

PATRIMONIO AUTÓNOMO OBRAS POR IMPUESTOS 2022-2024 OPCIÓN FIDUCIA
FIDUPREVISORA S.A.
LICITACIÓN PRIVADA ABIERTA No. 003 DE 2024
RESPUESTA A OBSERVACIONES A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

Fiduprevisora S.A., actuando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo ECOPETROL OBRAS POR IMPUESTOS 2022-2024 OPCIÓN FIDUCIA atendiendo lo dispuesto en el numeral 2.8 "CRONOGRAMA" en el marco de la Licitación Privada Abierta No. 002 de 2024 cuyo objeto es "REALIZAR LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, JURÍDICA, PREDIAL, SOCIAL Y AMBIENTAL PARA EL PROYECTO: MEJORAMIENTO DE VÍAS RURALES MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE PLACA HUELLA Y OBRAS DE DRENAJE EN DIFERENTES VEREDAS DEL MUNICIPIO DE LABRANZAGRANDE."

Procede a responder las observaciones allegadas en el plazo establecido y fuera de este para ello en los términos de referencia preliminares, de la siguiente manera:

Table with 4 columns: Nº DE OBSERVACIÓN RECIBIDA, FECHA DE RECIBO, MEDIO DE RECIBO, OBSERVANTE. It lists 7 observations with details on dates and recipients.

OBSERVACIÓN 1: (ERICK CASTILLO)

"solicitamos se nos aclare si la experiencia acreditada puede ser de los socios y si una empresa con menos de tres años de constituida puede participar."

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Revisada su observación se aclara que, si será tenida en cuenta la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de las sociedades con menos de tres (3) años de constituidas. Así las cosas, agradecemos remitirse a la Adenda No. 002.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI X NO

OBSERVACIÓN 2: (KAREN ARISTIZABAL BUITRAGO)

“En atención a los términos de referencia del proceso del asunto, surge la inquietud en cuanto, el proceso menciona ser una "LICITACIÓN PRIVADA ABIERTA", por lo cual, agradecemos a la entidad aclare quiénes pueden presentar oferta al presente proceso, si todas las empresas que cuenten y cumplan con lo solicitado, técnica, financiera y jurídicamente, o en su defecto solo podrán presentar ofertas ciertas empresas (seleccionadas por la entidad) que fueron elegidas o directamente se le envió la invitación para contratar y presentar oferta directamente por la empresa como invitación privada.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo con la observación presentada, es oportuno dar respuesta a la misma bajo los criterios establecidos en el numeral 2.8 de los términos de referencia, que establece lo siguiente:

“(...) 2.8 DESTINATARIOS DEL PROCESO LICITATORIO

Podrán participar en el presente proceso licitatorio las personas naturales y/o jurídicas, nacionales y/o extranjeras con ánimo de lucro con domicilio y/o sucursal en Colombia, presentándose de forma individual y/o plural, figuras asociativas (uniones temporales y/o consorcios) que cuenten con la capacidad operativa, recurso humano y físico para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato. Cada proponente deberá presentar solamente una oferta (...).”

En este sentido, cualquier interesado en participar que cumpla con las condiciones descritas en el numeral mencionado anteriormente puede presentar oferta, al indicarse que es un proceso de carácter abierto hace alusión a que no se limita la participación de los interesados.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO X

OBSERVACIÓN 3: (PAULO EMILIO BRAVO CONSULTORES S.A.S.)

“1. Se consigna en el documento de anexo técnico página 17, numeral 2.6 (que no se corresponde con el numeral 5 del anexo técnico) respecto a la forma de pago lo siguiente:

“II. PAGO POR AVANCE DE OBRA: 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....”

Al respecto nos permitimos plantear a la entidad la siguiente observación para su correspondiente estudio:

Recientemente el Consejo de Estado y Tribunales de arbitramento han manifestado de manera clara que esta forma de pago es inconveniente, dado que desdibuja la naturaleza del trabajo de interventoría y además es **INEFICAZ EN PLENO DERECHO**. A continuación, citamos la sentencia referida y un laudo arbitral:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A del 17 de octubre de 2023, con Radicación 250002326000202100490 01 (69492), indicó:

“De la lectura de la cláusula en comentario, la Sala advierte que, ciertamente, la metodología en que se convino el pago del contrato de interventoría se supeditó, por entero, al cabal cumplimiento del contrato intervenido, en la medida en que el desembolso acordado procedía siempre que se verificara el cumplimiento del contrato de prestación de servicios supervisado.

Ello se desprende del hecho de que la entrega de los hitos a que se obligó el interventor, circunstancia a la cual se condicionó el pago del objeto de la interventoría, pasaba por la verificación y aprobación a satisfacción e informe de entrega de los productos por el contratista. De ahí surgía con claridad que, si el ejecutor del contrato intervenido no entregaba los productos, en el tiempo acordado, al interventor no se le reconocería su contraprestación.

