

## INFORME DE RESPUESTA A OBSERVACIONES A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

### CONVOCATORIA N° PAF-ATF-I-022-2017

#### PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

**OBJETO:** CONTRATAR LA “INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO “PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE PUERTO ASÍS – PUTUMAYO”

De conformidad con el cronograma de la presente convocatoria, los interesados podían formular observaciones a los Términos de Referencia hasta el 31 de marzo de 2017, posterior a dicho periodo se presentaron observaciones a la cual, la entidad procederá a dar respuesta a través del presente documento, en los siguientes términos:

**1. Observación presentada por Clara Esperanza Cabrera V, Gerente Comercial, enviada por correo electrónico, martes, 04 de abril de 2017 11:45 a.m.**

#### **OBSERVACIÓN**

*Solicitamos disminuir a 15% el valor del cupo de crédito pre aprobado para esta convocatoria, teniendo en cuenta que en los procesos de interventorías de saneamiento convocados por la Entidad, este es un porcentaje de los que más se ha utilizado, el cual permite una mayor cantidad de oferentes competentes.*

#### **RESPUESTA DE LA ENTIDAD**

*Frente a su observación de disminuir el monto requerido para la carta cupo de crédito a un 15% del valor del presupuesto oficial, la Entidad no acoge su observación, debido a que el porcentaje de monto requerido se asigna de acuerdo al presupuesto de cada convocatoria. Por lo tanto, este criterio es particular para cada proceso y depende del valor total a ejecutar.*

*Adicionalmente la Entidad solicita el cupo de crédito para que el proponente demuestre su capacidad de crédito para apalancar el contrato en caso de ser necesario frente a cualquier dificultad financiera, a través del análisis que realizan las entidades bancarias de la situación financiera del proponente, y éste permite a los proponentes contar con una alternativa para solventar las dificultades económicas, en caso de ser adjudicatarios.*

**2. Observación presentada por Manuel González Moles, consultores de Ingeniería ug21 sl. Sucursal Colombia, enviada por correo electrónico el martes, 04 de abril de 2017 01:59 p.m.**

#### **OBSERVACIÓN**

*En relación con los Términos de Referencia publicados por FINDETER el día veinticuatro (04) de marzo del presente año, presentamos observaciones al mismo al considerar que estos vulneran las normas a proponentes de nacionalidad distinta a la colombiana.*

*Consideramos equivocada la posición de la entidad al pretender desconocer la experiencia que pueda acreditar una sociedad extranjera que tenga inscrita una sucursal en Colombia, pues se está interpretando y/o concibiendo de manera errónea la naturaleza y funcionalidad de dichas sucursales de sociedades extranjeras.*

*La Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación, en su versión G-ACPC-01, publicada en el portal de internet de Colombia Compra Eficiente, en su numeral III, sobre la transferencia de la experiencia de las personas jurídicas, literalmente reza:*

*Por regla general, el proponente sólo puede acreditar la experiencia que ha obtenido y no la experiencia de su matriz, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial. Cuando de acuerdo al estudio de sector es que necesario que el proponente acredite la experiencia de su matriz como en los casos de contratos de franquicia, la Entidad Estatal debe justificar dicha circunstancia en los estudios y documentos previos e indicar en el pliego de condiciones la forma de acreditar la experiencia que no aparece en el RUP.*

*Para semejante consideración, la Guía se basa en el inciso tercero, del numeral 6.1., del artículo 6 de la ley 1150 de 2007. Ésta ley, introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y, el citado artículo reza:*

*6.1. De la calificación y clasificación de los inscritos. Corresponderá a los proponentes calificarse y clasificarse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.*

*La calificación y clasificación certificada de conformidad con el presente artículo será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5° de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.*

*No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.*

*Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o modificación que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.*

*La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento.*

*Existe la equivocada creencia en Colombia, tal como ocurre con la Entidad contratante, en considerar que una sucursal de sociedad extranjera es una persona jurídica subordinada a una matriz, de tal suerte que opera una ficción corporativa conforme a la cual, tal personería jurídica de la sucursal, si bien subordinada a su matriz, es una persona jurídica legalmente independiente de dicha matriz, todo ello derivado de la lectura, equivocada, de la norma que define las sucursales de sociedad extranjera contenida en el artículo 263 del Código de Comercio, bajo el Título I en su Capítulo IX, llamado "Matrices, Subordinadas y Sucursales".*

*El citado artículo 263 del Código de Comercio, define la sucursal como los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de negocios sociales o parte de ellos. Quiere ello decir, que la sucursal de sociedad extranjera, no supone la conformación de una personería jurídica independiente de la sociedad a la cual pertenece, ya que el establecimiento de comercio (sucursal) y su propietaria, conforman una (1) sola personería jurídica que no se puede independizar.*

*La Superintendencia de Sociedades así lo considera en su concepto 220-13403 de febrero 26 de 2003, en el cual, respecto de las sucursales de sociedades extranjeras sostiene:*

*La sucursal de una sociedad, nacional o extranjera, es un establecimiento de comercio perteneciente a una sociedad que solo desarrolla actividades encomendadas por la matriz, conformada por un conjunto de bienes corporales e incorporeales, carente de personería jurídica, valga decir que la matriz y la sucursal tienen una sola personalidad jurídica, la sucursal es una prolongación de la matriz y forma parte de su mismo patrimonio y tiene como fin esencial realizar actividades propias del objeto social de la principal en donde esta última se beneficia o se perjudica por los actos realizados por la sucursal. Igualmente, es la matriz quien adquiere los derechos que de su personalidad se derivan.*

*La voluntad social de la sucursal está compenetrada de manera total a lo que decida la matriz, es decir carece en un todo de independencia, no es autónoma o de criterio propio para adelantar sus objetivos y por tanto, en el evento de darse circunstancia que conllevara de la desaparición de la matriz, irremediablemente deberá desaparecer la sucursal procediéndose a su liquidación correspondiente.*

*(...)*

*Es claro que la sucursal, en nuestro caso, de sociedad extranjera, a través del establecimiento de comercio que constituye, es solo la prolongación de la sociedad matriz, en donde adelanta actividades que tiene ver directamente con el objeto social de la sociedad principal y **conforma un único e íntegro patrimonio que la hace indefectiblemente unida en un todo**, en sus obligaciones, **experiencias** y consecuencias a la matriz.*  
*(subraya y negrilla fuera de texto).*

*Con base en la anterior consideración doctrinaria, la Superintendencia de Sociedades concluye, en relación con la transmisión de experiencia de la matriz a su sucursal y viceversa, que:*

*“En éste orden de ideas y ubicados dentro del escenario adecuado, tenemos como incuestionable que toda actividad que realiza la sucursal equivale a efectuarla la matriz e igualmente vemos que la sociedad principal, se beneficia o perjudica por los actos realizados por la sucursal, y por ende, **es claro que no puede entenderse en otro sentido, que la experiencia adquirida por la sucursal equivale a que halla sido adquirida por la principal, pues sencillamente basta tener en cuenta que se trata de una sola persona jurídica, es un solo patrimonio, es un todo**”.*

