

INVITACIÓN ABIERTA A PRESENTAR PROPUESTAS No. FNT – 067- 2016

OBJETO: “CONSTRUCCIÓN DEL SENDERO ECOTURÍSTICO CAPURGANÁ, SAPZURRO, LA MIEL, EN EL MUNICIPIO DE ACANDÍ, DEPARTAMENTO DE CHOCÓ”

RESPUESTAS OBSERVACIONES  
Noviembre 18 de 2016

OBSERVACIONES

- UNIÓN TEMPORAL ECOTURISMO  
De: VM ING LICITACIONES [[mailto:vming\\_licitaciones@hotmail.com](mailto:vming_licitaciones@hotmail.com)]  
Enviado el: martes, 01 de noviembre de 2016 09:26 a.m.  
Para: [gbarliza@fontur.com.co](mailto:gbarliza@fontur.com.co); [psantos@fontur.com.co](mailto:psantos@fontur.com.co)  
Asunto: FNT-067-2016

OBSERVACIÓN 1.

**REF:** OBSERVACIONES AL ESCRITO DE SOLICITUD DE DOCUMENTOS SUBSANABLES O ACLARATORIOS INVITACIÓN ABIERTA A PRESENTAR PROPUESTAS **FNT-067-2016**

**OBJETO:** CONSTRUCCIÓN DEL SENDERO ECOTURÍSTICO CAPURGANÁ, SAPZURRO, LA MIEL, EN EL MUNICIPIO DE ACANDÍ, DEPARTAMENTO DE CHOCÓ.

De conformidad al escrito de la referencia, en el cual se rechaza la oferta presentada por la **UNIÓN TEMPORAL ECOTURISMO (VM Ingenieros SAS 70% -Esauth Elias Durán Bravo 30%)** por supuestamente estar incurso en la causal de rechazo abajo señalada, pero, está olvidando la taxatividad de las mismas, veamos de qué se trata.

**\*4.3 CAUSALES DE RECHAZO.**

*h. Cuando el proponente no presente la garantía de seriedad de la oferta, en la fecha y hora de cierre del proceso.*

PROponente: UNIÓN TEMPORAL ECOTURISMO.

Teniendo en cuenta que el integrante VM INGENIEROS SAS- identificado con NIT. 900.154.514-1, de la UNIÓN TEMPORAL ECOTURISMO cuenta con un incumplimiento de contrato por lo tanto, incurra en la causal de rechazo literal g, del numeral 4.3.

**4.3 CAUSALES DE RECHAZO.**

*g. El oferente, de forma individual, en consorcio o unión temporal, al que se le haya declarado incumplimiento del contrato por parte del CONSORCIO AVANZA TURÍSTICA (anterior administrador de los recursos del Fondo Nacional de Turismo) o la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX S.A., como vocera y administrador del Patrimonio Autónomo FONTUR. Pasados tres (3) años de haberse declarado el incumplimiento, cesará esta causal.*

La causal de rechazo establece que no será objeto de evaluación las propuestas de los proponentes que se les haya “DECLARADO” el incumplimiento en contratos firmados con FONTUR, declaración que en estricto derecho no ha sucedido, pues mal haría FONTUR, unilateralmente y arbitrariamente exceder sus funciones y declarar directamente el incumplimiento de un contrato que es de naturaleza privada, como bien reza en los documentos de que

Pbx:  
(1) 3275500

Calle 28 No. 13 A-24. Piso 6° Torre B.  
Edificio Museo del Parque.  
Bogotá D.C. – Colombia  
[www.fontur.com.co](http://www.fontur.com.co)

Fax:  
(1) 6067580

trata el mismo, ya que no es una potestad exorbitante de FONTUR declararlo pues, esto es propio del operador judicial, prerrogativa que no tienen, ni siquiera el operador administrativo en la contratación estatal en la cual se goza de cláusulas exorbitantes como es bien sabido.

Es importante señalar que FONTUR expidió un documento denominado "SOLICITUD PAGO DE LA POLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA PARTICULARES NO. 2446776 POR INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO FNT 300-2014" amparados jurídicamente única y exclusivamente en el artículo 1077 del código de comercio, sin que previamente se hubiera realizado el proceso judicial ante el juez natural (Art. 69 C.N.), para que se decretase si hubiera sido el caso el incumplimiento parcial del que hablaban, así mismo y a los pocos días expidieron un nuevo documento dirigido igualmente y solamente a la aseguradora que llamaron "SUSPENSIÓN DE LA AFECTACIÓN DE LA POLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA PARTICULARES NO. 2446776 POR INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO FNT 300-2014", es decir que después dejaron sin efectos jurídicos el documento anteriormente señalado.

Ahora bien, es importante resaltar que en el Manual de Contratación que regía al momento de celebrarse el contrato, y dentro del clausulado del contrato, previos a que se expidieran los escritos dirigidos a la aseguradora, no se señalaba el procedimiento para poder iniciar un proceso para declarar incumplido a una de las partes, pues como bien lo sabe la entidad dentro de los manuales no se deben incluir los procesos sancionatorios contra los contratistas, pues es necesario hacerse el estudio para verificar según su ordenamiento jurídico si tiene las prerrogativas especiales de la administración pública o por el contrario acudir a la vía ordinaria, **"En ese orden de ideas, en materia de facultades excepcionales de la administración, estas dependen de la ley y, son de manera privativa, las que se precisan en esta, pues bien sabido es que la definición de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables."** (Radicado 76001233100020012423101). Subrayado fuera de texto.

