

Bogotá , Septiembre 12 de 2012

Señores

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR

Grupo de contratos

Bogotá D.C.

Referencia: Selección abreviada de menor cuantía **DNDA 035 DE 2012**

De acuerdo con lo contemplado en el cronograma del proceso, nos permitimos remitir las siguientes observaciones al prepliego de condiciones del proceso citado en referencia:

1.numeral 5.1.11.certificado de inscripción en el registro único de proponentes (rup): Solicitamos amablemente se modifique lo correspondiente a la clasificación del CIUU lo anterior ya que están solicitando para intermediación de seguros y no compañía de seguros

2. Indicador de crecimiento EBITDA: solicitamos amablemente se modifique el resultado de dicho indicador, en el sentido de exigir que sea positivo, y no se exija determinado crecimiento ya sea porcentual o relativo

3. numeral 7.4.1. “mecanismo de cobertura del riesgo”. Con respecto a lo solicitado en dichos numerales nos permitimos informar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.1.8 del Decreto 0734 de 2012, en los contratos de empréstito, en los interadministrativos y de seguro, objeto este último de la Convocatoria Publica, no es obligatoria la exigencia de mecanismos de garantía para amparar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones contractuales, razón por la cual solicitamos se elimine la exigencia de constituir garantías de Cumplimiento, Calidad del servicio, salarios, prestaciones e indemnizaciones en la etapa contractual, Sugerimos respetuosamente solamente se exija a los proponentes la Garantía de Seriedad de Oferta.

4. Solicitamos que la experiencia exigida a los proponentes aclare el monto a certificar ya que en letras se establece como un mil millones y en número \$100.000.000, es indispensable se tenga esta claridad para establecer si la aseguradora cumple con los requerimientos del pliego.

5 Solicitamos se revise la estructuración del pliego en cuanto a la conformación de los grupos y los presupuestos, es importante decir que el valor de presupuesto debe corresponder por ramo dentro de un mismo grupo y no como la entidad publicó, donde se expresa un presupuesto para autos , soat y manejo y estos ramos pertenecen a dos grupos diferentes, si revisamos a la luz de la evaluación, no tendría la entidad criterio para establecer si un proponente excedió el total del presupuesto.

6.Solicitamos nos suministren la siniestralidad con corte a 30 de Agosto de 2012 para todos los ramos de la presente contratación indicando causa y monto indemnizado.

7.Solicitamos nos suministren las condiciones técnicas y los anexos con valores asegurados en Excel permitiendo que de esta manera sea más expedito nuestro trabajo de análisis y preparación de oferta de acuerdo con la exigencia de la entidad de diligenciar los formatos del pliego.

8.Suministrar la relación de valores asegurados por cada ramo de la presente contratación.

9.Solicitamos publicar el borrador de la minuta del presente proceso de contratación ajustado.

10.Solicitamos se aclare el inicio de la vigencia de las pólizas del presente proceso de contratación.

11.Solicitamos suministrar vencimiento de los Soat pOr vehiculo.

12.Solicitamos Suministrar las condiciones técnicas obligatorias y complementarias con anexos de valores y publicados en Excel

13. De la minuta del contrato: “Vigésima Segunda, Causales de terminación” solicitamos eliminar la siguiente expresión **por declaración de caducidad**, Comedidamente les solicitamos excluir de la minuta del contrato, para el programa de seguros de la referencia, las cláusulas excepcionales como son las de caducidad o terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral del contrato de seguros, con fundamento en la razones de derecho y jurisprudenciales que a continuación se expresan:

1. PROHIBICION DE LA LEY 80/93

No es procedente legalmente que las cláusulas excepcionales aparezcan en los pliegos de condiciones y en el posterior contrato de seguro, de acuerdo con lo previsto en el párrafo del numeral 2, del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el cual no fue modificado por las Ley 1150 de 2007.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que no fue modificado por la Ley 1150 de 2007, regula el régimen de las cláusulas excepcionales, clasificando de manera taxativa: i) aquellos contratos en los que es obligatoria la inclusión de dichas cláusulas, ii) los contratos en donde es facultativo de la entidad y iii) contratos en donde por expresa disposición se deben excluir.