*(subraya y negrilla fuera de texto).*

*Una empresa extranjera cualquiera, se ha inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio, como sucursal de la sociedad de nacionalidad extranjera, ésta última, conforme al marco regulatorio vigente en la República de Colombia, es la que resulta y debe quedar inscrita debidamente en el Registro Único de Proponentes.*

*Quiere ello decir, que la persona jurídica que está debidamente, lícitamente, y legalmente inscrita en la República de Colombia en el Registro Único de Proponentes y, como consecuencia de ello, habilitada legalmente para presentarse en procesos de contratación, no es otra distinta que la sociedad extranjera la cual, conforme a la información inscrita en dicho R.U.P. y de conformidad con la legislación comercial y de contratación pública vigente, actúa en Colombia a través de su representante designada, es decir, su sucursal. Esto obedece a que careciendo la sucursal de personería jurídica independiente de su matriz, pues no puede dicha sucursal realizar tal inscripción, pues la personería jurídica de esta es aquella misma de su matriz y, en consecuencia, es ésta la que ejerciendo la titularidad de tal personería jurídica, tiene la facultad legal de inscribirse.*

*En consecuencia de lo anterior, por su elemental definición y entendimiento legal y, al tenor de la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, la experiencia de la sucursal es la misma de la sociedad extranjera, pues estas dos (2) son una (1) sola empresa y, por ende, la experiencia de una y otra es la experiencia de ambas y, de nuevo, la experiencia que debe medirse es aquella de la que está inscrita como proponente en la República de Colombia, esto es, la sociedad extranjera, pues la “sucursal de sociedad extranjera”, al carecer de personería jurídica propia, no tiene capacidad de contratación independiente a la de la sociedad extranjera, residiendo tal capacidad en ésta última, quien es la que adquiere por lo tanto, la experiencia.*

*Como quiera que ello resulta claro, entenderíamos que las reglas de acreditación de la experiencia de los términos de referencia, apuntan a considerar como experiencia válida únicamente aquella que adquiera una sociedad extranjera en el territorio de la República de Colombia y desconocer con ello, la experiencia que dicha sociedad extranjera adquiera o haya adquirido en territorio extranjero.*

*Siendo así el estado de las reglas de participación del proceso de selección, éste estaría incurso de abierta violación de los principios que rigen la función administrativa y los cuales, son de obligatoria observancia por FINDETER, pues el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia claramente establece que dicha función se desarrolla con fundamento en el principio de igualdad, éste definido en el numeral 2 del artículo 3 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), como aquel en virtud del cual, “las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento”; así mismo, el documento titulado “PROCESO DE CONTRACION - ADQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS V12 BS-PR-002”1 de FINDETER y disponible en su portal de internet, explica dicho principio en su numeral 5.3., página 2, indicando que la Entidad buscará que todas las personas se encuentren en la misma situación y reciban el mismo tratamiento. Sobra entonces decir que, limitar la acreditación de experiencia de una sociedad extranjera desconociendo aquella que ha adquirido por fuera del territorio nacional de la República de Colombia, inclusive en el lapso de tiempo de cinco (5) años desde la fecha de la inscripción de su sucursal en la República de Colombia, resulta en trato discriminatorio y no le reconoce esa igualdad frente a proponentes nacionales colombianos, en consecuencia, configurando la regla de participación en una abierta violación de aquel principio de igualdad que abierta y expresamente dice la entidad que rige el proceso de selección y, que, reiteramos, está obligada constitucional y legalmente a obedecer y proteger.*

### **RESPUESTA DE LA ENTIDAD**

*Una vez analizada la observación, se procede a dar respuesta a las mismas conforme a lo siguiente:*

*La Entidad conviene señalar, que el procedimiento de contratación que aplica Findeter, es de derecho privado, en atención a su naturaleza de entidad financiera (Ley 57 de 1989 y Decreto 4167 de 2011) y en consideración a lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de Ley 1150 de 2007. Además de lo anterior, en el proceso del asunto, la*

contratante es el Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica Findeter (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A), también sujeto de derecho privado, en ese orden de ideas, bajo el régimen jurídico que rige el presente proceso de selección, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.3 del Subcapítulo I del Capítulo II de los Términos de Referencia “REGIMEN JURIDICO APLICABLE” el presente proceso se rige por el régimen de la contratación privada contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia.

En consecuencia, la contratación de que trata el presente proceso, no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni demás normas concordantes, como la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y sus Decretos Reglamentarios.

La Contratante bajo las normas que rigen sus procesos de contratación, en ejercicio de su facultad de dirección de los mismos, la autonomía de la voluntad y el bien o servicio que requiere contratar fijan para cada convocatoria las reglas y define los parámetros de selección, dado que su actividad contractual se orienta por los principios de la administración pública (Artículo 209 Superior), esto es, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia y de la Gestión Fiscal (Artículo 267 Superior).

Por tal motivo, fija las condiciones y parámetros y disciplina el proceso de modo que se garantice por un lado la selección objetiva, pluralidad de oferentes, debido proceso y la escogencia de la oferta más favorable, entre otros, así las cosas, en los Términos de Referencia que rigen la presente convocatoria se establecen las reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los servicios que se pretenden contratar, y que satisfagan de manera adecuada la necesidad que con el presente proceso se pretende satisfacer, estableciendo los criterios de habilitación jurídica, técnica y financiera adecuados y proporcionales que garanticen la selección del oferente que cuente con la experticia necesaria para la cabal y correcta ejecución del proyecto, y se realice el fin general perseguido con esta contratación, esto es, contratar la “INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO “PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE PUERTO ASÍS – PUTUMAYO”.

Fue así como en los Términos de Referencia que rige la presente convocatoria, se establecieron requisitos adecuados y proporcionales, así como las reglas particulares de participación, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y jurídicas como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección.

De esta manera, en los Términos de Referencia, se estableció claramente, que la experiencia a acreditar **era única y exclusivamente del proponente que se presentara, independientemente de que ostenten la misma persona jurídica o del grado de dependencia que alcancen las sucursales respecto de su matriz.**

Así las cosas, los Términos de Referencia fueron precisos en señalar en el literal B, del subnumeral “**3.1.3.1.1. REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE**”, lo siguiente:

“(…)

**B. 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**”. (cursivas y subrayado por fuera del texto original)

En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, **indistintamente de la relación de dependencia entre la sucursal y la casa matriz**. Es de anotar, que la Contratante, frente a estos cuestionamientos aclara que de ninguna forma los presentes Términos de Referencia restringen la capacidad de ejercicio de la Empresa Extranjera o de su Sucursal legalmente establecida en Colombia, por cuanto, **la regla en cuestión va única y exclusivamente dirigida para la acreditación de experiencia**, sin que esta condición se considere limitante o restrictiva del mercado o de la participación, toda vez que en las convocatorias se permite la participación de sociedades extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia, las cuales en su condición de proponentes, deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva convocatoria pero de manera independiente.

