

**INFORME DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES EXTEMPORANEAS PRESENTADAS  
A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA**

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

**CONVOCATORIA N° PAF-DPR-O-021-2017**

**OBJETO: CONTRATAR LA REVISIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS,  
CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO, DE UN CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL  
(CDI) EN EL MUNICIPIO DE VALENCIA (CÓRDOBA)”**

**FECHA DE PUBLICACIÓN: 3 DE MAYO DE 2017.**

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo II, Numeral 1.10. y en el cronograma de la convocatoria, los interesados podían presentar observaciones respecto al contenido de los Términos de Referencia, a los estudios del proyecto, a los anexos técnicos y cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, hasta el día veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017). Sin embargo, con posterioridad a dicho plazo se recibieron observaciones, de la cual en atención al principio de publicidad se procede a dar respuesta, de la siguiente manera:

- 1. De:** Rafael Alzate [[mailto:rafael\\_alzate2000@yahoo.com](mailto:rafael_alzate2000@yahoo.com)]  
**Enviado el:** lunes, 24 de abril de 2017 1:57 p. m.  
**Para:** DE CERO A SIEMPRE  
**Asunto:** CONVOCATORIA N° PAF-DPR-O-021-2017

*“Buenas tardes, con relación a las solicitud de pólizas de seriedad de oferta para los procesos abiertos por FINDETER en sus convocatorias:*

*Municipio Soacha Cundinamarca No PAF-EUC-O-020-2017*

*Municipio de Valencia Córdoba No PAF-DPR-O-021-2017*

*Distrito de Barranquilla No PAF-EUC-O-022-2017*

*Con respecto a la condición excepcional establecida en la minuta en su CLÁUSULA VIGÉSIMO QUINTA.- PROCEDIMIENTO PARA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL y CLÁUSULA PENAL DE APREMIO: en su numeral 6 escrito como sigue:*

*6. Por tratarse de una obligación clara, expresa y exigible a cargo del Contratista que presta mérito ejecutivo, la CLÁUSULA PENAL DE APREMIO o la CLÁUSULA PENAL según se trate podrá(n) ser cobrada(s) por la CONTRATANTE directamente al contratista o a la aseguradora a través de los procedimientos legalmente previstos para ello.*

*Consultadas varias compañías del sistema asegurador, se ha conocido su postura declinando la solicitud de emisión de la póliza de seriedad de oferta por diversas razones entre otras:*

1-En el **pliego de condiciones**, se establece en su condición 2.20 (GARANTÍAS) la obligación del contratista de constituir pólizas con el objeto de respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo del CONTRATISTA frente a la entidad, por razón de la celebración y ejecución del contrato, el estudio de necesidad efectuado y la previsión de los posibles riesgos en la ejecución del mismo, el contratista deberá constituir las **garantías a favor de Entidades Particulares**. Eliminando como se aprecia el cubrimiento de multas y cláusula penal o de apremio de la póliza de cumplimiento como realmente corresponde.

Para la contratación celebrada con entidades particulares (este caso), como lo exige el pliego de condiciones, se aplica el formato de PÓLIZA PARA ENTIDADES PARTICULARES, la cual en sus condiciones generales **excluye** el pago de multas, cláusula penal o de apremio.

Sin embargo como se lee en la cláusula Décima Quinta Numeral 6 de la **minuta**, se establece, tomar de la garantía de cumplimiento el pago de multas, cláusula penal o de apremio, yendo en contravía de lo previsto en el pliego de condiciones.

De acuerdo con lo anterior a fin de viabilizar la expedición de póliza de seriedad de oferta les sugerimos respetuosamente solicitar a FINDETER modificar la Minuta en su Clausula Décimo Quinta numeral 6 como sigue: **6. Por tratarse de una obligación clara, expresa y exigible a cargo del Contratista que presta mérito ejecutivo, la CLÁUSULA PENAL DE APREMIO o la CLAUSULA PENAL según se trate podrá(n) ser cobrada(s) por la CONTRATANTE directamente al contratista a través de los procedimientos legalmente previstos para ello.**

De esta manera la minuta y el pliego de condiciones mantendrán los mismos términos ajustándose a las condiciones generales de la PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARTICULAR requerida para este fin.”

