias dispuestas en el respectivo contrato de obra que permita finalizar el proyecto, por lo tanto, el interventor deberá estar hasta la entrega y recibo a satisfacción del proyecto; los valores adicionales se definirán de acuerdo con el concepto del supervisor del contrato que para el presente caso es la Entidad Nacional Competente

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

- **OBSERVACIÓN 7 (SERVICIOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.):**

¿En caso de que sea necesario prorrogar el contrato de obra se adicionará el de INTERVENTORIA en valor de acuerdo a su oferta económica?

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se aclara al observante que esto dependerá expresamente de las causales que generen la ampliación del contrato de interventoría y deberá ser instruido por el contribuyente y avalado por el supervisor del contrato; el valor dependerá expresamente de los recursos que se planteen necesarios para culminar el contrato de interventoría.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

- **OBSERVACIÓN 8 (SERVICIOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.):**

En caso de que el contrato de obra tenga un rendimiento menor al planeado ¿puede el interventor reducir su equipo mínimo?

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se aclara al observante que dentro del numeral 2.6 FORMA DE PAGO se indica que:

“(…) PARÁGRAFO TERCERO: Los porcentajes de dedicación del personal mínimo estarán sujetos a las necesidades propias del proyecto y a lo aprobado por la Entidad Nacional Competente a cargo de la supervisión del contrato y solo se reconocerá el porcentaje de dedicación efectivamente acreditado. Con la presentación de la propuesta, el proponente acepta el conocimiento de esta situación y, por ende, no habrá lugar a reclamaciones por el reconocimiento de dedicaciones por un menor porcentaje.

Conforme a lo anterior, el valor del contrato estará sujeto al reconocimiento de mayores o menores dedicaciones del personal para la ejecución del objeto contractual y se ajustará a las necesidades propias del proyecto aprobadas previamente por el Supervisor del contrato. Dicho valor estará sujeto a la aprobación por parte del supervisor de las dedicaciones de personal y costos indirectos, lo cual no dará oportunidad al contratista para hacer reclamos por la modificación eventual del valor del contrato. (…)”

Con relación a lo anterior, se evidencia que, en caso de no requerirse la dedicación total del personal mínimo por las condiciones específicas del proyecto, la Entidad Nacional Competente deberá avalar su reducción y solo se pagará el recurso efectivamente utilizado.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

• **OBSERVACIÓN 9 (SERVICIOS DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.):**

¿Para el trámite del pago del interventor correspondiente al avance del contratista de obra, es necesario que se tramite con anterioridad el acta del constructor o basta con el reporte del % ejecutado en el periodo?

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se aclara al observante que efectivamente se requiere contar con el acta del constructor para así poder establecer el porcentaje del pago que se encuentra ligado al porcentaje de avance y será revisado por el supervisor del contrato y posteriormente avalado para así proceder con el respectivo pago.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

• **OBSERVACIÓN 10 (VELNEC S.A.):**

“Nos permitimos presentar observación referente al término de constitución del proponente, el cual se encuentra señalado en los Términos de Referencia, de la siguiente forma:

“Término de constitución: Que la persona jurídica se encuentre constituida mínimo con tres (3) años de antelación al cierre de la presente LICITACIÓN PRIVADA ABIERTA. Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con tres (3) años de antelación al cierre de la presente LICITACIÓN PRIVADA ABIERTA”

Consideramos que esta restricción resulta violatoria de Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021, que incluyó para los procesos de contratación enfoque de género para los emprendimientos o empresas de mujeres.

Conforme con las prescripciones del Artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, las entidades estatales deberán incluir requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos. Del mismo modo, las entidades no reguladas por el Estatuto General de Contratación, es decir procesos de contratación realizados por entidades estatales (indistintamente de su régimen de contratación) y a los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por las mismas y claramente al limitar que solo participen empresas con 3 años de constitución, todas aquellas empresas que nacimos a partir de la Ley 2069 de 2020, estamos siendo eliminadas de participar en procesos de selección, lo cual resulta contrario al espíritu mismo de la ley, en el cual se buscó la equidad en cuanto a los emprendimientos de mujeres.