Es así, que atendiendo a dicha condición, **la experiencia a acreditar dentro de la presente convocatoria, es única y exclusivamente el de la SUCURSAL ESTABLECIDA EN COLOMBIA**, por ende, conforme a los Términos de Referencia de la Convocatoria **NO se aceptará la experiencia de la casa matriz de la Sucursal o de sociedades controladas por su matriz, como tampoco se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de la filial o sus subordinadas.**

Por otro lado, conforme a la observación del interesado, la Contratante no encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a los principios propios de la función administrativa, ni mucho menos, con el principio de igualdad, por cuanto, en ningún momento se está restringiendo la participación de la casa matriz.

Se aclara al proponente que si una empresa extranjera pretende participar dentro de la convocatoria como oferente, esta puede efectivamente acreditar su propia experiencia, para lo cual deberá acreditar todos los requisitos exigidos en los Términos de Referencia para las personas jurídicas, o, el proponente, podría auscultar la posibilidad hacer uso de la alternativas estipuladas en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal.

Así las cosas, si una sociedad pretende que se le acepte la experiencia de otra sociedad por ser esta su matriz o subordinada, debe hacer uso de los esquemas asociativos estipulados en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal. Se realiza esta exigencia toda vez que si se acepta la experiencia de una sociedad matriz o subordinada, ésta tendría que responder de manera solidaria por la celebración y ejecución del contrato, condición que sólo es posible con la suscripción del documento de constitución del consorcio o de la unión temporal en el cual se incluya la cláusula de responsabilidad solidaria en el documento de consolidación plural.

**3. Observación presentada por Carolina Ladino Correa, Jefe Área Comercial HMV INGENIEROS LTDA, por correo electrónico del jueves, 06 de abril de 2017 07:34 p.m.**

<b><u>OBSERVACIÓN</u></b>
---------------------------

<b>Preguntas referentes al proceso del asunto</b>
---

- La forma de pago de la interventoría está ligada a los avances del contratista de obra en un 50%. Existe jurisprudencia al respecto que al ser contratos con alcances y condiciones diferentes, no se debería supeditar el pago de la interventoría que ejerce la función para el cual fue contratada. Cuando el contratista del contrato de obra no cumple su labor, la interventoría si está desarrollando su labor y no tendría por qué asumir las responsabilidades propias del contratista de obra. Por lo expuesto se solicita modificar la forma de pago de la interventoría de tal forma que la misma este ligada a sus propias responsabilidades y no a las de un tercero sobre el cual lo único que puede hacer es presionar y controlar, para que cumpla con sus obligaciones y tramitar de ser el caso las pruebas necesarias para que la entidad contratante pueda a tomar las acciones legales que el caso amerite.
- *En los evento de que el contratista de obra implemente jornadas de trabajo adicionales a los horarios estándares y normales o en fines de semana, como se tiene previsto que se reconocerán las horas extras del personal de la interventoría.*
- *Se solicita la razón de la asignación de riesgos identificados en los numerales 9, 10, 14 y 34 de la matriz de riesgos y que corresponde a:*

ESTUDIO, DETERMINACIÓN, ASIGNACIÓN Y ESTIMACIÓN DE RIESGOS CONTRACTUALES												
CONVOCATORIA No. _____												
AUTORIZACIÓN DEL RIESGO - PORCENTAJE DEL RIESGO SEGUN PROBABILIDAD, MAGNITUD Y DURACION												
TIPOLOGÍA DEL RIESGO (2)			ASIGNACIÓN DEL RIESGO (8)				DURACIÓN (9)				PORCENTAJE DE RIESGO A ASUMIR (19)	REFERENCIA A TENER EN CUENTA (20)
No. (3)	DESCRIPCIÓN (4)	OBSERVACIONES (5)	ENTIDAD (7)	PROPONENTE Y/O CONTRATISTA (6)	PROBABILIDAD (10)		MAGNITUD (13)		DURACIÓN (16)			
					EVALUADA (11)	VALORADA EN PORCENTAJE (12)	EVALUADA (14)	VALORADA EN PORCENTAJE (15)	EVALUADA (17)	VALORADA EN PORCENTAJE (18)		
9	Cambio del régimen de contratación, o en el régimen laboral colombiano que afecte el contrato y las condiciones pactadas en él.	Toda norma de obligatorio cumplimiento en relación con el objeto contractual que modifique las condiciones pactadas en el contrato, sobre todo en cuanto a las cláusulas que contienen OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, será introducida al contrato.		X	M	50%	M	50%	M	50%	100%	Porcentaje a asumir de acuerdo con el monto del evento presentado.
10	Cambios normativos y/o tributarios.	Ocurre en el evento en que el CONTRATISTA deba tributar nuevos impuestos que varíen las condiciones inicialmente establecidas en la Convocatoria y/o el contrato.		X	M	50%	M	50%	M	50%	100%	Porcentaje a asumir de acuerdo con el monto del evento presentado.
14	Permisos, impuestos, licencias y autorizaciones requeridas por terceros no previstos o que surjan dentro de la ejecución del contrato.	Hace referencia a cualquier clase de documentación o normatividad que surja durante la ejecución del Contrato. Riesgo que asume el CONTRATISTA.		X	B	25%	B	25%	B	25%	100%	Porcentaje a asumir de acuerdo con el monto del evento presentado.
34	Prórrogas del Contrato por fuerza mayor o caso fortuito o en general por factores exógenos a las partes.	En estos casos no habrá lugar a redamación de ninguna de las partes en lo que respecta a la Prórroga.	X	X	M	50%	M	50%	M	50%	100%	Porcentaje a asumir de acuerdo con el monto del evento presentado.

Riesgo No 9. Los cambios en el régimen de contratación son factores totalmente externos al contratista, fuera de su control, por lo tanto no se entiende porque este riesgo deba ser asumido por el contratista. Se solicita aclarar y ajustar.

Riesgo No 10. Los cambios normativos y/o tributarios son factores totalmente externos al contratista, fuera de su control, por lo tanto no se entiende porque este riesgo deba ser asumido por el contratista. Se solicita aclarar y ajustar.

Riesgo No 14. Los permisos, impuestos, licencias para el desarrollo del contrato son múltiples. Se debe entender en el caso de la interventoría que estos son expresamente ligados a su personal propio y a su trabajo ligado de forma directa. Es decir los permisos asociados a la ejecución de la obra deben ser obtenidos directamente por

el contratista de la obra, conforme a su propia matriz de riesgos. En el caso de permisos no previstos o que surjan en virtud de nuevas normativas no se entiende la razón por la cual deban ser asumidos por el contratista. Se solicita aclarar y ajustar, debería ser un riesgo que asuma la entidad o en su defecto entre los dos, entidad y contratista.

