



11.

Fusagasugá, 2021- 08- 19

Doctora

JENNY ALEXANDRA PEÑALOZA MARTINEZ

Jefe de Compras

UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA

Asunto: Respuesta a observaciones a los términos de la Invitación N° 015 de 2021, cuyo objeto es: "ACTUALIZACIÓN, FORTALECIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA WLAN DE LA UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA EXTENSIÓN CHÍA"

Respetada Doctora,

En atención a las observaciones jurídicas presentadas por la empresa TIGO según validación allegadas al correo electrónico institucional de la Oficina de Compras, y conforme al soporte técnico recibido por correo electrónico por parte de la Dirección de Sistemas y Tecnología, esta Dirección Jurídica dará respuesta a las observaciones de su competencia de la siguiente forma:

1. Teniendo en cuenta el objeto del proceso (prestación de servicios), se solicita modificar el numeral, toda vez que el personal empleado para la ejecución del contrato debe ser escogido la autonomía del proveedor en cuanto a escogencia, retiro, rotación, modificación del mismo. Garantizando siempre la correcta ejecución del contrato y calidad del servicio, como empresa experta en el tema.

Respuesta:

No se acoge la presente observación teniendo en cuenta que la información que brindara el oferente se realizara bajo el análisis del puesto a ocupar por el profesional designado, proporcionando la descripción de las tareas, las especificaciones humanas y los niveles de desempeño que requiere el puesto a ocupar; los candidatos con los que debe contar a nivel profesional, deben ser expertos en el tema y bien calificados para llenar las vacantes disponibles, constituyendo la situación ideal del proceso y lo que se solicita.

Así las cosas, la selección de personal y su selección, se debe dar a candidatos que cumplan con los requisitos mínimos que el cargo o perfil profesional exige. El objetivo específico de la selección es la escogencia y clasificación de los candidatos más idóneos para un cumplimiento total del propósito para el cual fue contratado y en este caso, el que va tener una responsabilidad implícita y va conocer el proyecto de principio a fin, asegurando con esto una buena ejecución contractual para las partes.

2. Se solicita indicar que el contratista será responsable por los daños que se causen por su responsabilidad y que esta se encuentre debidamente probada.

Respuesta:

No se acoge la presente observación teniendo en cuenta que la obligación menciona:

Asumir los daños que se causaren por la ejecución de los trabajos sobre infraestructura civil, tecnológica o de servicios de las áreas intervenidas.

A este nivel, esos daños, si se llegaran a presentar deben ser solventados por el contratista, ya que el factor probatorio quedaría relegado, teniendo en cuenta que los únicos responsables de la ejecución del proyecto, son los adjudicatarios y ellos tendrían total control de las situaciones que se presenten en la zona.

3. De manera respetuosa se solicita a la entidad la exclusión de las cláusulas excepcionales relativas a caducidad, terminación, liquidación e interpretación unilateral, teniendo en cuenta que es un contrato interadministrativo, no siendo posible el establecimiento de facultades excepcionales, prevaleciendo la calidad pública de las partes, en razón de lo cual se encuentran en las mismas condiciones para contratar. De forma adicional es importante indicar que interpretar en forma contraria sería desconocer el principio de igualdad, al consagrar prerrogativas unilaterales a favor de una sola de las partes del contrato, conforme lo establecido en el artículo 28 de la ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Constitución Nacional. Téngase en cuenta además que por expresa disposición del



parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 " En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".

Asimismo, con respecto a las cláusulas de multas y penal: Se solicita a EL CLIENTE no incorporarlas al contrato. En caso que no se acepte esta solicitud se sugiere a EL CLIENTE que la misma solo será aplicable cuando exista fallo de autoridad judicial o administrativa competente, o el juez del contrato que decreta que efectivamente se presentó el incumplimiento, pues la imposición de cualquier penalidad no debe ser a través de un procedimiento impuesto por una de las partes, ya que no es equilibrado que la entidad contratante se reserve la facultad de determinar si existe o no un incumplimiento.