Precisado lo anterior, la Sala considera que un acuerdo de esa índole se aparta de la naturaleza del contrato de interventoría, habida cuenta que desconoce que, al margen de que el contratista vigilado incurra en incumplimiento, ello no se traduce en que por esta circunstancia la labor de la interventoría automáticamente adolezca del mismo reproche o que ese hecho pueda entenderse o equipararse como una desatención de las obligaciones contraídas en el marco de este vínculo negocial. No puede perderse de vista que la tarea del interventor se centra en realizar el seguimiento técnico, financiero y jurídico del contrato sobre el que recae su objeto, mas no en asegurarlo, como si se tratara de un contrato de

garantía; por manera que la gestión del interventor puede considerarse cabalmente satisfecha cuando este formula correctivos, informa a la entidad acerca de hechos de incumplimiento del contrato inspeccionado que darían lugar a la imposición de sanciones, rechaza o se abstiene de recibir las obras, bienes o servicios prestados, cuando estos no cumplan con los requisitos preestablecidos, eventos en los cuales su trabajo debe ser recompensado.

Estas reflexiones permiten considerar que la sujeción del pago de la contraprestación atinente al contrato de interventoría, subordinada en un ciento por ciento al cumplimiento del contrato supervisado, eventualmente y, en principio, podría encajar en el supuesto previsto en el literal d) numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que castiga con INEFICACIA DE PLENO DERECHO UNA ESTIPULACIÓN DE IMPOSIBLE CUMPLIMIENTO, toda vez que, como se precisó, el objeto del contrato de interventoría en línea con su naturaleza no se traduce en la garantía de la satisfacción del objeto del negocio jurídico intervenido, por lo que no resulta posible ofrecer que las obligaciones del contrato objeto de seguimiento serán acatadas a plenitud, ya que tal circunstancia no depende de manera directa del que se obliga a que así sea, sino de la actuación y voluntad de un tercero." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

- Laudo Arbitral (Cámara de Comercio de Bogotá) Consorcio Sedes Educativas vs. PA FFIE Radicado No. 126473 (Pág 126-127) marzo de 2023:

"180. Adicionalmente cabe resaltar que el CSE (Consorcio Sedes Educativas - Interventor), precisamente en ejecución de sus compromisos contractuales, recomendó la terminación del CMO (Contrato Marco de Obra) por incumplimiento del Contratista de Obra, circunstancia que no puede traer consigo el efecto perverso de la liberación del PA FFIE (Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - Contratante) de sus obligaciones bajo el CMI (Contrato Marco de Interventoría) y/o las Actas de Servicio, pues lo que ello significaría, en la práctica, es que el CSE estaría asumiendo un riesgo en su contra por ejecutar debidamente sus compromisos contractuales.

181. Finalmente destaca el Tribunal que la evidente conexión entre el CMO y el CMI no implica el desaparecimiento de la autonomía de cada contrato, ni menos la transformación de la naturaleza del CMI, pasando de conmutativo a aleatorio, donde el CSE quedaba sujeto a los avatares del CMO para conservar o perder sus derechos bajo el Contrato Marco de Interventoría.

182. Corolario de lo expuesto es, entonces, que, como es obvio, el alcance de la § 9.9 de los TCC referente a la asunción por el CSE de los riesgos previsibles en la ejecución del CMI y de las Actas de Servicio, no comporta el riesgo de perder su remuneración con la consiguiente liberación del PA FFIE de sus obligaciones de

este tipo para con el CSE como consecuencia de la extinción de las AS respecto de las Fases 1 y 2, derivada de la terminación del CMO.

183. Pero dicho lo precedente, el Tribunal precisa que no ha escapado a su atención lo establecido en la § 7 de las Actas de Servicio sobre correspondencia del precio de estas con su “ejecución total y completa”. No obstante, como surge de lo explicado en la § D.3.4 supra del presente capítulo, la estipulación en referencia –en línea con el atrás mencionado carácter conmutativo de los contratos de interventoría– naturalmente presupone la ejecución regular de los Acuerdos de Obra correspondientes a las Actas de Servicio, lo cual, evidentemente, no ocurrió en este caso.

184. Por ende, la lectura de la parte citada de la § 7 in fine debe ser hecha en forma coherente, pues, de lo contrario, y como atrás se dijo, **se produciría un efecto perverso o, puesto de otra manera, una situación donde el CSE de todas maneras perdería su remuneración, pues, en efecto, (i) si cumplía con sus compromisos contractuales, advirtiendo yerros del Contratista de Obra que llevaran a que no se ejecutarán totalmente los Acuerdos de Obra –y, por tanto, las Actas de Servicio– no tendría derecho a reclamar el pago por falta de la “ejecución total y completa”; o (ii) si no cumplía con sus compromisos contractuales, y pasaba por alto los yerros del Contratista de Obra, con el resultado de alcanzarse la susodicha “ejecución total y completa”, también vería afectada su remuneración como consecuencia de la responsabilidad asociada con la ejecución imperfecta de sus obligaciones contractuales.”**

