

**TERCER INFORME DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES EXTEMPORÁNEAS PRESENTADAS A
LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA**

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

**PROGRAMA
AGUA PARA LA PROSPERIDAD**

CONVOCATORIA N° PAF-ATF-O-043-2016

**OBJETO: EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO “AMPLIACIÓN Y OPTIMIZACIÓN
SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO E INTERCEPTORES PLUVIALES, CASCO URBANO
MUNICIPIO DE HATO, DEPARTAMENTO DE SANTANDER”**

De conformidad con lo establecido en el Subcapítulo I “Generalidades” Capítulo II “Disposiciones Generales” No. 1.10 “Observaciones a los Términos de Referencia y los Documentos y Estudios del Proyecto” de los Términos de Referencia y en el cronograma de la Convocatoria consagrado en el Subcapítulo III Capítulo I “Disposiciones Específicas” los interesados podían presentar observaciones respecto al contenido de los Términos de Referencia, de los Estudios del Proyecto, de los Anexos Técnicos y de cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, de manera escrita, hasta el día veintisiete (27) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), periodo dentro del cual se presentaron observaciones por parte de los mismos, a las cuales la Entidad dio respuesta por medio del Informe de Respuesta a Observaciones a los Términos de Referencia publicado el día treinta (30) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

De otro lado y teniendo en cuenta que se han presentado nuevas observaciones por fuera del plazo inicialmente concedido, la Entidad procederá a dar respuesta a las mismas a través del presente documento.

- 1. INTERESADO: JOSE H. CASILIMAS BUENO**, Representante Legal – CONSORCIO ALCANTARILLADO EL HATO 2017, comunicado enviado al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica, el día miércoles 18 de enero de 2017, a las 06:33 p.m.

OBSERVACIÓN
<i>“Por medio de la presente me permito solicitar en Calidad de posible Oferente al proceso de la referencia solicitud de aplazamiento del cierre del proceso PAF-ATF-O-043-2016 previsto para mañana 19 de Enero de 2017 a las 10:00 am conforme a la adenda N° 04 de fecha 12 de enero de 2017 conforme al siguiente motivo:</i> <i>Varias compañías de seguros se han negado a la expedición de la Póliza de seriedad teniendo en cuenta que la clausula penal de apremio o clausula penal en los contratos entre particulares se encuentra excluida en el clausulado general de todas las compañías de seguros en Colombia; lo cual es aprobado por Fasecolda entidad que monitorea y rige a las compañías aseguradoras a nivel nacional y que a la vez es vigilada por la Superfinanciera, el ente del gobierno nacional; razon por la cual y en vista que en la hoja 9 de la minuta del contrato de la convocatoria tal clausula 25 item 6 de la misma dice claramente que la clausula penal podrá ser cobrada al contratista y/o aseguradora.</i>

En vista de que las aseguradoras no quieren expedir póliza de seriedad solicitamos a Findeter:

1. Ampliar el plazo del cierre del proceso.
2. Expedir adenda modificatoria de la minuta del contrato, en donde se corrija la cláusula 25 ítem 6”.

RESPUESTA

En atención a la observación presentada por el interesado, la Entidad procede a pronunciarse en los siguientes términos:

1. Con ocasión de las observaciones presentadas por algunos interesados en el marco de la convocatoria de la referencia, se procedió a modificar el cronograma a partir de la actividad “Cierre – plazo máximo de presentación de oferta (Sobre No. 1 y 2) y Apertura de Sobre No. 1”, conforme se puede observar en la Adenda No. 5 (Cronograma) publicada en la página web de la Entidad el día 18 de enero de 2017, estableciéndose para el día 26 de enero de 2017. No obstante, el tiempo previsto para la elaboración de las propuestas por parte de los interesados, se estima suficiente para la adecuada estructuración de la oferta, teniendo en cuenta que las condiciones de la convocatoria son conocidas por los interesados desde la fecha en que se dio apertura a la convocatoria de la referencia, esto es el 16 de diciembre de 2016.

2. Frente a la solicitud presentada por el interesado, encaminada a que se modifique el numeral 6 de la CLÁUSULA VEINTICINCO de la Minuta Tipo del Contrato, publicado para la presente convocatoria, es menester precisar en primer lugar que, frente a la posibilidad de contemplar cláusulas como la debatida por el interesado en el contrato que regirá la ejecución del proyecto de la referencia, las partes cuentan con mecanismos como el de acordar cláusulas de terminación unilateral del contrato, o la imposición de multas o la posibilidad de aplicar la cláusula penal de apremio, para brindar al negocio de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial¹.