Ahora bien, el parágrafo 2 del Artículo 47 y el parágrafo 1 del Artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, exhorta a impulsar Colombia para que, junto con ayuda de otras entidades del Estado, establezca las definiciones sobre emprendimiento, sus características y sus tipos.

Por su parte el Decreto 1860 de 2021 Artículo 2.2.1.2.4.2.14., se encarga de señalar de definición de emprendimientos y empresas de mujeres en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.14. Definición de emprendimientos y empresas de mujeres. Con el propósito de adoptar medidas afirmativas que incentiven la participación de las mujeres en el sistema de compras públicas, se entenderán como emprendimientos y empresas de mujeres aquellas que cumplan con alguna de las siguientes condiciones:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, partes de interés o cuotas de participación de la persona jurídica pertenezcan a mujeres y los derechos de propiedad hayan pertenecido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde conste la distribución de los derechos en la sociedad y el tiempo en el que las mujeres han mantenido su participación.

2. Cuando por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los empleos del nivel directivo de la persona jurídica sean ejercidos por mujeres y éstas hayan estado vinculadas

laboralmente a la empresa durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección en el mismo cargo u otro del mismo nivel.

Se entenderá como empleos del nivel directivo aquellos cuyas funciones están relacionadas con la dirección de áreas misionales de la empresa y la toma de decisiones a nivel estratégico. En este sentido, serán cargos de nivel directivo los que dentro de la organización de la empresa se encuentran ubicados en un nivel de mando o los que por su jerarquía desempeñan cargos encaminados al cumplimiento de funciones orientadas a representar al empleador.

Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o el contador, donde se señale de manera detallada todas las personas que conforman los cargos de nivel directivo del proponente, el número de mujeres y el tiempo de vinculación. La certificación deberá relacionar el nombre completo y el número de documento de identidad de cada una de las personas que conforman el nivel directivo del proponente. Como soporte, se anexará copia de los respectivos documentos de identidad, copia de los contratos de trabajo o certificación laboral con las funciones, así como el certificado de aportes a seguridad social del último año en el que se demuestren los pagos realizados por el empleador.

3. Cuando la persona natural sea una mujer y haya ejercido actividades comerciales a través de un establecimiento de comercio durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Esta circunstancia se acreditará mediante la copia de cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería o el pasaporte, así como la copia del registro mercantil.

4. Para las asociaciones y cooperativas, cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los asociados sean mujeres y la participación haya correspondido a estas durante al menos el último año anterior a la fecha de cierre del Proceso de Selección. Esta circunstancia se acreditará mediante certificación expedida por el representante legal.

PARÁGRAFO. Respecto a los incentivos contractuales para los emprendimientos y empresas de mujeres, las certificaciones de trata el presente artículo deben expedirse bajo la gravedad de juramento con una fecha de máximo treinta (30) días calendario anteriores a la prevista para el cierre del procedimiento de selección”. Significando lo anterior, que en la búsqueda de la equidad de género el Gobierno Nacional incentiva la participación de las mujeres en los procesos de selección, bien sean ejecutadas por entidades públicas así como patrimonios autónomos. Una vez hacemos énfasis que el limitar que solo se pueden presentar empresas con más de tres (3) años de constituidas, es una flagrante violación a la Constitución y a la Ley, ya que pone en desigualdad absoluta a las empresas creadas por mujeres y desdibuja los grandes avances que en materia de equidad de género se había logrado hasta la fecha. Cabe señalar que en Colombia es permitida la utilización de la experiencia de los de los socios, tal y como lo expreso al máximo órgano consultivo en

materia de contratación estatal Colombia Compra Eficiente mediante concepto con radicado: 2201913000008914 de 2019, el cual procedemos a transcribir para dar mayor claridad a la Fiduciaria:

“2.1 Acreditación de experiencia de sociedades nuevas

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se pronunció en el concepto identificado con radicado No. 4201912000003636 del 20 de agosto de 2019, reiterado en el concepto con radicado No. 4201912000004743 del 28 de agosto de 2019 y en el concepto con radicado No. 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, sobre la acreditación de la experiencia de las sociedades cuya constitución es inferior a tres (3) años.