Por lo tanto, de manera muy respetuosa se solicita a la entidad estudiar la modificación de la **FORMA DE PAGO** para el **Interventor, DE TAL FORMA QUE SU REMUNERACIÓN DEPENDA ÚNICAMENTE DE SU DESEMPEÑO Y NO SE CONFIGURE COMO “INEFICAZ EN PLENO DERECHO.”**

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Revisada la observación, se le informa al observante que la solicitud NO procede, esto teniendo en cuenta que el proceso de selección en curso se realiza bajo el mecanismo de obras por impuestos, el cual, se rige bajo el régimen de contratación privada, y en observancia de los lineamientos otorgados por parte de la Entidad Nacional Competente para el caso que nos ocupa – INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, y los cuales se ajustan a las necesidades y requerimientos del proyecto, por lo que el pago total de la interventoría se realizará en su totalidad de acuerdo con lo pactado contractualmente, la cual se evidencia que, una parte del pago a realizar corresponde a un pago fijo mensual que se determina con la ejecución del interventor previo aval del supervisor del contrato y no del avance del ejecutor de la obra, razón por la cual, se mantiene lo establecido en los términos de referencia.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___X

OBSERVACIÓN 4: (PAULO EMILIO BRAVO CONSULTORES S.A.S.)

“2. En forma alternativa y dado caso que la forma de pago al interventor para el subnumeral II se haya configurado coligada al avance físico de la obra, solicitamos amablemente analizar el cambio en la forma de pago establecida en la etapa de manera que los pagos entregados al interventor que están sujetos al avance de obra no sean del 50%. Se sugiere que se establezca una configuración distinta, asignando un porcentaje de pago del contrato a pagos mensuales (Ej. 60%) y otro porcentaje vinculado al avance de la obra (30%), el 10% restante podría establecerse como pago luego de liquidación del contrato. Agradecemos estudiar la fórmula planteada.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Revisada la observación, se le informa al observante que la solicitud NO procede, esto teniendo en cuenta que el proceso de selección en curso se realiza bajo el mecanismo de obras por impuestos, el cual, se rige bajo el régimen de contratación privada, y en observancia de los lineamientos otorgados por parte de la Entidad Nacional Competente para el caso que nos ocupa – INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, y los cuales se ajustan a las necesidades y requerimientos del proyecto, por lo que el pago total de la interventoría se realizará en su totalidad de acuerdo con lo pactado contractualmente, razón por la cual, se mantiene lo establecido en los términos de referencia.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO X

OBSERVACIÓN 5: (PAULO EMILIO BRAVO CONSULTORES S.A.S.)

“3. De manera atenta solicitamos a la entidad aclarar sí para el eventual caso que los contratos a los que se realizará interventoría se aplacen en tiempo (sin que necesariamente esto implique adición en valor), ¿la entidad contratante revisaría los costos que esta ampliación implicaría para el contratista de interventoría?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se le aclara al observante que para el caso del contrato de interventoría los ajustes respecto al contrato son evaluadas y aprobados por la Entidad Nacional Competente para el caso que nos ocupa el INVIAS, en su calidad de supervisor del contrato de Interventoría, esto de acuerdo con las estimaciones y la necesidad del proyecto que dicha entidad conceptúe de acuerdo con las actividades restantes para la finalización del proyecto.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO X

OBSERVACIÓN 6: (PAULO EMILIO BRAVO CONSULTORES S.A.S.)

“4. Con base en la anterior observación, si llegase a existir prórroga del contrato de interventoría, ¿el contrato tendría adición?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se le aclara al observante que para el caso del contrato de interventoría los ajustes respecto al contrato son evaluadas y aprobados por la Entidad Nacional Competente para el caso que nos ocupa el INVIAS, en su calidad de supervisor del contrato de interventoría, esto de acuerdo con las estimaciones y la necesidad del proyecto que dicha entidad conceptúe de acuerdo con las actividades restantes para la finalización del proyecto.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___X___

OBSERVACIÓN 7: (ELIZABETH ORELLANO MERCADO)

“Comedidamente nos dirigimos a la entidad para solicitar aclarar la siguiente duda:

El numeral 6.1.7 reza:

NO CONCENTRACIÓN DE CONTRATOS

Se verificará de los proponentes la no concentración de contratos en los procesos de interventoría cuya Entidad Nacional Competente sea el Ministerio de Transporte o el Instituto Nacional de Vías-INVIAS por delegación del primero y versen sobre los patrimonios autónomos administrados por FIDUPREVISORA S.A dentro del mecanismo de Obras por Impuestos. En atención a lo anterior, se verificará que un mismo postulante bien sea de manera individual o en consorcio o unión temporal, sólo pueda tener hasta dos (2) procesos de selección de interventoría adjudicados.