Planteado así lo anterior, es preciso señalar que la cláusula penal, se encuentra definida en estatuto normativo de derecho privado, tanto en la legislación civil como en la mercantil, como un elemento prácticamente esencial de los contratos conmutativos y onerosos, cuyo objeto principal pero no único es el de tasar de manera anticipada los perjuicios derivados del futuro y posible incumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

En tal sentido, el artículo 1592 del Código Civil establece:

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Conforme a dicha definición, la doctrina² ha precisado que la cláusula penal es un acto jurídico distinto a la obligación principal del negocio jurídico, cuyo nacimiento no se presenta con el cumplimiento de ninguna

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), Exp. 41.783

² VELASQUEZ GOMEZ HERNAN DARIO. Estudio Sobre las Obligaciones. Temis, 2010.

solemnidad, y que **tiene por finalidad u objeto la tasación convencional anticipada de perjuicios con ocasión del incumplimiento de una de las partes del objeto contractual principal.**

De igual manera se identifica que la obligación surgida de la cláusula penal en los contratos es de carácter accesorio y condicional³.

Dentro de las tesis doctrinarias que se le ha dado a la naturaleza de la cláusula penal, como bien se dijo, se encuentra la de ser **una tasación anticipada de los perjuicios**, como liquidación convencional ore del incumplimiento futuro, o el cumplimiento tardío de la obligación principal⁴.

Una segunda finalidad o función que se le brinda a la cláusula penal, es la de ser **garantía de cumplimiento del contrato sobre la cual se dispone**, pues asegura esa primera obligación y se le brinda un carácter “reforzatorio”⁵.

Existen tesis que manifiestan la doble connotación de la cláusula penal en tanto tasación convencional anticipada de los perjuicios, así como su **carácter de garantía**.

Así mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han brindado a la cláusula penal una función conminatoria complementaria, de apremiar al deudor para el cumplimiento cabal de la obligación⁶.

Es entonces que a la cláusula penal se le predicen las siguientes funciones⁷:

- a) Servir como apremio, conminación o acoso,
- b) **Como garantía del contrato**,
- c) O como indemnización anticipada de perjuicios indemnizatorios o moratorios

A su vez, el Art. 1600 del Código Civil, permite establecer que la cláusula penal no tiene solamente la connotación de tasar perjuicios de carácter indemnizatorio, como quiera que este precisa:

“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

A este respecto, la jurisprudencia⁸ ha establecido que de la lectura del artículo en mención, se puede recalcar el carácter polifacético que tiene esta figura en la medida que:

- i) Afirma la ejecución de las obligaciones principalmente acordadas

³Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 1 de diciembre de 2004, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 54122.

⁴TAMAYO LOMBANA ALBERTO. Manual de Obligaciones. Doctrina y ley, Bogotá, 2011.

⁵*Ibidem*, Pag. 55.

⁶HINESTROSA FERNANDO. Tratado de las Obligaciones II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2015.

⁷SUAREZ TAMAYO DAVID. Cláusula de Multas y Penal Pecuniaria. Sánchez Ltda., Bogotá, 2014.

⁸CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL sentencia del 18 de diciembre de 2009 M. P. Pedro Octavio Munar Cadena

ii) Sirve de apremio al deudor

iii) Actúa como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza.

Es entonces que de la definición que la doctrina y la jurisprudencia se le ha dado, la cláusula penal trae consigo una serie de efectos, dentro de los cuales se destaca la exigibilidad de la pena y de los perjuicios cuando fuere pactado así expresamente por las partes así como la acumulación de las obligaciones, tanto la principal y la derivada de la pena con los perjuicios

Ahora bien, se destaca de los lineamientos que trae consigo el Art. 1592 la expresión final de la misma en la cual se establece “*en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*”.

En este punto, se tiene entonces que la cláusula penal no solo asegura y conmina al cumplimiento de la obligación en su totalidad, sino que, a su vez puede llegar a asegurar un cumplimiento debido y puntual de las prestaciones periódicas dentro del objeto del negocio jurídico.

En ese orden de ideas, en lo que corresponde al contrato de seguros y su cobertura frente al cumplimiento de las obligaciones de un contrato regido por el derecho privado, la jurisprudencia ha manifestado que frente al incumplimiento, o en caso de la cláusula de apremio la mora, del contratista; la entidad bajo ese régimen contractual puede:

“(...)hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.”⁹

De manera que, teniendo en cuenta la naturaleza plural de la cláusula penal, puede manifestarse que está sujeta al cumplimiento de la obligación principal del contrato, y en tal medida el seguro que ampararía esa obligación principal, también hace se hace extensivo al cubrimiento de la aplicación de estas cláusulas.

