

Medellín, 7 de octubre de 2019

Doctor
WILMER FERNANDO PEÑA
Director Comercial Gobierno
FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A.

Asunto.

Respuesta observaciones al de pliego de condiciones LICITACION PUBLICA 01
2019

1. Caducidad - Terminación, Modificación e Interpretación Unilateral.

Solicitamos la eliminación de los numerales 5.5 y 5.6 sobre Caducidad e Interpretación, modificación y terminación unilateral, respectivamente, toda vez que estas Cláusulas excepcionales solo es obligatoria su inclusión en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal, como los contratos de prestación de servicios públicos, los de explotación, y concesión de bienes del estado, y los contratos de obra. Sobre el particular con ponencia de la Consejera Olga Nélide Valle de la Hoz del trece (13) de mayo dos mil quince (2015) de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dicha Corporación manifestó lo siguiente en relación con las cláusulas de terminación, interpretación, modificación unilateral y de caducidad:

"(...) No obstante, no todos los contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993 incorporan estas cláusulas. En realidad sólo es posible en seis de ellos, de los cuales cuatro, obligatoriamente, deben incluirlas, y en caso de que no lo hagan se entienden pactadas. La doctrina, en esta circunstancia específica, las denomina cláusulas virtuales. Esos contratos, según el numeral segundo del art. 14 de la ley 80, son:

"2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (...)

"En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente." (Negritas fuera de texto)

Sin embargo, en otros dos contratos la ley admite la posibilidad de pactar estas cláusulas, de manera que en esta hipótesis si no se pactan no se entienden incluidas en el convenio, luego su estipulación no es virtual, sino que tiene que ser expresa. El fundamento normativo de esta circunstancia está en el inciso segundo, del numeral segundo, del art. 14 de la ley 80, según el cual: "Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios."

Del mismo modo, el artículo 14 también establece que en otro grupo de contratos no se pueden pactar las cláusulas excepcionales, por razones que seguramente varían de un contrato a otro, pero que en común tienen el hecho de que el legislador prohíbe que el régimen de la exorbitancia opere en ellos. El párrafo de esta norma dispone:

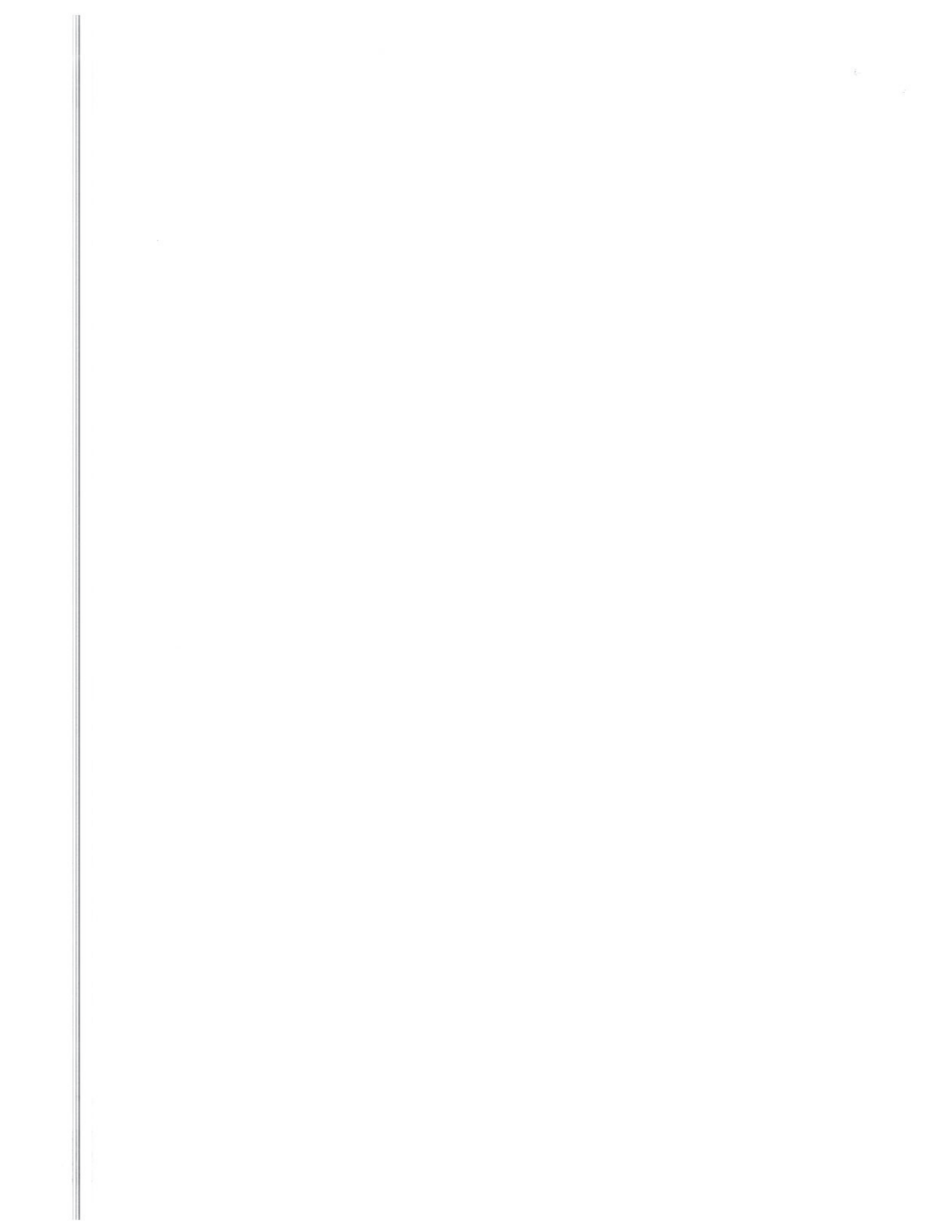
"PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales 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."