La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación.

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje; con excepción del proceso de selección de consultores, donde es posible otorgar puntaje al criterio de experiencia¹.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con las entidades deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación².

Frente al requisito habilitante de experiencia, en el “Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación” se define la experiencia como “el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato”.

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.5.2, numeral 2.1, establece que si una persona natural es la que se inscribe al RUP, aportará los certificados de experiencia en provisión de bienes, obras y servicios, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras y servicios, y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado³.

El numeral 2.5 del mismo artículo señala que la persona jurídica se registrará aportando los certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes,

obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios, en el tercer nivel. **Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.** (Subrayado y negrita fuera del texto)

La parte final del numeral 2.5 del artículo citado incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. **Esta medida, que puede ser entendida como de fomento a la participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas - con menos de 3 años de constitución- puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes.** (Subrayado y negrita fuera del texto)

A pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma.

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que ésta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública. (Subrayado y negrita fuera del texto)

Ahora bien, este aspecto ofrece meridiana claridad en cuanto a su aplicación, pero el interrogante que ha generado la norma es ¿qué pasa después de que la sociedad a la que le ha sido permitido certificar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes cumple 3 años de su constitución? ¿puede seguir siendo beneficiaria de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015?

Estos interrogantes han sido planteados a la Subdirección de Gestión Contractual, y se han dado respuestas en uno y otro sentido. Así, en Concepto del 7 de febrero de 2018 se sostuvo que las personas jurídicas que hubieran sido beneficiarias de la norma podían seguir acreditando la experiencia de sus socios o accionistas, inclusive después de transcurridos 3 años desde la constitución de la sociedad, siempre que se renovara el RUP, en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta lo anterior, aunque la persona jurídica tenga más de tres años de constituida y haya registrado inicialmente la experiencia de sus socios en el RUP (pues su constitución era inferior a tres años) y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no

cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si el RUP no es renovado y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la Cámara de Comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro⁴.

Posición contraria se adoptó en un concepto del 3 de abril del 2018, en el que frente a la misma pregunta esta Subdirección respondió que después de cumplidos los 3 años desde la constitución de la sociedad, las entidades estatales no deberían tener como válida la experiencia acreditada por los socios, accionistas o constituyentes. Como fundamento de esta posición, la Subdirección consideró lo siguiente:

- 1. La posición de Colombia Compra Eficiente respecto a la validez de la experiencia de los accionistas, socios o constituyentes, acreditada en el RUP por una sociedad nueva, cuando está ya superó los 3 años de constituida, ha variado.*
- 2. El Decreto 1082 de 2015 establece que para la inscripción en el RUP de una persona jurídica, si su constitución es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.*
- 3. La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal.*
- 4. En consecuencia, la persona jurídica cuya constitución es menor a tres (3) años puede registrar la experiencia de sus socios en el RUP, la cual no podrá ser tomada en cuenta por la Entidad Estatal como experiencia de la sociedad una vez cumplidos los tres (3) años de constituida la persona jurídica a los que hace referencia la norma, pues no se cumple con el presupuesto normativo para acceder al beneficio que contempla el Decreto 1082. 5. Las Cámaras de Comercio se encargan de hacer la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribir, renovar o actualizar su información en el RUP. De esa forma, a diferencia de la renovación, la actualización del RUP puede llevarse a cabo en cualquier momento (únicamente para la capacidad jurídica y experiencia) y debe ser verificada junto con sus soportes por la Cámara de Comercio correspondientes.*

Ante esta disparidad de criterios, la Subdirección de Gestión Contractual estimó necesario recoger estos pronunciamientos y unificar nuestra posición en el concepto con radicado No. 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, en torno a la posibilidad o no de

que las sociedades nuevas puedan seguir acreditando la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes, incluso después de cumplidos 3 años de constitución de la persona jurídica.

El criterio que se adopta es que la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes para aquellas sociedades que al momento de inscribirse en el RUP tenían menos de 3 años de constituidas puede seguir siendo acreditada por la persona jurídica después de transcurridos los 3 años del acto de constitución. Esta posición ya había sido acogida por esta Subdirección en pronunciamientos más recientes, esto es, posteriores a la acogida en el Concepto del 3 de abril de 2018 antes citado.