*Se le solicita a la entidad aclarar si teniendo adjudicados dos contratos de 2023, cuya Entidad Nacional Competente es el Ministerio de Transporte o el Instituto Nacional de Vías-INVIAS por delegación del primero y versen sobre los patrimonios autónomos administrados por FIDUPREVISORA S.A dentro del mecanismo de Obras por Impuestos, **siendo estos de 2023 y no de 2024**, se incurriría en concentración de contratos al participar en la convocatoria del asunto.”*

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo con la observación presentada, se precisa que la condición de no concentración de contratos establecida en el numeral 6.1.7., se limita a los proyectos contenidos dentro de la tabla enunciada en este numeral, esto conforme con el lineamiento emitido por la Entidad Nacional Competente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___X

OBSERVACIÓN 8: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“1. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 13 de Confidencialidad en la que se establece que las obligaciones de confidencialidad o que esta cláusula de confidencialidad será indefinida y en su lugar sea establecido un límite temporal durante el cual se deba mantener la confidencialidad, y este sea establecido por 5 años luego de terminada la ejecución del contrato, como usualmente se instituye en Colombia?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a la solicitud presentada, es oportuno informarle que, los requisitos establecidos en los Términos de Referencia obedece al resultado de la preparación y planeación que requiere el proyecto para el cumplimiento de las actividades en el contempladas conforme con el mecanismo de obras por impuestos. Por lo anterior, su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___X

OBSERVACIÓN 9: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“2. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 15 de indemnidad de la minuta del contrato en la que se incluya la mención sobre que el contratista interventor no será responsable por perjuicios ocasionados por daño emergente o lucro cesante o daños causados en razón a situaciones imprevistas e imprevisibles, perjuicios indirectos y/o consecuenciales y además se establezca límite de responsabilidad sea del 100% del valor total del contrato?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a la solicitud presentada, es oportuno informarle que, los requisitos establecidos en los Términos de Referencia obedece al resultado de la preparación y planeación que requiere el proyecto para el cumplimiento de las actividades en el contempladas, conforme con el mecanismo de obras por impuestos. Por lo anterior, su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___X___

OBSERVACIÓN 10: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“3. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 17 denominada “cláusula de apremios conminatorios contractuales” en el sentido de disminuir el valor que se imponga a título de apremio por incumplimiento de un 1% del valor del contrato a un 0.5% del valor del contrato, pues un 1% es un valor muy alto pues incluso el incumplimiento más leve podría generar esta sanción y el contrato dispone además de otros mecanismos de apremio?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a la solicitud presentada, es oportuno informarle que, los requisitos establecidos en los Términos de Referencia obedece al resultado de la preparación y planeación que requiere el proyecto para el cumplimiento de las actividades en el contempladas conforme con el mecanismo de obras por impuestos. Por lo anterior, su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___X___

OBSERVACIÓN 11: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“4. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 17 denominada “cláusula de apremios conminatorios contractuales” en el sentido de aumentar el término que se otorgue para emitir explicaciones frente al incumplimiento o acreditar cumplimiento, de 3 días a 5 días, pues tres días es un corto tiempo para poder efectuar los ajustes que sean necesarios o remitir los soportes y no podría garantizarse completamente el derecho al debido proceso contractual?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a la solicitud presentada, es oportuno informarle que, los requisitos establecidos en los Términos de Referencia obedece al resultado de la preparación y planeación que requiere el proyecto para el cumplimiento de las actividades en el contempladas conforme con el mecanismo de obras por impuestos. Por lo anterior, su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___X___

OBSERVACIÓN 12: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“5. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 18 denominada “cláusula penal” en la que se establece que se podrá imponer a título de cláusula penal al contratista la suma del 10% del valor del contrato y en su lugar disminuir este porcentaje a un 7% del valor del contrato, pues el contrato tiene dispuestos otros mecanismos de apremio que además son acumulativos y podrían generar un desequilibrio económico del contrato, puesto que el incumplimiento más leve podría ocasionarlos?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a la solicitud presentada, es oportuno informarle que, los requisitos establecidos en los Términos de Referencia obedecen al resultado de la preparación y planeación que requiere el proyecto para el cumplimiento de las actividades en el contempladas conforme con el mecanismo de obras por impuestos. Por lo anterior, su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO _X___

OBSERVACIÓN 13: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

6. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 23 de “suspensión” en donde se establece que, el contratante puede suspender el contrato, o que las partes podrán suspenderlo de mutuo acuerdo, en el sentido en que la suspensión no pueda ocurrir por cualquier motivo, sino que obedezca a causas de fuerza mayor o caso fortuito o eventos completamente justificados y en caso de transcurrir más de 45 días sin que el contrato se reinicie, pueda ser terminado por cualquiera de las partes, pagado al contratista los servicios realmente ejecutados, y una indemnización por los daños y perjuicios causados por esta situación, así mismo incluir que de operar la reanudación y si el contrato estuviere suspendido por más de 30 días al contratista le sean otorgados como mínimo 15 días hábiles para reanudar y así poder cumplir con sus obligaciones y no incurrir en incumplimiento?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a la solicitud presentada, es oportuno informarle que, los requisitos establecidos en los Términos de Referencia obedece al resultado de la preparación y planeación que requiere el proyecto para el cumplimiento de las actividades en el contempladas conforme con el mecanismo de obras por impuestos. Por lo anterior, su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO _X___