Cuando el riesgo es compartido como en el caso del riesgo identificado con el No 34 porque el porcentaje del riesgo a asumir se fija en 100%. Debería hacerse alusión expresa a la nota 1, a fin de evitar interpretaciones erróneas. Cuando se trata de un evento de fuerza mayor o caso fortuito no se entiende porque la entidad solamente asume el 50%. Sugerimos que sea un 80% la entidad y un 20% el contratista.

Las notas 2 a 7, al final de la matriz, más que notas, corresponde es a definiciones de los contenidos de las columnas. Es correcta la apreciación?

- En los TDR se lee:

1	Profesional Social	Trabajador(a) Social, Psicólogo (a), Sociólogo (a), Antropólogo (a), Comunicador (a) Social o profesional de áreas afines.	4 Años	Profesional Social en contratos y/o proyectos de Obra Civil.	2	NA	30%
---	--------------------	--	--------	--	---	----	-----

No obstante hay un capítulo que se llama PLAN SOCIAL en donde se lee:

garantizar la eficiencia y eficacia de las medidas de mitigación contempladas en el Plan de Gestión Social.

Fase del proyecto	Personal - Perfil	Actividad principal	Dedicación
Fase I-II-III. Estudios y Diseños y Construcción de Obra.	Residente social (1) profesional del área social, trabajador social, sociólogo, antropólogo, comunicación social, psicólogo, con experiencia profesional no menor de cuatro (4) años y específica de dos (2) años en proyectos de infraestructura. Preferiblemente de la zona a intervenir.	(1) Verificar que los procesos del CONTRATISTA se desarrollen de acuerdo con los lineamientos establecidos en el Contrato. (2) Asesorar, acompañar y evaluar continuamente la gestión del CONTRATISTA (3) Efectuar control, seguimiento y aprobación para la elaboración de documentos y de todas las actividades que debe adelantar el CONTRATISTA para cumplir con las obligaciones de Gestión Social exigidas en documento anexo del contrato. (4) Realizar recomendaciones al CONTRATISTA en todo lo relacionado al tema social. (6) Mantener informado a FINDETER en forma periódica a través de los informes mensuales sobre el avance y las dificultades presentadas durante el desarrollo de la gestión social, así como verificar el cumplimiento de la programación propuesta por el CONTRATISTA para la ejecución de la gestión social. (7). Supervisar que el CONTRATISTA disponga de la infraestructura y personal que cumpla con los requerimientos	100% durante la etapa de estudios y diseños.



Por lo expuesto no existe claridad de si es 100% o 30% el trabajador social. Por favor aclarar.

- *Para la etapa de la fase I se solicita el requerimiento de un especialista Electromecánico, no obstante para la fase II y dado el alcance del proyecto que incluye estos componentes, no se entiende porque no se tiene previsto la participación de este especialista. Porque? No obstante lo anterior si se vuelve a requerir en la fase III.*
- *Para la Etapa correspondiente a la fase III no existe definición ni requerimiento de inspectores de obra. Solicitamos por favor confirmar si se requiere o no?. En caso afirmativo que no se requiera no podrá ser exigible.*
- *Qué tipo de costos se reconocerán por parte del contratante para los tiempo muertos que pueden variar entre 2 y 6 meses, respecto de lo que pueda ocurrir en la fase II. Como fueron contemplados en los TDR y en los estudios previos?*
- *Experiencia específica del proponente:*  
  
*Solicitamos a la entidad se permitan acreditar contratos en ejecución.*
- *Experiencia específica del proponente:*  
  
*Solicitamos a la entidad se permita acreditar la experiencia del literal c en plantas de tratamiento de aguas residuales y/o de lixiviados.*
- *Solicitamos a la entidad se amplíe el plazo en la presentación de la oferta en 8 días hábiles después de respondidas las observaciones.*

### **RESPUESTA DE LA ENTIDAD**

*Analizada las observaciones se considera lo siguiente:*

*1. Se informa al interesado que tal como lo manifiesta existe un porcentaje que se pague al contratista de interventoría según el desarrollo de la obra esto con el fin de garantizar que los pagos realizados corresponden a la dedicación establecida en los términos de referencia para los profesionales solicitados además al desarrollo y utilización de los costos asociados a los demás costos directos e indirectos en los que incurre el contratista en la ejecución de la interventoría garantizando además un flujo de caja al contratista según se vaya requiriendo en el desarrollo de proyecto.*

*Por lo anteriormente expuesto, se mantienen las condiciones establecidas en los términos de referencia respecto a las condiciones de pago.*

*2. Se informa al interesado que el proyecto se encuentra diseñado para una ejecución en el plazo establecido en condiciones normales es decir una jornada de trabajo diurna, y en caso de presentarse un situación particular durante la ejecución que requiera de trabajos extras o nocturnos cada situación debe ser analizada de forma particular en la ejecución del proyecto, sin perjuicio de lo anterior, la entidad no puede garantizar que durante la ejecución del contrato se presenten las situaciones indicadas por el interesado por lo que debe ser el*

*proponente quien con su experiencia y conocimiento en este tipo de proyectos debe contemplar los costos en los que se pueda incurrir por este concepto en la elaboración de su oferta pues la entidad no reconocerá valores adicionales a los establecidos en los términos de referencia por concepto de horas extras del personal.*

*3. En respuesta a ésta punto referente a la matriz de riesgo a los numerales 9, 10, 14 y 34, se enunciara número del riesgo y en seguida el pronunciamiento de la entidad:*

**Riesgo No. 9:**

*Se informa al interesado que las situaciones previstas en este riesgo son propias de las actividades que el contratista debe sortear en el ejercicio propio de las labores de interventoría a desarrollar, por lo tanto no le son ajenas, ya que es común que en actividades propias de la interventoría se contrate personal que desempeñan diferentes roles dentro de la organización del interventor y por esto es el llamado a gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo. Es el proponente quien previamente a la celebración del contrato ha hecho sus propios cálculos y estimaciones, con base en los cuales ha dimensionado su oferta. Tales estimaciones y cálculos deben haber considerados el contexto en el cual se ejecutará el contrato, incluyendo el normativo así como todos los fenómenos, que puedan afectar la ejecución del contrato.*

*Por lo anteriormente expuesto se mantiene lo establecido en la matriz de riesgo.*

**Riesgo No. 10:**

*Se informa al interesado que las situaciones previstas en este riesgo están ligadas a los cambios que pueden presentarse en el ejercicio de su actividad, la cual conoce y en la que se desenvuelve permanentemente y por tanto le son de fácil previsión y mitigación, en atención a su experticia en la consecución y estructuración de los recursos necesarios. Su ocurrencia o probabilidad son muy bajos, ya que estos cambios son previamente discutidos en el Gobierno con suficiente antelación y debe surtir los tramites constitucionales y legales pertinentes que convierten su adopción y vigencia a largo plazo, no son normas que se expidan de manera imprevista. Es el proponente quien previamente a la celebración del contrato ha hecho sus propios cálculos y estimaciones, con base en los cuales ha dimensionado su oferta. Tales estimaciones y cálculos deben haber considerado el contexto en el cual se ejecutará el contrato, incluyendo el tributario así como todos los fenómenos, que puedan afectar la ejecución del contrato.*