Conocido es que el régimen jurídico aplicable a la contratación de FONTUR lo es la legislación de derecho privado por excelencia, también resulta admisible que en el despliegue de la actividad contractual en su fase previa debe observar principios como el de selección objetiva, transparencia, eficacia, economía, buena fe y especialmente en el principio

de legalidad. Todo lo anterior, para significar en principio que como se ha dicho insistentemente nosotros nos encontramos en un proceso donde deben reinar dichos principios.

No debe desconocer FONTUR, que bajo el principio de legalidad y sobre todo en materia sancionatoria no ha de tenerse infractor a una persona sin habersele brindado el debido proceso y especialmente el sagrado y constitucional derecho a su defensa, es decir, después de vencido en juicio y declarado por el juez natural, podrá determinarse si nosotros somos o no cumplidos frente al contrato en su etapa de ejecución. Así las cosas, la causal de rechazo indiligada queda desnaturalizada como quiera que no hay pronunciamiento judicial y ni siquiera administrativo que tenga por incumplido a la compañía VM INGENIEROS S.A.S. como integrante de la UNIÓN TEMPORAL VM PEREIRA y mucho menos a la UNIÓN TEMPORAL VM PEREIRA.

En reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A"**, al radicado 76001233100020012423101, con ponencia del Honorable Magistrado **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**, se apoya lo anteriormente enunciado, se indicó que "En efecto, con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de declarar incumplida a la otra parte, ni la de establecer el valor de tal incumplimiento, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en esa clase de relación comercial. Le corresponde por consiguiente al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que indiquen el incumplimiento del mismo" (Ver en ese sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), expediente 34.367, sentencia del octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), expediente 9288), concluyéndose en dicha sentencia que: "Sin embargo, debe advertirse, una vez más, que, al tratarse de un contrato de derecho privado de la administración, en esta relación jurídica Emcali no actuó revestido de sus facultades como administración, sino que actuó en igualdad de condiciones con Almaviva S.A., es decir, no contaba con el poder de autotutela administrativa, ni con una posición superior o más fuerte que la del contratista, ni actuó en protección del interés colectivo, sino en una relación completamente horizontal, de igualdad, por lo que no podía arrogarse la competencia de declarar el incumplimiento del contrato. "

Por lo anteriormente expuesto ruego se sirvan reconsiderar su posición o resolución de rechazo, y por tanto proceder a permitir bajo la premisa del debido proceso permitir nuestra continuidad en el proceso contractual de la referencia, en conclusión proveer lo que en derecho corresponde.

FIRMA:   
Representante Legal: **NELSON ENRIQUE VILLAMIZAR MUJICA**  
C.C. N° 13.540.082 expedida en Bucaramanga  
Nombre o Razón Social del Proponente: **UNION TEMPORAL ECOTURISMO**  
Dirección: Calle 105 A # 23 A -18 Provenza  
Ciudad: Bucaramanga  
Teléfono(s): 097-6701070 ext. 9  
Fax: 097-6701070  
Correo Electrónico: [vming\\_licitaciones@hotmail.com](mailto:vming_licitaciones@hotmail.com)

### RESPUESTA 1.

En primera medida el documento publicado en la página WEB de FONTUR y el SECOP nominado Solicitud de Documentos Subsanables o Aclaratorios el día 31 de octubre de 2016, es un documento

enunciativo y no está sujeto a observaciones por parte de los proponentes, no obstante el Fondo da respuesta a su solicitud.

Es oportuno reiterar que el régimen de contratación de FONTUR, tal y como lo menciona en su escrito, es de derecho privado y por ende en ningún caso implica el ejercicio de cláusulas exorbitantes tales como declarar de forma unilateral el incumplimiento del contrato; adicionalmente, FONTUR por no ser una entidad de derecho público y conforme a su régimen de contratación no le son aplicables los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación.

Lo anterior no quiere decir, que para declarar un incumplimiento del contrato FONTUR deba acudir a la jurisdicción ordinaria; para ello en el Manual de Contratación y el Manual de Supervisión se establecen el procedimiento aplicable para declarar incumplimientos a los contratos suscritos por este patrimonio autónomo, al establecer que todos los contratos que suscriba el Fondo deben contar con un supervisor y/o interventor, quienes deben dar estricto cumplimiento a los mencionados manuales y que se encargarán de llevar el control de cumplimiento del contrato durante toda su ejecución y hasta su liquidación; manuales debidamente publicados en la página web del Fondo y que el contratista UT VM PEREIRA declaró conocer y aceptar con la presentación de su propuesta y la suscripción del contrato FNT-300-2014.