OBSERVACIÓN 14: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“7. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 25 denominada “terminación anticipada” a su vez el parágrafo segundo denominado “terminación anticipada bilateral” puesto que en este parágrafo no se establecen causales de terminación bilateral, sino la imposición de una terminación unilateral, que en todo caso establece que el contratante notifique al contratista únicamente con 15 días de antelación su deseo de dar por terminado el contrato y otorga únicamente 3 días al contratista para manifestar su “derecho de defensa y contradicción” como si de la imposición de una multa se tratara, y en lugar establecer que si el contratante desea dar por terminado el contrato, deberá notificar al contratista con un término no menor a 30 días hábiles, y en todo caso otorgando 10 días al contratista para ejercer su derecho de defensa y pagando al contratista los perjuicios que esta terminación unilateral le cause, así entonces se solicita la eliminación de este parágrafo porque no guarda sentido con su objeto pues lo que se pretende con este, es una terminación unilateral del contrato y esto está regulado en el parágrafo tercero?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo con la solicitud presentada, es oportuno informarle que, los requisitos establecidos en los Términos de Referencia obedecen al resultado de la preparación y planeación que requiere el proyecto para el cumplimiento de las actividades en el contempladas conforme con el mecanismo de obras por impuestos. Por lo anterior, su solicitud no es procedente. Si bien el procedimiento descrito para realizar la terminación anticipada unilateral o bilateral es el mismo, este último debe surtirse antes de llegar a utilizar el mecanismo de terminación anticipada unilateral, de acuerdo con las causales establecidas la cláusula XXV – Terminación anticipada-.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO X

OBSERVACIÓN 15: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

8. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 25 denominada “terminación anticipada” a su vez el parágrafo tercero denominado “terminación anticipada unilateral” que establece que el contratante podrá terminar el contrato unilateralmente notificando al contratista únicamente con 15 días de antelación su deseo de dar por terminado el contrato y otorga únicamente 3 días al contratista para manifestar su “derecho de defensa y contradicción” como si de la imposición de una multa se tratara, y en lugar establecer que si el contratante desea dar por terminado el contrato, deberá notificar al contratista con un término no menor a 30 días hábiles, y en todo caso otorgando al contratista 10 días para ejercer su derecho de defensa y pagando al contratista los perjuicios que esta terminación unilateral le cause?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo con su observación es oportuno aclarar que las causales de terminación anticipada, no se limitan únicamente a un incumplimiento del contratista sino a diferentes situaciones que se puedan presentar durante la ejecución del contrato, algunas de ellas no se encuentran ligadas a la voluntad de las partes, advirtiendo que de acuerdo a la naturaleza del contrato de interventoría y a la forma de pago determinada se le pagaría teniendo lo ejecutado hasta el punto de presentarse la terminación, por lo que se entendería que no habría perjuicios para el contratista de interventoría.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que como se mencionó hay diferentes causales para terminar anticipadamente el contrato que no todos suponen el incumplimiento del contrato, y para ello se contempla un procedimiento que debe surtir y cumplirse para la determinación de la procedencia de hacer efectiva la terminación unilateral del contrato. Por lo anterior su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO X

OBSERVACIÓN 16: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“9. ¿Es posible modificar de la minuta del contrato la cláusula 30 denominada “liquidación y/o balance y cierre del contrato” en el que se establece que las partes liquidaran el contrato de ,mutuo acuerdo dentro de los dos meses contados a partir del vencimiento del plazo de ejecución y en su lugar establecer que se contarán los 2 meses a partir de la fecha efectiva de terminación de las actividades objeto del contrato pues en algunas oportunidades la fecha de terminación del plazo no coincide con la fecha de terminación de las obras al 100%?”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a su observación, es oportuno informarle que, los plazos establecidos para la liquidación del contrato se encuentran en concordancia a la información del proyecto registrada y aprobada en el Sistema Unificado de Inversiones y Finanzas Públicas -SUIFP, lineamientos establecidos por la Entidad Nacional Competente y a las actividades aprobadas en el cronograma general del proyecto, lo cual podría generar incumplimientos en el cierre y entrega del mismo. En este sentido, su solicitud no es procedente.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO X

OBSERVACIÓN 17: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“10. Se le solicita amablemente a la entidad compartir el desglose de la oferta económica.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se le aclara al observante que el Anexo-No.-8-Desglose-de-la-oferta- debe ser diligenciado por el oferente, esto teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 6.2.7 OFERTA ECONÓMICA de los términos de referencia del presente proceso de selección. El Anexo antes mencionado fue publicado el día 06 de marzo de 2024 junto con el resto de los anexos y documentos que hacen parte integral del presente proceso de selección.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO X___

OBSERVACIÓN 18: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“11. Por favor compartir los valores máximos y mínimos de otros costos.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Se le informa al observante que los valores solicitados se encuentran indicados en el Anexo No. 13 - Anexo Técnico-