*Por lo anteriormente expuesto se mantiene lo establecido en la matriz de riesgo.*

**Riesgo No. 14:**

*Tal como se establece en los términos de referencia la interventoría tiene a cargo varias actividades relacionadas con permisos como se indica a continuación:*

*“Es obligación Verificar el cumplimiento del CONTRATISTA DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO, frente a la obligación de identificación y gestión de permisos y licencias necesarias para ejecución del proyecto así como el costo de las mismas, los cuales dependen de la naturaleza del mismo, esto incluye permisos de vertimientos, ocupación de cauces y demás permisos ambientales, servidumbres y legalidad de predios entre otros”*

*“Verificar los requerimientos exigidos en las licencias, permisos, resoluciones y demás requisitos indispensables para el desarrollo normal del contrato. Para el efecto deberá tener disponible para consulta inmediata un compendio impreso de los permisos y resoluciones aplicables según el tipo de proyecto”.*

*“Verificar el avance en la gestión y consecución de permisos, licencias y trámites a cargo del Ente Territorial necesarios para garantizar la ejecución del proyecto”*

*Precisado lo anterior y dado que por ser su obligación contractual, es el interventor contratista quién está en mejor capacidad de administrar el riesgo, además es el proponente quien previamente a la celebración del contrato ha hecho sus propios cálculos y estimaciones, con base en los cuales ha dimensionado su oferta por lo anterior se mantiene la asignación del 100% a cargo del Consultor.*

*Por lo anteriormente expuesto se mantiene lo establecido en la matriz de riesgo.*

**Riesgo No. 34:**

*Se informa al interesado que tal como se establece la matriz independientemente de la distribución de los riesgos el mismo debe ser considerado en un 100%, por tal razón se mantiene lo establecido en la matriz.*

*Respecto a la segunda apreciación del interesado, este riesgo es compartido en partes iguales pues tal como se establece en la matriz se generan por factores exógenos a las partes, adicionalmente en caso de llegar a presentarse, afecta de igual forma tanto a la contratante como al contratista, por lo anterior, no se considera procedente la observación del interesado de modificar los porcentajes establecidos para este riesgo en la matriz.*

*Se informa al interesado que las notas 2 al 7 son elementos explicativos que tiene como finalidad ayudar a la comprensión de los diferentes parámetros establecidos en la matriz.*

*4. Con relación, al profesional del área social, y en atención a la observación del interesado se procederá a modificar el anexo denominado plan de gestión social el cual será publicado mediante la adenda correspondiente.*

*5. Se informa al interesado que por error de transcripción se omitió dentro del personal de la fase II el especialista Electromecánico, sin embargo, dentro del costeo realizado para determinar el valor de dicha fase, este profesional fue tenido en cuenta y valorado. Se procederá entonces con la modificación mediante adenda respectiva de los perfiles requeridos, incluyéndolo dentro del personal mínimo requerido para la Fase II.*

*6. Se informa al interesado que por la complejidad del proyecto, efectivamente se requiere un inspector de obra con dedicación total para el proyecto. Se procederá entonces con la modificación mediante adenda respectiva del valor de la Fase III y los perfiles requeridos, incluyéndolo dentro del personal mínimo requerido para la Fase III.*

*7. Se informa al interesado que cada fase cuenta con su acta de inicio y acta de terminación de manera independiente, y que no se tiene contemplado pago alguno en los tiempos que el proponente denomina muertos tal como se indica en los términos de referencia en el numeral 1.5. **PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO** donde se establece “Durante el tiempo establecido entre la terminación del plazo de cada Fase y la suscripción del Acta de Inicio de la siguiente Fase, LA CONTRATANTE no reconocerá valor adicional al establecido en cada Fase(...)”*

*8. Se informa al interesado que con el fin de verificar la correcta ejecución de los proyectos, su calidad y la experiencia del proponente en el tipo de obras a ejecutar, la entidad considera pertinente mantener los criterios de acreditación y demás condiciones establecidas en los Términos de Referencia.*

9. El objetivo de la entidad al solicitar que c. En UNO (1) de los contratos y/o proyectos aportados debe garantizar la **CONSTRUCCIÓN DE UNA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE** con capacidad igual o superior a 100 l/s, obedece principalmente a garantizar que el futuro contratista cuente con la experiencia necesaria para ejecutar un contrato de condiciones y magnitudes similares garantizando su experticia específica en la ejecución de este tipo de proyectos en condiciones de calidad y de esta manera poder minimizar los posibles riesgos que se puedan generar en la ejecución.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que en la ejecución del contrato se va a realizar la construcción de una planta de tratamiento de agua potable la entidad concluyen que la observación presentada no es procedente y por lo tanto no será tenida en cuenta en el presente proceso.

10. Se informa al interesado que la modificación del cronograma atiende a condiciones particulares que se puedan presentar durante la convocatoria, por lo anterior se mantienen los plazos establecidos en el cronograma, y se invita al proponente a estar consultando la página de la entidad con el fin de mantener al tanto de las variaciones que se puedan presentar en el proceso.

**4. Observación presentada por Daniela Peñaloza Suarez, Servinc Ltda, por correo electrónico del martes, 11 de abril de 2017 2:40 p. m.**

**OBSERVACIÓN**

Una vez revisada la adenda No. 2 publicada el día 10 de abril de 2017, nos permitimos realizar la siguiente observación:

Debido a que se ha prorrogado la respuesta a las observaciones a dos días más es decir al 12 de abril de 2017 y la fecha de cierre tan solo un día, al respecto comedida y respetuosamente le solicitamos a la entidad se prorrogue a cinco (5) días hábiles la fecha de cierre ya que esta semana por tener días festivos no se cuenta con el tiempo para la preparación y presentación de la propuesta.

Teniendo en cuenta todo lo antes mencionado, solicitamos que nuestras observaciones sean tenidas en cuenta por la entidad, en aras de garantizar la libre competencia, la selección objetiva y la pluralidad de oferentes.

**RESPUESTA DE LA ENTIDAD**

En atención a la observación es preciso indicar que la adenda No. 2, fue expedida con ocasión a las observaciones realizadas por los posibles proponentes a los Términos de Referencia, en la cual se extendió el plazo de Cierre y Plazo máximo de presentación de oferta, a través de la Adenda No. 2, la cual fue publicada en la página web de la convocatoria [www.findeter.gov.co](http://www.findeter.gov.co), fijando como fecha de cierre hasta el próximo 20 de abril de 2017.