Es pertinente recordar lo estipulado en el numeral 10 del Manual de Contratación de FONTUR vigente para los eventos del contrato FNT-300-2014, contrato del cual se produjo el pronunciamiento del Interventor en razón al incumplimiento y el cual dispone:

*“10. SUPERVISIÓN Y/O INTERVENTORÍA DE LOS CONTRATOS:*

*Todos los contratos que celebre el ADMINISTRADOR deberán contar con un Supervisor y/o Interventor, que se encargará de llevar el control de ejecución del contrato durante toda su vigencia y hasta su liquidación.*

*La supervisión y/o interventoría se realizará de conformidad con lo dispuesto en el manual de supervisión de contratos del FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA, el contrato de interventoría y el contrato objeto de la supervisión y/o interventoría.” (Subrayado fuera de texto)*

A su vez, el Manual de Supervisión del Fondo Nacional de Turismo, en los numerales 3.8.1 3.8.2 y 3.8.4, indica:

*“3.8. Respecto del incumplimiento de las estipulaciones contractuales:*

*3.8.1. El supervisor deberá informar oportunamente a la entidad administradora del Fondo acerca de los hechos, actos y circunstancias que puedan llegar a afectar el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato o que impidan la debida ejecución de los objetivos planteados en el proyecto del cual se deriva el mismo.*

A su vez, una vez conocidas las anteriores circunstancias, el supervisor deberá requerir al contratista, a fin de que tome las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro de un término prudencial, que permita corregir los hechos o actos que dieron origen al requerimiento o que permitan afrontar las nuevas circunstancias que pudieron afectar la ejecución del contrato.

3.8.2. Si transcurrido el término prudencial otorgado por la supervisión para corregir los hechos o actos que dieron origen al requerimiento o que permitan afrontar las nuevas circunstancias que pudieron afectar la ejecución del contrato, el contratista no toma las medidas correspondientes, el supervisor podrá emitir concepto de incumplimiento de las obligaciones contractuales, de lo cual deberá remitir copia a la correspondiente compañía de seguros o entidad emisora de la garantía de cumplimiento, cuando a ello haya lugar"  
(...)

3.8.4 El supervisor deberá verificar el cumplimiento de los cronogramas o planes de trabajo pactados con el contratista. Su incumplimiento dará lugar a la amonestación por parte del supervisor, quien requerirá al contratista para su cumplimiento en los términos descritos anteriormente. Si persista el incumplimiento injustificado al cronograma o plan de trabajo, se deberá proceder con la declaratoria de incumplimiento por parte del supervisor"  
(Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto para FONTUR, de conformidad con las leyes y manuales, el encargado de verificar y acreditar el cumplimiento o incumplimiento del Contrato FNT - 300 de 2014 es el Interventor INGEOBRAS S.A.S., en esta medida, conforme a los informes enviados por el Interventor, se evidencia que existió un incumplimiento parcial del contrato FNT – 300 de 2014, por las razones objetivas ya conocidas por VM INGENIEROS S.A.S.

No obstante, ante la reclamación de FONTUR ante la compañía aseguradora, la UT VM PEREIRA presentó propuesta para mitigar el incumplimiento acaecido, para lo cual se suscribió plan de contingencia entre el Interventor la UT VM PEREIRA, avalado por la compañía aseguradora, con el objetivo de cumplir el objeto del contrato.

En el curso de esta procedimiento, se respetó y garantizó tanto el debido proceso como el derecho de defensa, prueba de ello son los múltiples requerimientos enviados a la UT VM PEREIRA, por el Interventor INGEOBRAS, desde el 22 de junio hasta el 15 de octubre de 2015, los cuales han sido de su conocimiento como lo demuestran las Actas de Comité de Obra y de reuniones suscritas por la UT VM PEREIRA, el Interventor INGEOBRAS y/o FONTUR, en particular, a través de las actas No. 4 hasta el acta No. 40, se reportó directamente antes ustedes los continuos y sucesivos atrasos e incumplimientos a las obligaciones establecidas en el contrato citado. Por lo anterior, de conformidad con la comunicación IO-CCE-160-15, expedida por el Interventor INGEOBRAS, existió incumplimiento parcial del contrato FNT – 300 de 2014.

De acuerdo con la trazabilidad de la ejecución contractual y del análisis, tanto de su comunicación como de las causales de rechazo que se encuentran en la Invitación Abierta a presentar propuesta FNT-067-2016, una vez superados los múltiples inconvenientes que generaron atraso en la ejecución de la obra producto del contrato FNT – 300 de 2014, se recibió la obra el día 30 de septiembre de 2016.

La entrega de la obra, tiene como consecuencia la subsanación del incumplimiento parcial del contrato FNT-300-2016 declarado por el Interventor INGEOBRAS, y le permite a la sociedad VM INGENIEROS S.A.S, integrante de la UNIÓN TEMPORAL ECOTURISMO, continuar en el proceso de contratación, la Invitación Abierta a presentar propuestas FNT-067-2016 cuyo objeto es: *“CONSTRUCCIÓN DEL SENDERO ECOTURÍSTICO CAPURGANÁ, SAPZURRO, LA MIEL, EN EL MUNICIPIO DE ACANDÍ, DEPARTAMENTO DE CHOCÓ.”*

COMITÉ EVALUADOR