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO X___

OBSERVACIÓN 19: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“12. Aclarar los gastos legales que se deben tener en cuenta como, tributos, impuestos, tasas, estampillas contribuciones entre otros.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

El tratamiento para los impuestos, tasas, contribuciones, estampillas, etc., se hará conforme al estatuto tributario vigente en los temas de orden nacional y a la normatividad de orden territorial aplicables según la zona de ejecución del proyecto. Es de anotar que la aplicación está determinada por la figura jurídica y los diferentes regímenes aplicables a cada uno de los oferentes. En el caso de proponentes plurales debe tenerse en cuenta la legislación tributaria particular para estas figuras.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO X___

OBSERVACIÓN 20: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“13. Con respecto a la experiencia del proponente, amablemente solicitamos permitir que una empresa con más de tres años de constituida pueda acreditar la experiencia de

su matriz o integrantes del mismo grupo empresarial siempre y cuando se mantenga inscrita en el RUP, lo anterior considerando que en el numeral 6.3.1.1.1. se especifica que “F. La Entidad no tendrá en cuenta la experiencia 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”, por lo tanto, solicitamos eliminar la siguiente nota relacionada en el mismo numeral “Nota: Por regla general, el Proponente solo puede acreditar la experiencia que ha obtenido y no la de su matriz, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial.”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

No procede su observación, en el entendido que la regla de acreditación de experiencia corresponde a la determinada por la ENC, para mayor claridad se realizará ajuste a la misma, a través de adenda No. 002.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

OBSERVACIÓN 21: (APPLUS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.)

“14. Finalmente, en cuanto a la forma de pago, amablemente solicitamos disminuir el porcentaje de pago por avance de obra, considerando los siguientes argumentos:

No es posible someter la cláusula de FORMA DE PAGO del contrato de Interventoría al avance del Contrato vigilado, so pena de que sea ineficaz de pleno derecho.

Someter la forma de pago de la interventoría al avance del contrato vigilado va en contravía de los principios de onerosidad y conmutatividad del Contrato.

De la ineficacia de pleno derecho de la cláusula de pago del contrato de interventoría.

*A pesar de que se ha vuelto una costumbre en las entidades del Estado atar el pago del contrato de interventoría al avance de la ejecución del contrato vigilado, poniendo en aprietos al interventor por cuanto no se encuentra bajo su control **OBLIGAR o GARANTIZAR** que el contratista cumpla con sus obligaciones, **recientes laudos arbitrales y jurisprudencia del Consejo de Estado han despejado este espinoso camino para las interventorías, señalando que por regla general ello no es posible.***

Al respecto, el Laudo Arbitral proferido el 16 de marzo de 2023 que resolvió la controversia entre el Consorcio Sedes Educativas vs el Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa, precisó:

*“(…) Como aspecto inicial cabe recordar que **la existencia de coligación funcional no implica la pérdida de la autonomía de los contratos conexos (obra e interventoría), pues de lo contrario lo que existiría sería un contrato único y, por supuesto, autónomo.***

*120. Consecuente con lo anterior, **el incumplimiento del contratista de obra no puede trasladársele indiscriminadamente al interventor, salvo que dicho incumplimiento se haya debido a la falta de cumplimiento de las obligaciones del segundo, caso en el cual la génesis de la responsabilidad del interventor sería su propio incumplimiento, no el incumplimiento del contratista de obra.** (…).(Énfasis fuera de texto)*

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado mediante el fallo del caso 69492 del 17 de octubre de 2023 Magistrada Ponente Marta Nubia Velásquez Rico, estableció de manera expresa lo siguiente:

*“Precisado lo anterior, la Sala considera **que un acuerdo de esa índole se aparta de la naturaleza del contrato de interventoría, habida cuenta que desconoce que, al margen de que el contratista vigilado incurra en incumplimiento, ello no se traduce en que por esta circunstancia la labor de la interventoría automáticamente adolezca del mismo reproche o que ese hecho pueda entenderse o equipararse como una desatención de las obligaciones contraídas en el marco de este vínculo negocial.***

*No puede perderse de vista que **la tarea del interventor se centra en realizar el seguimiento técnico, financiero y jurídico del contrato sobre el que recae su objeto, mas no en asegurarlo, como si se tratara de un contrato de garantía; por manera que la gestión del interventor puede considerarse cabalmente satisfecha cuando este formula correctivos, informa a la entidad acerca de hechos de incumplimiento del contrato inspeccionado que darían lugar a la imposición de sanciones, rechaza o se abstiene de recibir las obras, bienes o servicios prestados, cuando estos no cumplan con los requisitos preestablecidos, eventos en los cuales su trabajo debe ser recompensado.***