## RESPUESTA ENTIDAD

Con relación a la observación encaminada a que se modifique las cláusulas vigésima quinta de la Minuta Tipo del Contrato publicado para la presente convocatoria, atinentes a la cláusula penal y cláusula penal de apremio y el procedimiento para su aplicación, es menester precisar que se contempla la inclusión de este tipo de cláusulas en el contrato que regirá la ejecución del proyecto de la referencia, para que las partes cuenten 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, y brinden al negocio herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial<sup>[1]</sup>.

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:

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

<sup>2</sup> VELASQUEZ GOMEZ HERNAN DARIO. Estudio Sobre las Obligaciones. Temis, 2010.

*“... 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 doctrina [2] 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 condicional [3].

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 por el incumplimiento futuro, o el cumplimiento tardío de la obligación principal [4].

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 obligación [6].

Es entonces que a la cláusula penal se le predicen las siguientes funciones [7]:

- 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 jurisprudencia [8] 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

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

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

[5] *Ibidem*, Pag. 55.

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

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

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

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, 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 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 entrar 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 dado que en las diferentes convocatorias que se han adelantado en la entidad igualmente se ha establecido el amparo de la cláusula penal a través de póliza expedida por compañía de seguros, que valga señalar puede ser como lo establecen los Términos de Referencia, expedidas por cualquier Compañía de Seguros legalmente establecida y autorizada para funcionar en Colombia, y se han aportado las pólizas de seriedad de la oferta por diferentes proponentes de las diferentes convocatorias, no es de recibo la argumentación expuesta.

En este sentido, conforme a todos los argumentos expuesto líneas arriba no resulta procedente la solicitud presentada por el interesado de modificar los términos de referencia (minuta) respecto de la cláusula penal y cláusula penal de apremio y el procedimiento para su aplicación.

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

2. **De:** German Aldana [<mailto:galdana@avora.co>]  
**Enviado el:** martes, 2 de mayo de 2017 2:44 p. m.  
**Para:** DE CERO A SIEMPRE  
**CC:** Juan Pablo Gomez; Cesar Prada  
**Asunto:** Observación CONVOCATORIA N° PAF-DPR-O-021-2017

*“Nos gustaría que se analizara lo que se establece en el numeral 2.1.1. Que establece:*

*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:*

*6. Término de constitución: Que la persona jurídica se encuentre constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria.*

*En lo referente al requisito exigido para acreditar existencia y representación legal de cinco (5) años, consideramos que el mismo se constituye como un factor limitante frente a la realidad económica colombiana, la cual ha vivido en los últimos cuatro años un aumento significativo en la creación de empresa e inversión como lo verifican las noticias económicas emitidas en los últimos años.*

*Solicitamos a su organización se modifique el numeral 2.1.1, disminuyendo los años de creación de la sociedad o sucursales de 5 años a 4 años, de forma que no se convierta el tiempo de constitución en un óbice para la participación de nuevos empresarios colombianos y extranjeros, cuyas sociedades cuentan con todos los requisitos establecidos en la convocatoria, y los cuales pueden cumplir con todas las obligaciones jurídicas, financieras y técnicas del proyecto en desarrollo*

*Igualmente teniendo en cuenta que las entidades financieras se toman entre 4 y 5 semanas de estudio para la aprobación de cupos de crédito, solicitamos que se modifique la fecha de cierre, dado que se pueda cumplir con los tiempos exigidos por las entidades financieras.”*

## **RESPUESTA ENTIDAD**

En atención a la observación presentada por el interesado, en lo que concierne 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, necesaria en atención a la idoneidad de la persona jurídica y un ejercicio mínimo de su actividad a contratar como persona jurídica, que garanticen la ejecución adecuada del proyecto conforme al objeto a contratar y el riesgo asociado a su ejecución. En consecuencia, no se modificará este requisito.

En lo atinente a la modificación de la fecha de cierre de la convocatoria, la Entidad se permite informarle que la misma no resulta procedente, por cuanto el día 21 de abril de 2017 se dio apertura a la convocatoria del asunto, momento desde el cual se dio público conocimiento de los requisitos y exigencias a acreditar por parte de los interesados.

Así las cosas, se considera que el tiempo transcurrido entre dicha fecha y la fecha prevista para el cierre de la presente convocatoria, ha sido el suficiente para que los proponentes adelanten las gestiones que fueren del caso y que se encuentran encaminadas a estructurar su oferta.

En razón a lo anterior, no se acoge la solicitud .

Para constancia, se expide a los tres (3) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017).

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