Finalmente, existe un grupo o conjunto de contratos que no pertenece a ninguno de los tres relacionados. Se trata de cualquier otro negocio jurídico, es decir, de los no enunciados hasta ahora -por ejemplo: la interventoría, la compraventa, la permuta, etc.- sobre los cuales surgió la duda, entre los operadores jurídicos, acerca de si era posible pactar en ellos las cláusulas exorbitantes, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad, que también rige en materia contractual, en virtud de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80. El Consejo de Estado respondió la inquietud en la sentencia de noviembre 30 de 2006 -Sección Tercera. Exp. 30.832- la cual consideró que los poderes excepcionales sólo se pueden pactar y ejercer en los contratos autorizados por la ley; si ella no lo hace entonces las partes no pueden convenirlos, porque necesitan cobertura legal. (...)

De lo anterior puede concluirse que los contratos de fiducia pública no se encuentran dentro de la lista de los citados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, razón por la cual las entidades públicas no podrían pactar la cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato y caducidad.

Respuesta: se acepta la observación.

2. Numeral 6.1.4 Rentabilidad sobre el Patrimonio: Con el objetivo de garantizar la pluralidad de oferentes, agradecemos respetuosamente establecer éste indicador en "mayor o igual a 9%".



Respuesta: Su observación no procede y por tanto queda como se estipulo en los pliegos de condiciones.

3. **Cálculo Actuarial:** Entendemos que para aquellos casos en los cuales el oferente no incluya dentro de su propuesta comercial la elaboración, depuración y validación del cálculo actuarial, el mismo será realizado anualmente por la Lotería de Medellín con sus propios recursos y no se deberá pagar por el mencionado servicio con cargo a la comisión fiduciaria. Favor confirmar.

Respuesta: El proponente que se comprometa a actualizar el cálculo actuarial, depurarlo y validarlo obtendrá 100 puntos, para lo cual deberá realizar un compromiso de cumplir con esta obligación.

En tal sentido si cuenta con su capacidad operativa, lo hará directamente, de lo contrario lo hará con un externo, y dado que, la lotería asignará un puntaje en la evaluación por este concepto no reconocerá costo alguno por el compromiso de la fiduciaria de realizar la actualización, depuración y validación ante la entidad competente el cálculo actuarial.

Por ello, se dará a conocer el cálculo actuarial que posee la entidad con corte a 31 de Diciembre de 2018.

Atentamente,



JUAN ALBERTO GARCÍA GARCÍA
Subgerente Financiero



JUAN ESTEBAN ARBOLEDA JIMÉNEZ
Secretario General



RAFAEL MALDONADO CUARTAS
Profesional universitario



ELIZABETH MARULANDA OSPINA
Profesional Universitaria