Respuesta:

No se acoge la presente observación teniendo en cuenta que el régimen de contratación de las Universidades Oficiales, excepcional a la ley 80 de 1993, se funda en que el artículo 69 apropia la garantía universitaria: "Se garantiza la autonomía Universitaria. Las Universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

"La ley establecerá un régimen Especial para las universidades del Estado". Así las cosas, las universidades son concebidas como comunidades autorreguladas, que obviamente deben observar unos marcos legales y los límites que se les impone, amén de sostenerse a la vigilancia estatal. Por eso la ley 30 de 1992 "Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior" acuña la institución de la autonomía y establece:

"Artículo 57. Las Universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculado al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo. (...)

El carácter especial del régimen de las Universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley (...)."

La Universidad de Cundinamarca atendiendo dicha autonomía contractual, expidió la Resolución No.206 de 2012 "Por la cual se expide el Manual de Contratación de la Universidad de Cundinamarca", en la que regulo de manera expresa en su artículo 29, lo siguiente:

"CLAUSULAS EXCEPCIONALES: La Universidad de Cundinamarca podrá incluir en las ordenes contractuales, convenios y contratos que celebre, las cláusulas excepcionales al derecho común, de caducidad, penal pecuniaria y multas, así como los principios de modificación, interpretación y terminación unilaterales.

En caso de incumplimiento parcial o total por parte del Contratista de las obligaciones adquiridas contractualmente con la Universidad de Cundinamarca, ésta dará aplicación a las cláusulas excepcionales pertinentes siempre y cuando se encuentren pactadas, siguiendo este procedimiento:

PARÁGRAFO: IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. La Universidad de Cundinamarca podrá declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en la orden contractual convenio o contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...)

Respecto al valor de las multas, solo serán tazadas en caso de un eventual incumplimiento, y la tasación solo dependerá del tipo de incumplimiento por tanto no es posible hacer una tasación de manera previa.

Lo anterior permite hacer ver que si bien en el estatuto general de contratación (Ley 80 de 1993), excluye a las entidades de naturaleza pública de ser establecidas la utilización de las cláusulas excepcionales, sin embargo, el Estatuto General de Contratación de la Universidad de Cundinamarca no hace distinción alguna al respecto, pues no excluye a los contratos interadministrativos de las cláusulas excepcionales.



4. Teniendo en cuenta que nuestra oferta podrá revelar información de carácter confidencial sobre nuestro modelo de negocio, solicitamos que el acuerdo sea bilateral.

Respuesta:

El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del oferente que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y el derecho de acceso se extiende a lo que constituye esa parte de la oferta presentada.

En Colombia, la información confidencial no está regulada por una norma. Su contenido, alcance y regulación contractual está desarrollado en parte por la Decisión 486 de la Comunidad Andina, en el artículo 260, y por un grupo de resoluciones de la SIC cuando se ha pronunciado sobre la conducta de competencia desleal de violación de secreto empresarial.

Información confidencial se puede entender como un grupo de conocimientos o información reservada. El artículo 260 de la Decisión 486 define al secreto empresarial como “cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: (i) secreta, (ii) tenga un valor comercial por ser secreta y (iv) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.”

En este sentido, es claro que la definición de secreto empresarial siempre contiene información confidencial, pero no toda información confidencial será secreto empresarial. Por información privilegiada se puede entender toda aquella que tiene un contenido profesional dentro de un oficio o profesión y que solo puede ser conocida por ciertas personas en razón de sus funciones y cargo: no necesariamente la información privilegiada es información confidencial.

Por otro lado, la información reservada es toda aquella sobre la cual no se puede hablar y existe un deber de no pronunciarse sobre ella, aunque no necesariamente la misma es confidencial. Así, por ejemplo, un listado plus de clientes o de temas comerciales puede ser información confidencial, los salarios y evaluaciones de los empleados de una compañía información privilegiada y la forma de operaciones interna de una compañía información reservada.