Ahora, el plazo determinado para la fecha del cierre de la convocatoria no afecta la libre competencia, la selección objetiva y la pluralidad de oferentes, en relación que existen cuatro (4) días hábiles, a partir de la publicación de las respuestas a observaciones a los términos de referencia de la adenda No. 3, así las cosas,

no se acoge la observación presentada y se mantiene el término determinado para el cierre de la convocatoria PAF-ATF-I-022-2017.

**5. Observación presentada por Adriana del Pilar Pinto García, Cremades & Calvo- Sotelo por correo electrónico del miércoles, 12 de abril de 2017 09:53 a. m.**

**OBSERVACIÓN**

Teniendo en cuenta la preocupación que le asiste a la sociedad INTECSA INARSA SUCURSAL COLOMBIA, nos permitimos presentar la siguiente observación al proceso cuyo objeto es "CONTRATAR LA "INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO "PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE PUERTO ASÍS – PUTUMAYO", con el fin de que se corrija un aspecto sustancial del mismo, el cual entendemos que ha sido desatendido, y el cual demuestra una clara ilegalidad, previo los siguientes antecedentes:

ANTECEDENTES

1. El día 24 de marzo de 2017 procedió la entidad con la publicación de los términos de referencia **CONVOCATORIA N° PAF-ATF-I-022-2017**.
2. En los referidos términos se estableció que para las sucursales de sociedades extranjeras solo será tenida en cuenta la experiencia de aquellas, así mismo se estableció que las sucursales deben acreditar que se encuentran inscritas en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria.
3. Tal limitación impuesta es claramente ilegal, violatoria de los derechos de igualdad y libre concurrencia, e incluyen disposiciones que afectan la claridad de los procesos de selección y en especial a las sociedades extranjeras que han apostado a adelantar proyectos en Colombia para participar en la presente convocatoria, teniendo en cuenta las condiciones de igualdad y libre concurrencia y oposición sobre los que se ciñen los procesos de contratación en general, como se expone a continuación:

OBSERVACIONES

Establece Findeter en sus términos de referencia lo siguiente:

**"3.1.3.1.1 REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE**

*A. En los casos en que el (los) contrato(s) o proyecto(s) haya(n) sido celebrado(s) en cualquier tipo de figura asociativa, se tendrá en cuenta la experiencia específica en su totalidad y el valor de acuerdo al porcentaje de participación en la respectiva figura asociativa.*

*B. 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.*

*C. De las sucursales de sociedades extranjeras será tenida en cuenta solo la experiencia de la respectiva sucursal. (subrayado fuera de texto).*

*D. No se aceptara experiencia derivada de contratos o proyectos escindidos.*

*E. Conversión a salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) se efectuará de acuerdo con el valor total ejecutado del contrato o proyecto o actividad (si se requiere experiencia específica en determinada actividad) a la fecha de terminación o de la fecha de suscripción del acta de entrega y recibo final del mismo, de acuerdo con el valor del salario mínimo Colombiano vigente para dicha fecha.*

*(...)"*

De la lectura del literal C se observa claramente la limitación impuesta por Findeter, la cual impide la participación de aquellos proponentes "Sucursales de Sociedades Extranjeras" que cuentan con la experiencia de su casa matriz para presentarse a la referida convocatoria.

Al respecto es importante traer a colación lo que establece nuestro código de comercio en referencia a las sucursales:

*"Art. 263.- Son sucursales los Establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.*

*Cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal."*

*Art. 471.- Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos: (...)*

Igualmente se debe tener en cuenta que la sucursal no es otra cosa que la extensión de su casa matriz y por lo tanto ésta **no tiene personería jurídica independiente**, con lo cual nos encontramos frente a una misma persona jurídica, situación en la cual la sucursal representa a su casa matriz.

Así mismo no debe olvidarse que las sucursales no tienen autonomía, ni independencia jurídica distinta de la de su casa matriz. El hecho de que tengan una contabilidad independiente, no va en contravía de su dependencia legal.

Recordemos que la personería jurídica tal y como la define el código civil en su artículo 633, hace referencia a aquella persona jurídica que es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, para el caso en concreto estaríamos hablando precisamente de la sociedad extranjera.

Es importante mencionar que la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre las sucursales haciendo especial mención a la ausencia de personería jurídica de las mismas por cuanto es la misma de su casa matriz, con lo cual existe tan solo una personería jurídica:

**"OFICIO 220-114734 DEL 03 DE SEPTIEMBRE DE 2015 REF: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA FRENTE A OBLIGACIONES DE SU SUCURSAL**

*(...) RESPONSABILIDAD DE LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR LA SUCURSAL POR PARTE DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA. Al respecto, esta Entidad mediante Oficio No. 220-099968 del 25 de junio de 2015 cuyos apartes se extraen a continuación, se pronunció frente al tema: "(...) Para responder los interrogantes por usted planteados, es fundamental traer a colación lo dicho por este Despacho en tomo a la capacidad y naturaleza jurídica de las sucursales de sociedades extranjeras, en el oficio 220-58253 del 9 de diciembre de 1996, en el que previo análisis de la diferencia entre una sociedad colombiana y una sucursal de sociedad extranjera, expresó lo siguiente: "Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 idem " La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio". Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo". (subrayado fuera de texto).*

*Además, una sucursal en general, sea de sociedad extranjera o nacional, es un establecimiento de comercio conformado por un conjunto de bienes corporales e incorporeales, carente de personería y que se crea con un objetivo muy preciso, cual es para la realización de actividades propias del objeto social de la casa matriz, a la que se encuentra íntimamente ligada por cuanto es una prolongación de la misma; en ese orden de ideas, es a la casa matriz la que tiene capacidad para obligarse y ser obligada, y por tanto responder por todos los negocios de su sucursal. (subrayado fuera de texto).*

(...)

**OFICIO 220-131628 DEL 02 DE OCTUBRE DE 2015 ASUNTO: LA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA SON UN ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO QUE CARECE DE AUTONOMIA, PERSONERIA JURIDICA, NI INDEPENDENCIA JURIDICA DISTINTA DE LA DE SU CASA MATRIZ.**

(...)