No obstante, a diferencia de la forma de hacer efectiva la cláusula penal de apremio tratándose de la póliza frente a la compañía de seguros, dado que el contrato que la vincula no es el celebrado entre el patrimonio autónomo y el contratista, sino aquel celebrado entre este último y la compañía de seguros, de modo que, se debe surtir un procedimiento en el que el siniestro se encuentre reconocido por parte de la compañía de seguros.

Así, frente a la compañía de seguros no puede entrarse a predicarse que las cláusulas penales o de apremio sean obligaciones claras, expresas y exigibles, o que presten mérito ejecutivo, pues tal condición implicaría una actuación de carácter excepcional y ajeno al derecho común del contrato de seguro.

En consecuencia, y dados los anteriores argumentos no resulta procedente la solicitud presentada por el interesado puesto que en las diferentes convocatorias que se han adelantado igualmente se ha establecido el amparo de la cláusula penal a través de póliza expedida por compañía de seguros y se han aportado por

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de abril de 2015. MP: Jaime Orlando Santofimio

los proponentes interesados en participar, concluyendo entonces que se mantiene sin modificaciones el numeral 6 de la CLÁUSULA VEINTICINCO de la Minuta tipo del contrato.

2. **INTERESADO: ALEJANDRA MUÑOZ PADILLA**, Veedora ciudadana, comunicado enviado al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica, el día miércoles 18 de enero de 2017, a las 06:44 p.m.

OBSERVACIÓN

“Ejerciendo el derecho de veeduría ciudadana les solicito modificar lo establecido en la cláusula No.25 Ítem No.06 de la minuta del contrato publicada en la página web www.fidubogota.com.co en referencia a la Convocatoria No. PAF-ATF-O-043-2016, dado que muchas de las empresas que expiden pólizas de seguros han negado la expedición de la misma por la inclusión de ésta cláusula penal en la mencionada minuta del contrato.

Por lo tanto se solicita retirar o modificar mediante ADENDA dicha cláusula de la minuta del contrato y aplazar el cierre del proceso para que haya pluralidad de oferentes y de esta forma darle aplicación al derecho a la igualdad.

Agradezco su atención y valiosa colaboración”.

RESPUESTA

Teniendo en cuenta que la observación presentada por el interesado, versa sobre los mismos fundamentos de la observación relacionada en precedencia, la Entidad procede a pronunciarse en los términos contenidos en la respuesta otorgada a la misma:

1. Con ocasión de las observaciones presentadas por algunos interesados en el marco de la convocatoria de la referencia, se procedió a modificar el cronograma a partir de la actividad “Cierre – plazo máximo de presentación de oferta (Sobre No. 1 y 2) y Apertura de Sobre No. 1”, conforme se puede observar en la Adenda No. 5 (Cronograma) publicada en la página web de la Entidad el día 18 de enero de 2017, estableciéndose para el día 26 de enero de 2017. No obstante, el tiempo previsto para la elaboración de las propuestas por parte de los interesados, se estima suficiente para la adecuada estructuración de la oferta, teniendo en cuenta que las condiciones de la convocatoria son conocidas por los interesados desde la fecha en que se dio apertura a la convocatoria de la referencia, esto es el 16 de diciembre de 2016.

2. Frente a la solicitud presentada por el interesado, encaminada a que se modifique el numeral 6 de la CLÁUSULA VEINTICINCO de la Minuta Tipo del Contrato, publicado para la presente convocatoria, es menester precisar en primer lugar que, frente a la posibilidad de contemplar cláusulas como la debatida por el interesado en el contrato que regirá la ejecución del proyecto de la referencia, las partes cuentan con mecanismos como el de acordar cláusulas de terminación unilateral del contrato, o la imposición de multas

o la posibilidad de aplicar la cláusula penal de apremio, para brindar al negocio de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial¹⁰.

Planteado así lo anterior, es preciso señalar que la cláusula penal, se encuentra definida en estatuto normativo de derecho privado, tanto en la legislación civil como en la mercantil, como un elemento prácticamente esencial de los contratos conmutativos y onerosos, cuyo objeto principal pero no único es el de tasar de manera anticipada los perjuicios derivados del futuro y posible incumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

En tal sentido, el artículo 1592 del Código Civil establece:

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Conforme a dicha definición, la doctrina¹¹ ha precisado que la cláusula penal es un acto jurídico distinto a la obligación principal del negocio jurídico, cuyo nacimiento no se presenta con el cumplimiento de ninguna solemnidad, y que **tiene por finalidad u objeto la tasación convencional anticipada de perjuicios con ocasión del incumplimiento de una de las partes del objeto contractual principal.**

De igual manera se identifica que la obligación surgida de la cláusula penal en los contratos es de carácter accesorio y condicional¹².