Se reitera que la finalidad del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 es incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal. Adicionalmente, el Decreto 1082 de 2015 establece que la persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año, de lo contrario cesan sus efectos.

En la actualidad, las Cámaras de Comercio sólo pueden eliminar la experiencia registrada en el RUP a solicitud del proponente, por tanto, le corresponde a las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y a las entidades estatales verificar, para efectos de tener en cuenta la experiencia. (Subrayado y negrita fuera del texto)

En otras palabras, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP, y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. *Por el contrario, si no se renueva y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la Cámara de Comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro. (Subrayado y negrita fuera del texto)*

Lo anterior, tiene fundamento en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el numeral 4.2, sobre el procedimiento para llevar el registro único de proponentes, que establece:

4.2.5. Vigencia de los documentos. Para efectos de renovación y actualización se considera que los documentos no pierden su vigencia salvo disposición legal en contrario. Por lo anterior, las Cámaras de Comercio no podrán abstenerse de realizar la inscripción argumentando el vencimiento de los documentos de soporte.

Así las cosas, con el fin de incentivar la participación continua y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratación, aceptarán como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de

cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas. (Subrayado y negrita fuera del texto)

En este sentido, si bien la norma no determina si después de tres (3) años de constituida la persona jurídica la experiencia que fue aportada por los socios, accionistas o constituyentes sigue siendo válida o la entidad la puede rechazar, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes aportada a la persona jurídica sigue siendo válida porque de esta forma se garantiza la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación.”

Tal y como se puede observar mi representada se acoge a los criterios establecidos en las Leyes 2069 de 2020 y Decreto 1860 de 2021, además de cumplir con los requerimientos técnicos de experiencia proporcionada por uno de los socios, luego a juicio de éste proponente, los Términos de Referencia deben ser aclarados en el sentido de permitir la participación de todo tipo de sociedades, sin distinguir de tiempo de constitución, siempre y cuando cumpla a con la capacidad técnica, jurídica y financiera necesaria para la ejecución de los contratos de Interventoría que nos atañen.”

“1 Ley 1150 de 2007: “Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta los siguientes criterios:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”.

2 Ley 1150 de 2007: “Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes: Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal”.

3 Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

“1. Si es una persona natural:

“1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos del interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel”

4 Colombia Compra Eficiente. Concepto del 7 de febrero de 2018, Rad. 220181300000954.

5 Colombia Compra Eficiente, Concepto del 3 de abril de 2018, Rad. 2201813000002553.

6 Ver: Colombia Compra Eficiente, Concepto del 10 de octubre de 2019, Rad. 2201913000007585; Concepto del 20 de agosto de 2019, Rad. 2201913000006028.

7 Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.1.1.5.1. Inscripción, renovación, actualización y cancelación del RUP. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las Entidades Estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley.

"La persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año. De lo contrario cesan los efectos del RUP. La persona inscrita en el RUP puede actualizar la información registrada relativa a su experiencia y capacidad jurídica en cualquier momento.

"Los inscritos en el RUP pueden en cualquier momento solicitar a la cámara de comercio cancelar su inscripción".

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

No se acepta su observación, por favor remitirse a la respuesta de la observación No. 3

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

El presente documento es expedido y publicado a los dieciséis (16) días del mes de noviembre de 2022.

PUBLIQUESE,



**COMITÉ EVALUADOR DESIGNADO
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., vocera y administradora del
PATRIMONIO AUTÓNOMO VERANO ENERGY - VÍA
MARGINAL DE LA SELVA OBRAS POR IMPUESTOS 2022.**

Elaboró: Luisa Bucheli -- profesional jurídico Obras por Impuestos

Elaboró: Lina Gómez- profesional técnico Obras por Impuestos

Revisó y aprobó: Luisa Fernanda Monroy Pérez –coordinadora jurídica obras por impuestos.

Revisó y aprobó: Yuly Castro Pardo –coordinadora de negocios Fiduprevisora S.A.