

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

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

**CONVOCATORIA N° PAF-ATF-I-016-2017**

**OBJETO: CONTRATAR LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA DEL PROYECTO “CONSTRUCCIÓN PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO FASE II Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE OPORAPA – HUILA**

**FECHA DE PUBLICACIÓN: 09 DE MARZO DE 2017.**

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo II Subcapítulo I 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 anexos y cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, hasta el día seis (06) de marzo de dos mil diecisiete (2017). En dicho periodo se presentaron observaciones por parte de los interesados a las cuales se procederá a dar respuesta a través del presente documento, en los siguientes términos:

- 1.- **De: Sandra Paola Gonzalez Sandoval [mailto:pgonzalez@concol.com]**  
**Enviado el: lunes, 6 de marzo de 2017 7:54 p. m.**  
**Para: GRUPO DE INFRAESTRUCTURA PARA LA CONTRATACION DE ASISTENCIA TECNICA**  
**Asunto: CONVOCATORIA N° PAF-ATF-I-016-2017 - Observaciones Términos de referencia**

*“...De manera atenta nos permitimos realizar las siguientes observaciones al proceso del asunto:*

1. *Revisada la minuta del contrato, la cláusula Vigésimo Segunda establece:*

*“CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA. - CLÁUSULA PENAL: Para el caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, las partes convienen que éste pagará a la CONTRATANTE, a título de pena, la suma equivalente al veinte (20%) del valor total del contrato que se esté ejecutando, para tal fin facultan a la CONTRATANTE para que haga efectiva la cláusula penal. La pena aquí estipulada no constituye una tasación anticipada de perjuicios, por lo que LA CONTRATANTE podrá exigir del CONTRATISTA la indemnización total de los perjuicios causados”.*

*Al respecto amablemente solicitamos a FINDETER modificar el texto en negrilla en el sentido de exigir al contratista la indemnización de perjuicios en el monto restante no cubierto por la cláusula penal pagada.*

2. *De acuerdo al numeral 2.8. EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO entendemos que el personal solicitado, sus hojas de vida y los soportes de formación profesional y experiencia deben ser presentados por el adjudicatario del contrato. Es correcta nuestra apreciación?...”*

## RESPUESTA ENTIDAD

1.- Frente al primer numeral de la observación propuesta, 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 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
- 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, la naturaleza que se le brinda a la cláusula penal dentro de la minuta contractual del proceso del asunto, no tiene la connotación de ser una tasación anticipada de perjuicios, pues con fundamento en el artículo 1600 del Código Civil, esta comprende en su naturaleza ser una sanción pecuniaria por el incumplimiento del contratista, de modo que no procede su solicitud de establecer la exigencia al contratista la indemnización de perjuicios por el monto restante no cubierto por la cláusula penal pagada.

**2.-** Atendiendo a la observación presentada por el interesado, la Entidad se permite informarle que, la apreciación es correcta, una vez culmine el proceso de la presente convocatoria teniendo como resultado un solo adjudicatario quien para tales efectos se denomina Contratista, tal como se establece en los términos de referencia numerales 2.8 “Experiencia Específica del Personal Mínimo Requerido”, el Contratista deberá entregar a la Supervisión de la Contratante, dentro de los Cinco (5) días siguientes a la publicación del acta de selección, las hojas de vida y los soportes de formación profesional y experiencia, los cuales relaciono en el Anexo No. 1 de su propuesta y contemplo en su oferta económica, toda vez que el Supervisor verificará y validará el cumplimiento de los requisitos mínimos o superiores a estos, como requisito previo para suscribir el acta de iniciación del contrato.

El presente informe se expide a los nueve (09) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017).

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