*Estas reflexiones permiten considerar que **la sujeción del pago de la contraprestación atinente al contrato de interventoría, subordinada en un ciento por ciento al cumplimiento del contrato supervisado, eventualmente y, en principio, podría encajar en el supuesto previsto en el literal d) numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que castiga con ineficacia de pleno derecho una estipulación de imposible cumplimiento, toda vez que, como se precisó, el objeto del contrato de interventoría en línea con su naturaleza no se traduce en la garantía de la satisfacción del objeto del negocio jurídico intervenido, por lo que no resulta posible ofrecer que las obligaciones del***

contrato objeto de seguimiento serán acatadas a plenitud, ya que tal circunstancia no depende de manera directa del que se obliga a que así sea, sino de la actuación y voluntad de un tercero”.¹

De lo expuesto en los pronunciamientos judiciales anteriores se debe destacar que, las cláusulas de forma de pago que someten la retribución del interventor al cumplimiento del contrato vigilado van, por regla general, en contravía de la naturaleza del mentado contrato de consultoría por las siguientes razones:

1. Al margen de que el contratista vigilado incurra en incumplimiento **ello no implica per se que el interventor también y por ende que deba verse afectada su retribución.**
2. Si de lo que se trata es de aplicar la declaratoria de un Evento Eximente de Responsabilidad en el marco del contrato interventoriado, **mal podría entenderse que esa circunstancia que le es completamente ajena al interventor pueda afectar su retribución.**
3. La tarea del interventor comporta el cumplimiento de obligaciones medio y no de resultado², **pues este no puede ni debe GARANTIZAR** el cumplimiento de las obligaciones del vigilado.
4. El cumplimiento de la gestión del interventor **debe medirse de cara al cabal acatamiento de sus obligaciones contractuales y en específico a la aplicación de las medidas correctivas y de ser del caso los mecanismos sancionatorios y de apremio que las partes del contrato vigilado hayan pactado.**
5. En caso de que la causa del incumplimiento del contratista vigilado sea imputable al interventor, ello debe reflejarse mediante la aplicación de los mecanismos sancionatorios del contrato de interventoría y no en la cláusula de forma de pago de esta.

Por todo lo anterior, en hora buena los altos tribunales han considerado que cuando la forma de pago del contrato de interventoría se encuentra sujeta al cumplimiento del contrato objeto de vigilancia, **debe considerarse que la cláusula es ineficaz de pleno derecho en los términos del literal d) numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que a la letra dispone:**

1 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)
2.

“Artículo 24 Del principio de Transparencia. En virtud de este principio:
(...)

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. (...).”

Es evidente entonces que, para el Consejo de Estado someter el pago del interventor al desarrollo del contrato vigilado **comporta imponerle una obligación de imposible cumplimiento a este** pues a todas luces el actuar incumplido del contratista o la ocurrencia de un EER, son en principio hechos que se escapan de su control.

Por lo anterior, aplica de **manera automática**³ lo descrito en el mismo artículo 24 de la Ley 80 que establece:

“Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y **de los contratos** que **contravengan lo dispuesto en este numeral**, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”(Énfasis fuera de texto)

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se deben tener por ineficaces de pleno derecho las disposiciones que, entre otros, constituyan circunstancias de imposible cumplimiento. Lo anterior no implica nada diferente a que una **disposición nunca nació a la vida jurídica** y en ese sentido **NO PUEDE PRODUCIR EFECTOS entre las partes**.

Sobre la ineficacia de pleno derecho es importante resaltar lo desarrollado por la jurisprudencia. Veamos:

“(…) el legislador previó la ineficacia de pleno derecho, como **una figura en virtud de la cual un acto no produce efectos porque se configuran determinadas circunstancias tan lesivas para el ordenamiento jurídico que, según la norma positiva expresamente, ello traerá como consecuencia que el negocio jurídico no cobre vigencia**. Entre otros, el artículo 897 del Código de Comercio dispuso que “cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.⁴ (Énfasis fuera de texto)

3 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022) Radicación: 47001-23-33-000-2018-00416-01: “INEFICACIA DE PLENO DERECHO

4 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022) Radicación: 47001-23-33-000-2018-00416-01.

Continúa el Consejo de Estado indicando:

*“Sobre las diferencias entre la nulidad y la ineficacia de pleno derecho el Consejo de Estado ha precisado que, mientras la nulidad absoluta puede ser objeto de saneamiento, según el caso, **ello no es posible en la ineficacia de pleno derecho, pues “se asimila a la inexistencia, es decir, se entiende que esas cláusulas ineficaces de pleno derecho no han nacido a la vida jurídica, por lo que no producen efecto alguno [...] y se tienen como inexistentes”.** (Énfasis fuera de texto original)*

Para tratadistas como Guillermo Ospina Fernández:

“la ineficacia de pleno derecho no puede entenderse inmiscuida en la nulidad, debido a que, en virtud de la primera figura, se produce la falta de efectos in limine de un acto jurídico, es decir, se entiende que este nunca resultó vinculante para las partes, de ahí que, en los eventos en que se configura no procede declarar la nulidad de un negocio que jamás tuvo significancia para el mundo jurídico”. (Énfasis fuera de texto).”