Dentro de las tesis doctrinarias que se le ha dado a la naturaleza de la cláusula penal, como bien se dijo, se encuentra la de ser **una tasación anticipada de los perjuicios**, como liquidación convencional ore del incumplimiento futuro, o el cumplimiento tardío de la obligación principal¹³.

Una segunda finalidad o función que se le brinda a la cláusula penal, es la de ser **garantía de cumplimiento del contrato sobre la cual se dispone**, pues asegura esa primera obligación y se le brinda un carácter “reforzatorio”¹⁴.

Existen tesis que manifiestan la doble connotación de la cláusula penal en tanto tasación convencional anticipada de los perjuicios, así como su **carácter de garantía**.

Así mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han brindado a la cláusula penal una función conminatoria complementaria, de apremiar al deudor para el cumplimiento cabal de la obligación¹⁵.

Es entonces que a la cláusula penal se le predican las siguientes funciones¹⁶:

a) Servir como apremio, conminación o acoso,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), Exp. 41.783

¹¹ VELASQUEZ GOMEZ HERNAN DARIO. Estudio Sobre las Obligaciones. Temis, 2010.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 1 de diciembre de 2004, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 54122.

¹³ TAMAYO LOMBANA ALBERTO. Manual de Obligaciones. Doctrina y ley, Bogotá, 2011.

¹⁴ *Ibidem*, Pag. 55.

¹⁵ HINESTROSA FERNANDO. Tratado de las Obligaciones II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2015.

¹⁶ SUAREZ TAMAYO DAVID. Cláusula de Multas y Penal Pecuniaria. Sánchez Ltda., Bogotá, 2014.

b) Como garantía del contrato,

c) O como indemnización anticipada de perjuicios indemnizatorios o moratorios

A su vez, el Art. 1600 del Código Civil, permite establecer que la cláusula penal no tiene solamente la connotación de tasar perjuicios de carácter indemnizatorio, como quiera que este precisa:

“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

A este respecto, la jurisprudencia¹⁷ ha establecido que de la lectura del artículo en mención, se puede recalcar el carácter polifacético que tiene esta figura en la medida que:

i) Afirma la ejecución de las obligaciones principalmente acordadas

ii) Sirve de apremio al deudor

iii) Actúa como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza.

Es entonces que de la definición que la doctrina y la jurisprudencia se le ha dado, la cláusula penal trae consigo una serie de efectos, dentro de los cuales se destaca la exigibilidad de la pena y de los perjuicios cuando fuere pactado así expresamente por las partes así como la acumulación de las obligaciones, tanto la principal y la derivada de la pena con los perjuicios

Ahora bien, se destaca de los lineamientos que trae consigo el Art. 1592 la expresión final de la misma en la cual se establece *“en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

En este punto, se tiene entonces que la cláusula penal no solo asegura y conmina al cumplimiento de la obligación en su totalidad, sino que, a su vez puede llegar a asegurar un cumplimiento debido y puntual de las prestaciones periódicas dentro del objeto del negocio jurídico.

En ese orden de ideas, en lo que corresponde al contrato de seguros y su cobertura frente al cumplimiento de las obligaciones de un contrato regido por el derecho privado, la jurisprudencia ha manifestado que frente al incumplimiento, o en caso de la cláusula de apremio la mora, del contratista; la entidad bajo ese régimen contractual puede:

“(…)hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.”¹⁸

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL sentencia del 18 de diciembre de 2009 M. P. Pedro Octavio Munar Cadena

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de abril de 2015. MP: Jaime Orlando Santofimio

De manera que, teniendo en cuenta la naturaleza plural de la cláusula penal, puede manifestarse que está sujeta al cumplimiento de la obligación principal del contrato, y en tal medida el seguro que ampararía esa obligación principal, también hace se hace extensivo al cubrimiento de la aplicación de estas cláusulas.

No obstante, a diferencia de la forma de hacer efectiva la cláusula penal de apremio tratándose de la póliza frente a la compañía de seguros, dado que el contrato que la vincula no es el celebrado entre el patrimonio autónomo y el contratista, sino aquel celebrado entre este último y la compañía de seguros, de modo que, se debe surtir un procedimiento en el que el siniestro se encuentre reconocido por parte de la compañía de seguros.

Así, frente a la compañía de seguros no puede entrarse a predicarse que las cláusulas penales o de apremio sean obligaciones claras, expresas y exigibles, o que presten mérito ejecutivo, pues tal condición implicaría una actuación de carácter excepcional y ajeno al derecho común del contrato de seguro.