De acuerdo con los pronunciamientos de la SIC, la información que puede ser confidencial es toda aquella que su naturaleza permite serlo y que no entra dentro del ámbito de la naturaleza pública. En este sentido, las partes en un contrato no podrán nombrar como confidencial información cuya naturaleza es pública. Tampoco se podrá señalar en un contrato que habrá confidencialidad sobre un secreto empresarial si el mismo no está constituido como tal. También ha dicho la SIC, que las partes no vuelven una información secreto empresarial por el solo hecho de pactarlo en un contrato.

La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros, en todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de la adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del oferente descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar los recursos pertinentes.

En ese orden de ideas no es acogida su solicitud por lo anteriormente mencionado.

5. Se solicita amablemente a la entidad bajar los porcentajes de las pólizas de esta manera: Cumplimiento: 10%, Calidad del Servicio: 10%, Calidad de los bienes: 10%, Responsabilidad Civil Extracontractual: 10%, estos son los porcentajes utilizados en el mercado para esta clase de contratos y un mayor cubrimiento acarrearía un mayor costo que elevaría el valor de las ofertas que recibiría su entidad.

Respuesta:

No se acoge la presente observación referente al tema del porcentaje de las garantías de cumplimiento y calidad, esto teniendo en cuenta la Resolución 206 del 27 de noviembre de 2012, en su artículo 28 y de conformidad con el acuerdo 012 del 27 de agosto de 2012 en su artículo 15, donde se fijan las pautas para determinar los porcentajes de aseguramiento.



Así las cosas, los porcentajes de capacidad de los amparos se calculan de manera individual por cada amparo, y estos no son sujetos a ser acumulados uno respecto del otro, en otras palabras, el % de capacidad amparable se mide por % del monto asegurado por cada amparo, y no sumando todos los amparos.

6. Se solicita respetuosamente al CLIENTE no exigir la firma del representante legal o apoderado de UNE de la póliza, el certificado y/anexos que hacen parte de la misma que se constituye a favor del CLIENTE (Beneficiario) en la medida que conforme a lo dispuesto en los Artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, el contrato de seguro es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, por lo cual para su perfeccionamiento solo se requiere del acuerdo de voluntades entre las partes (Tomador y Asegurador) y de manera expresa solamente la firma del Asegurador.

Respuesta:

Se acepta la solicitud, para resolver lo solicitado en la presente observación, se pone a consideración lo precisado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 28032016 (05001310300320080003401) M.P. Fernando Giraldo, en la que dispuso que Según el artículo 1036 del Código de Comercio, subrogado por el 1° de la Ley 389 de 1997, el contrato de seguro es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, de ahí que para su perfeccionamiento solo se requiere del acuerdo de voluntades entre las partes.

La alta corporación recordó así mismo que el documento donde obran las estipulaciones pactadas puede o no tener la firma del tomador, sin que la falta de la misma conlleve a la invalidez del acuerdo o un disentimiento de este con su contenido, ya que por lo general corresponden a formularios pre impresos con un propósito netamente demostrativo de los puntos que fueron conocidos desde un comienzo por los involucrados.

Esto quiere decir que el hecho de adquirir una póliza es un consentimiento tácito de adquirir el seguro y así lo confirmo Colombia Compra Eficiente en la que al resolver una consulta afirmo que la firma del tomador no afecta la existencia ni la validez del seguro de cumplimiento.

Lo anterior permite decir que, con el fin de guardar armonía jurídica con lo dispuesto en el Código de Comercio, se accederá a lo solicitado en el cual se procederá a suprimir tal requisito de la póliza de seriedad de la oferta en la que se exige que la misma deba estar firmado por el proponente.

Conforme a lo expuesto se procederá a generar una adenda en la que se suprima tal requisito.

Cordialmente,

CLAUDIA VIVIANA SANCHEZ SERNA
Directora Jurídica
UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA

Proyectó: Hendrich F. Vargas

11-15.1