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Revisada la observación, se le informa al observante que la solicitud NO procede, esto teniendo en cuenta que el proceso de selección en curso se realiza bajo el mecanismo de obras por impuestos, el cual, se rige bajo el régimen de contratación privada, y en observancia de los lineamientos otorgados por parte de la Entidad Nacional Competente para el caso que nos ocupa – INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, y los cuales se ajustan a las necesidades y requerimientos del proyecto, por lo que el pago total de la interventoría se realizará en su totalidad de acuerdo con lo pactado contractualmente, la cual se evidencia que, una parte del pago a realizar corresponde a un pago fijo mensual que se determina con la ejecución del interventor previo aval del supervisor del contrato y no del avance del ejecutor de la obra, razón por la cual, se mantiene lo establecido en los términos de referencia.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI NO

OBSERVACIÓN 22: (ANDRES MARTÍNEZ)

“Se solicita a la entidad aclarar si para el presente proceso aceptan estructura de pavimento en placa huella y/o pavimento rígido.

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

Revisada su observación se le aclara al observante que si será tenida en cuenta la experiencia en placa huella y/o pavimento rígido se tendrá en cuenta siempre y cuando cumplan con la condición de que los contratos sean de; INTERVENTORÍA A PROYECTOS DE: CONSTRUCCIÓN O RECONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO O MANTENIMIENTO O REHABILITACIÓN O REPAVIMENTACIÓN O PAVIMENTACIÓN O CONSERVACIÓN DE CARRETERAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VÍAS TERCIARIAS O VÍAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS, establecida en el numeral 6.3.1.1.1 CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS PRESENTADOS PARA ACREDITAR LA EXPERIENCIA DEL PROPONENTE, de los términos de referencia.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI ___ NO ___ X

OBSERVACIÓN 23: (HECTOR GUERRERO QUINTERO)

“Conforme a muchos procesos anteriores de interventoría convocados por la FIDUPREVISORA en años anteriores, no ha sido requisito que las personas naturales que deseen participar como proponente individual o integrante de proponente plural, tengan Matrícula Mercantil, pero en estos nuevos términos de referencia se está exigiendo en el numeral 6.1.2. la presentación del certificado de Matrícula mercantil expedido por la respectiva cámara de comercio, y al respecto me permito solicitar analizar la posibilidad de eliminar este requisito para personas naturales basándose en lo siguiente:

- 1.- En varios procesos anteriores he tenido la oportunidad de presentarme a sus licitaciones como persona natural y este requisito nunca se había exigido, por lo que solicitarlo en este momento coyuntural de nuestro país limita la pluralidad de oferentes personas naturales.*
- 2.- Permitir la afluencia de más proponentes para mayor transparencia y oportunidad a todo nuestro gremio que en estos años ha sufrido tanto por una oportunidad de trabajo.*
- 3.- Los proponentes ingenieros civiles personas naturales tenemos nuestra inscripción al registro único de proponentes donde claramente pueden verificar que: "nos encontramos inscritos y en el que se pueda evidenciar la posibilidad de adelantar el objeto a contratar", requisito primordial que ustedes buscan según lo letrado en el numeral 6.1.2. de los términos de referencia.*
- 4.- El artículo 20 del código de comercio, dice que la prestación de servicios de profesiones liberales no requiere matrícula mercantil. Quienes se dedican a la prestación de servicios inherentes a profesiones liberales, **como la ingeniería** o la medicina, no son comerciantes. Por lo tanto, no tienen que cumplir con las obligaciones previstas en el Código de Comercio.*
- 5.- Según la superintendencia de industria y comercio, el hecho de que un grupo de profesionales preste servicios a través de una unidad económica organizada no hace que dichos servicios sean mercantiles, pues el artículo 20 del C. Co., sobre actos, operaciones y empresas mercantiles, no los cataloga así. El Consejo de Estado, en sentencia del 16 de mayo de 1991, señaló que las profesiones liberales son aquellas actividades en las que predomina*

*el ejercicio del intelecto, han sido reconocidas por el Estado y su ejercicio requiere la
habilitación a través de un título académico.”*

RESPUESTA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO:

De acuerdo a la observación presentada, lo invitamos a remitirse a la Adenda No. 002 mediante la cual se especifica el procedimiento a seguir en caso de presentación de personas naturales no obligadas a estar inscritas en cámara de comercio, al presente proceso de selección.

MODIFICA TÉRMINOS DE REFERENCIA SI _X_ NO ____

El presente documento es expedido y publicado a los diecinueve (19) días del mes de marzo de veinticuatro (2024).

PUBLÍQUESE,

**COMITÉ EVALUADOR DESIGNADO
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., vocera y administradora del
PATRIMONIOS AUTÓNOMOS OBRAS POR IMPUESTOS 2022-
2024 OPCIÓN FIDUCIA**

Revisó y aprobó: Vanessa Pacheco Gómez – Profesional Jurídico obras por impuestos
Revisó y aprobó: Luis Aurelio Díaz Rueda - Gerente Obras por Impuestos Ecopetrol S.A.