En consecuencia, y dados los anteriores argumentos no resulta procedente la solicitud presentada por el interesado puesto que en las diferentes convocatorias que se han adelantado igualmente se ha establecido el amparo de la cláusula penal a través de póliza expedida por compañía de seguros y se han aportado por los proponentes interesados en participar, concluyendo entonces que se mantiene sin modificaciones el numeral 6 de la CLÁUSULA VEINTICINCO de la Minuta tipo del contrato.

- 3. INTERESADO: YINETH MONCADA**, Coordinadora de Licitaciones – GAMA INGENIEROS ARQUITECTOS S.A.S., comunicado enviado al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica, el día viernes 20 de enero de 2017, a las 09:07 a.m.

OBSERVACIÓN

“Por medio del presente solicito la siguiente aclaración

En el numeral 1.23.2 el cual dice "Haya suscrito contrato de interventoría con Findeter o con la Contratante, o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas".

Referente a lo anterior lo preceptuado por el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 dispone: “Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad”.

El numeral mencionado anteriormente iría en contravía a la disposición de la Ley”.

RESPUESTA

En atención a la observación presentada por el interesado, la Entidad procede a pronunciarse en los siguientes términos:

Sea lo primero 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, así mismo la CONTRATANTE es el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA- FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A), sujeto de derecho privado, en consecuencia, la contratación no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni demás normas concordantes, salvo en lo que refiere a los principios de la función administrativa, los de la gestión fiscal y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. 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, no es procedente traer a colación la normatividad de contratación estatal referida por usted.

En las convocatorias de obra que adelanta la entidad, se estimó que un proponente, bien sea de manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando, entre otros, haya suscrito contrato de interventoría con Findeter o con la Contratante durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, aplicando para cualquier clase de interventoría ya sea interventoría a obra o interventoría a consultoría, inclusive para la interventoría al proyecto de la presente convocatoria.

Lo anterior con el objetivo de amparar los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Carta Política, entre otros, transparencia, igualdad y moralidad administrativas, estimando necesario, previa identificación de las actividades incompatibles, que se haya determinado e incorporado en los términos de referencia de las convocatorias las causales para regular los conflictos de interés cuando se identifiquen actividades que puedan llegar a ser incompatibles.

En este sentido, es procedente establecer una causal que limite la participación de contratistas de interventoría en convocatorias de obra, dado que se puede identificar que las actividades propias de una firma que se dedique a la interventoría podrían ser incompatibles cuando la misma firma sea la que ejecute una obra o consultoría con la misma entidad.

De modo que, dada la posibilidad que una firma en determinado momento ejerza ante la misma entidad el rol de interventor y también el de consultor o ejecutor de obra o, simultáneamente en un contrato sea contratista de una obra o consultoría cuya interventoría la ejerza el contratista al que este le realiza la interventoría en otro contrato, se considera como conflicto de interés que las firmas que contraten obra sean contratistas de interventoría con la misma entidad.

En consecuencia, Estos conflictos como se señaló se reflejan en la inconveniencia que resulta del ejercicio de manera simultánea de actividades de interventoría y obra por parte de una misma persona ya sea que participe de manera individual o conformando estructuras plurales, y con ello se pretende la salvaguarda de

los principios de la función administrativa de transparencia, igualdad y moralidad administrativas. Toda vez que la ejecución de una obra requiere probidad, transparencia, imparcialidad, protección de la moralidad administrativa y éstas pueden resultar afectas por el ejercicio simultáneo dentro de una misma entidad de actividades de interventoría y obra, pues resulta claro y evidente el riesgo que de vigilar la buena inversión del recurso público se pase a ser vigilado por parte de la misma persona a quien se vigila.

Respecto de la regulación de conflicto de intereses en los términos de referencia, la Sala de Consulta del Consejo de Estado en concepto Radicado N° 2.045 del 23 de marzo de 2011 Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, concluyó que es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

“...La Sala, en el concepto del 10 de agosto del 2006, ya citado, concluyó que en los contratos estatales es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

“La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al Consultor, comporta una evaluación estrictamente objetiva...”

El postulado ético insito en las cláusulas sobre conflictos, lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación.” (Negrillas y Subrayas fuera de texto)

En ese orden de ideas, se encuentra razonable que se incorporen y mantengan en los términos de referencia las causales para regular estos posibles conflictos de interés y así propender por garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades de los contratistas. Por lo tanto, no se acepta su solicitud de modificar o eliminar los conflictos de interés establecidos en la convocatoria de obra que refiere su escrito.

El presente informe se expide a los veintitrés (23) días del mes de enero de dos mil diecisiete (2017).

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