*Ahora bien, en desarrollo del negocio que pretende adelantar la sociedad extranjera en nuestro país, el ordenamiento legal ha previsto que el vehículo para hacerlo, es a través de una sucursal de la misma, la cual tiene la misma connotación, propósito, finalidad y función que la de un establecimiento de comercio, y cuya naturaleza por oficio 220-144776 del 09 de septiembre de 2014, se precisó lo siguiente: "... en razón a que por su naturaleza las sucursales no tienen personería jurídica, su esencia es la de ser un establecimiento de comercio a las cuales se les aplica la regulación propia de las sociedades comerciales. "A la sociedad extranjera se le habilita para actuar en el territorio nacional haciendo uso de una sucursal, por tal razón esta no es independiente ni puede tomar decisiones distintas a la de su matriz o desligarse de la sociedad extranjera para transformarse en una sociedad, pues se insiste no tiene autonomía ni independencia jurídica distinta de la de su matriz. No ajeno a la postura anterior, también este despacho por oficio 220-099968 del 25 de junio de 2014, preciso lo siguiente: "Ahora bien, debe observarse que conforme al artículo 486 del Código de Comercio, "La existencia de las sociedades domiciliadas en el exterior de que trata este*

*título y las cláusulas de los estatutos se probarán mediante el certificado de la cámara de comercio. De la misma manera se probará la personería de sus representantes.....";*

*(...)*

*De conformidad con el artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son "... establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad". Para su apertura o incorporación es necesario que se le asignen recursos económicos para su funcionamiento, razón por la cual esta Superintendencia entiende que la sucursal es una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, lo que permite afirmar que la sociedad se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador de la sociedad. (1) (Subrayado fuera de texto).*

*En cuanto a las sucursales de las sociedades extranjeras, si bien la ley no las define, el artículo 497 del Código de Comercio, por remisión, hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras, el régimen de las nacionales, lo cual nos se permite esbozar una definición de la sucursal de sociedad extranjera, así: son sucursales de compañías extranjeras, los establecimientos de comercio abiertos por éstas en el territorio nacional.*

*Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 idem "La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio..." (Subrayado fuera de texto).*

*Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo. (...)*

#### **4. Conclusiones respecto al Caso Planteado.**

*Con base en lo expuesto, hemos concluido que:*

*(...)*

*4.3 (...) ...la matriz y la sucursal ostentan una única personalidad jurídica, habida cuenta que la segunda es meramente una prolongación de la primera y que es ésta quien exclusivamente adquiere los derechos que de su personalidad se derivan y se obliga por sus actuaciones... (Subrayado fuera de texto).*

Expuesto lo anterior, consideramos muy respetuosamente, que Findeter al imponer tal limitante estaría desconociendo la figura de las sociedades extranjeras y sus sucursales impuesta por el legislador, toda vez que pretender aceptar únicamente la experiencia de las sucursales sin que éstas puedan aportar la experiencia de su casa matriz sería como decir que las sucursales son sociedades independientes y autónomas que cuentan con personería jurídica para actuar por sí solas sin tener en cuenta a la misma sociedad extrajera - casa matriz, lo cual a todas luces iría en contravía de lo que establece la normatividad.

Igualmente, con esa limitante se estaría restringiendo la participación directa de las sociedades extranjeras a través de su sucursal, y con ello se afectarían las condiciones de competencia.

De otro lado, FINDETER en sus términos de referencia en el numeral 2.1.1. Establece lo siguiente:

#### **2.1.1. EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL**

*El proponente, persona jurídica nacional o extranjera con sucursal y/o domicilio en Colombia, deberá acreditar su existencia y representación legal, aportando el certificado expedido por la Cámara de Comercio correspondiente, en el cual se verificará:*

*(...)*

*7. Término de constitución de sucursales: las sucursales deberán acreditar que se encuentra(n) inscrita(s) en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. (Subrayado fuera de texto).*

*(...)*

*La persona jurídica extranjera sin sucursal y/o domicilio en Colombia, deberá acreditar este requisito con el documento equivalente en su país de origen. El documento equivalente aportado se entenderá prestado bajo la gravedad de juramento, situación que se entenderá prestado con la presentación de la propuesta. (Subrayado fuera de texto).*

*(...)*

*El no cumplimiento de los requisitos aquí señalados dará lugar a que la propuesta no sea habilitada jurídicamente; Tratándose de aclaraciones o documentos habilitantes, estos deberán ser aportados por el proponente en los términos y plazos señalados por la entidad, so pena de rechazo de la propuesta.*

Así las cosas, FINDETER además de limitar la participación de sociedades extrajeras al establecer que solo se tendrá en cuenta la experiencia de las sucursales tal y como ya se manifestó, en el presente numeral está así mismo limitando la participación de las sociedades extranjeras al exigir que las sucursales deben estar inscritas en Colombia con cinco (05) años de antelación al cierre de la presente convocatoria, lo cual es totalmente inocuo por las siguientes razones:

1. En primer lugar porque no es necesaria la existencia de una sucursal para que las sociedades extranjeras puedan participar en esta clase de convocatorias y finalmente ganar el proceso de contratación, tal y como lo establece FINDETER en el mismo numeral al puntualizar que la persona jurídica extranjera sin sucursal y/o domicilio en Colombia deberá acreditar ese requisito con el documento en su país de origen.

2. Y en segundo lugar porque el término de inscripción no puede ser un factor de evaluación, toda vez que lo relevante es el término de constitución de las sociedades con personería jurídica que participan en el presente proceso y que serían las mismas sociedades extranjeras teniendo en cuenta lo ya expuesto a lo largo de este documento.

Por lo tanto, no se entiende como FINDETER por un lado exige un término de inscripción para las sucursales y por otro lado establece que aquellas sociedades extranjeras que no tengan sucursal y/o domicilio en Colombia deberán acreditar el requisito con el documento de su país de origen, con lo cual pareciera una vez más que se les estuviera dando a las sucursales una personalidad jurídica independiente de su casa matriz, situación que va en contra de lo establecido en la normatividad colombiana.

De igual manera esta limitante afecta directamente y restringe la participación de las sociedades extranjeras a través de su sucursal y más aun cuando establece que el no cumplimiento de ese requisito dará lugar a que la propuesta no sea habilitada jurídicamente.

No debemos olvidar que a pesar de que la actividad contractual de FINDETER, se rige por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables al desarrollo de sus actividades conforme al derecho privado, y se exceptuó de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si le son aplicables los principios de la Función Administrativa y Gestión Fiscal, señalados en los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

*"Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."*

Por lo anterior, en todo proceso de contratación debe prevalecer el principio de igualdad, sobre el cual todos los proponentes pueden participar en esta clase de convocatorias en igualdad de oportunidades garantizando el derecho a la libre concurrencia u oposición.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-713/09 se ha pronunciado en referencia al interés general que le asiste a todo proceso de contratación pública así como la igualdad que debe reinar dentro del mismo:

**LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Concepto/LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Aplicación del derecho a la igualdad de oportunidades/LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Sujeta a principios de razonabilidad y proporcionalidad**

*La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal."*

Expuestos los anteriores argumentos, solicitamos muy amablemente a FINDETER considerar lo establecido en los términos de referencia y proceder en su lugar a aceptar que por parte de las sociedades extranjeras se pueda participar a través de sus sucursales, sin que lo anterior se convierta en una limitación artificial de los pliegos.

#### NOTIFICACIONES

Dirección: Calle 100 No. 8 A – 37, Torre A, oficina 601, Bogotá, email:  
apinto@cremadescalvosotelo.com, jmdiaz@cremadescalvosotelo.com

## RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Analizada la observación, se procede a dar respuesta a las mismas conforme a lo siguiente:

La Entidad conviene señalar, que el procedimiento de contratación que aplica Findeter, es de derecho privado, en atención a su naturaleza de entidad financiera (Ley 57 de 1989 y Decreto 4167 de 2011) y en consideración a lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de Ley 1150 de 2007. Además de lo anterior, en el proceso del asunto, la contratante es el Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica Findeter (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A), también sujeto de derecho privado, en ese orden de ideas, bajo el régimen jurídico que rige el presente proceso de selección, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.3 del Subcapítulo I del Capítulo II de los Términos de Referencia "REGIMEN JURIDICO APLICABLE" el presente proceso se rige por el régimen de la contratación privada contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia.



En consecuencia, la contratación de que trata el presente proceso, no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni demás normas concordantes, como la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y sus Decretos Reglamentarios.

La Contratante bajo las normas que rigen sus procesos de contratación, en ejercicio de su facultad de dirección de los mismos, la autonomía de la voluntad y el bien o servicio que requiere contratar fijan para cada convocatoria las reglas y define los parámetros de selección, dado que su actividad contractual se orienta por los principios de la administración pública (Artículo 209 Superior), esto es, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia y de la Gestión Fiscal (Artículo 267 Superior).

Por tal motivo, fija las condiciones y parámetros y disciplina el proceso de modo que se garantice por un lado la selección objetiva, pluralidad de oferentes, debido proceso y la escogencia de la oferta más favorable, entre otros, así las cosas, en los Términos de Referencia que rigen la presente convocatoria se establecen las reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los servicios que se pretenden contratar, y que satisfagan de manera adecuada la necesidad que con el presente proceso se pretende satisfacer, estableciendo los criterios de habilitación jurídica, técnica y financiera adecuados y proporcionales que garanticen la selección del oferente que cuente con la experticia necesaria para la cabal y correcta ejecución del proyecto, y se realice el fin general perseguido con esta contratación, esto es, contratar la “INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO “PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE PUERTO ASÍS – PUTUMAYO”.

Fue así como en los Términos de Referencia que rige la presente convocatoria, se establecieron requisitos adecuados y proporcionales, así como las reglas particulares de participación, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y jurídicas como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección.

De esta manera, en los Términos de Referencia, se estableció claramente, que la experiencia a acreditar **era única y exclusivamente del proponente que se presentara, independientemente de que ostenten la misma persona jurídica o del grado de dependencia que alcancen las sucursales respecto de su matriz.**

Así las cosas, los Términos de Referencia fueron precisos en señalar en el literal B, del subnumeral “3.1.3.1.1. **REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE**”, lo siguiente:

“(…)

**B. 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**”. (cursivas y subrayado por fuera del texto original)

Por tanto, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, **indistintamente de la relación de dependencia entre la sucursal y la casa matriz**. Es de anotar, que la Contratante, frente a estos cuestionamientos aclara que de ninguna forma los presentes Términos de Referencia restringen la capacidad de ejercicio de la Empresa Extranjera o de su Sucursal legalmente establecida en Colombia, por cuanto, **la regla en cuestión va única y exclusivamente dirigida para la**

**acreditación de experiencia**, sin que esta condición se considere limitante o restrictiva del mercado o de la participación, toda vez que en las convocatorias se permite la participación de sociedades extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia, las cuales en su condición de proponentes, deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva convocatoria pero de manera independiente.

Es así, que atendiendo a dicha condición, **la experiencia a acreditar dentro de la presente convocatoria, es única y exclusivamente el de la SUCURSAL ESTABLECIDA EN COLOMBIA**, por ende, conforme a los Términos de Referencia de la Convocatoria **NO se aceptará la experiencia de la casa matriz de la Sucursal o de sociedades controladas por su matriz, como tampoco se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de la filial o sus subordinadas.**

En lo que atañe al requisito exigido como término de constitución de la persona jurídica por un término de cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria, es preciso señalar que la contratante considera necesario que los oferentes que se presenten cuenten con dicha antelación de constitución en atención a la idoneidad de la persona jurídica y un ejercicio mínimo de su actividad a contratar como persona jurídica, que garantice la ejecución adecuada del proyecto conforme al objeto a contratar y el riesgo asociado a su ejecución.

Ahora bien, es preciso señalar que cada convocatoria contiene los requisitos y condiciones con efectos obligatorios, elaboradas por la entidad contratante para la adquisición del bien o servicio que requiere contratar, lo que guarda estrecha relación con la dirección del proceso de contratación que está en cabeza de la entidad, la que bajo las normas que rigen sus procesos de contratación, la facultad de dirección de los mismos, la autonomía de la voluntad y el bien o servicio que requiere contratar fijan para cada convocatoria las reglas particulares de participación, de modo que, en cada una establecen las condiciones técnicas, financieras y jurídicas particulares propias de cada convocatoria, de modo que para este proceso de contratación se contempló como término de constitución de las personas jurídicas de cinco años de antelación.

Se aclara al proponente que si una empresa extranjera pretende participar dentro de la convocatoria como oferente, esta puede efectivamente acreditar su propia experiencia, para lo cual deberá acreditar todos los requisitos exigidos en los Términos de Referencia para las personas jurídicas.

No obstante se aclara, en el caso de que se presentara a la convocatoria como oferente **la sucursal establecida en Colombia de una empresa extranjera**, dicha Sucursal debe encontrarse constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria, en otras palabras, tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria.

Por otro lado, conforme a la observación del interesado, la Contratante no encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a los principios propios de la función administrativa, ni mucho menos, con el principio de igualdad, por cuanto, en ningún momento se está restringiendo la participación de la casa matriz.

Se aclara al proponente que si una empresa extranjera pretende participar dentro de la convocatoria como oferente, esta puede efectivamente acreditar su propia experiencia, para lo cual deberá acreditar todos los requisitos exigidos en los Términos de Referencia para las personas jurídicas, o, el proponente, podría auscultar

*la posibilidad hacer uso de la alternativas estipuladas en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal.*

*Así las cosas, si una sociedad pretende que se le acepte la experiencia de otra sociedad por ser esta su matriz o subordinada, debe hacer uso de los esquemas asociativos estipulados en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal. Se realiza esta exigencia toda vez que si se acepta la experiencia de una sociedad matriz o subordinada, ésta tendría que responder de manera solidaria por la celebración y ejecución del contrato, condición que sólo es posible con la suscripción del documento de constitución del consorcio o de la unión temporal en el cual se incluya la cláusula de responsabilidad solidaria en el documento de consolidación plural.*

*En consecuencia, no se acoge la observación presentada y se mantiene el término de constitución exigido para las personas jurídicas que se presenten en la convocatoria, bien sea de manera individual o como parte de una figura asociativa. Caso este último en que todos los integrantes deben cumplir con el requisito de constitución conforme se estableció en los Términos de Referencia.*

Dado en Bogotá D.C., a los doce (12) días del mes de abril de dos mil diecisiete (2017).

**PATRIMONIO AUTÓNOMO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.)**