Contratos Excluidos.

Señala el citado párrafo 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**”.*

Como se puede observar la misma Ley 80/93 dispone que en los contratos de seguros, no es procedente la aplicación de cláusulas exorbitantes o excepcionales.

Adicional a lo anterior, es necesario advertir que conforme con lo dispuesto en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, **so pena de ineficacia de la estipulación respectiva**". (Negrillas nuestras), y mal podrían pactarlas por cuanto resultan contrarias a disposiciones de índole legal cuya observancia es imperativa.

Esta fue la intención del legislador desde la misma creación de la norma cuando en la exposición de motivos expuesta ante el Congreso de la República y a propósito de la excepción de pactar este tipo de cláusulas señaló:

“Se trata, entonces, de aquellos contratos en que la actividad del contratista no se encuentra vinculada directamente con la prestación de un servicio público o cuando el contrato no tiene por objeto una prestación de utilidad pública. Si bien el Estado puede realizar actividades comerciales e industriales, éstas no constituyen funciones estatales strictu sensu. Los fines "específicos" del Estado no son civiles, comerciales o industriales, científicos o tecnológicos; estos últimos no constituyen fines estatales específicos, ya que habitualmente implican o representan actividades propias de los particulares. Pues bien, no se incluirán las cláusulas excepcionales al derecho común en los contratos relacionados con las actividades civiles, comerciales o industriales del Estado, tales como la mayoría de los contratos regulados por el Código Civil o Código de Comercio (comodato, transporte, cuenta corriente, corretaje, etc.).

2. LO DISPUESTO POR LA JURISPRUDENCIA

La propia jurisdicción de lo contencioso Administrativo y el Ministerio Público en cabeza de la Procuraduría General de la Nación se han referido a este tema en el sentido que aquí se expone.

El Honorable Consejo de Estado, sección tercera, mediante sentencia No Radicación 30832 de noviembre 30 de 2006, Magistrado Ponente Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, manifiesta que no es posible legalmente pactar cláusulas exorbitantes o excepcionales en los cuales la ley no autoriza la inclusión de dichas cláusulas, como lo es el contrato de seguros que celebran las Entidades Estatales para asegurar sus propios bienes y demás intereses patrimoniales

De otra parte, con base en los fundamentos aquí explicados, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de actos administrativos proferidos por entidades públicas en ejercicio de facultades exorbitantes, sustentando la falta de competencia funcional para pactar y proferir este tipo de decisiones en un contrato de seguros.¹

De otro lado la Procuraduría General de la Nación en su papel de Ministerio Público ha recogido la misma tesis solicitando la nulidad de actos que aplican facultades excepcionales. Sobre el particular la Procuraduría ha afirmado:

“Como ya se anticipó, esta Delegada, solicitará la confirmación del fallo impugnado, en atención a que encuentra demostrado el vicio de falsa motivación e incompetencia de la E.P.S. Convida para decretar mediante los actos administrativos hoy atacados la caducidad de los contratos celebrados, en virtud de que la inclusión de dicha estipulación

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sentencia del 10 de febrero de 2004. Expediente 2000-1635. Demandante: Compañía de Seguros Atlas de Vida S.A. en Liquidación vs. E.P.S. Convida



está prohibida en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales conforme al parágrafo del artículo 14 del estatuto contractual, lo que conllevará la anulación de los actos atacados y por lo cual este despacho no ve la necesidad de estudiar los demás cargos anulatorios estimados por la demandante.²

Esta fue la intención del legislador desde la misma creación de la norma cuando en la exposición de motivos expuesta ante el Congreso de la República y a propósito de la excepción de pactar este tipo de cláusulas señaló:

Conclusión

Por lo expuesto consideramos que las cláusulas excepcionales contenidas en pliego de condiciones y en la minuta del contrato deben ser excluidas (toda vez que la ley no puede ser interpretada mas allá de su tenor literal), y el pacto de este tipo de cláusulas en un contrato de seguros desnaturaliza no solo el objeto del contrato de seguros, sino que atenta contra la libertad de contratación propia del Código de Comercio tratándose de este tipo de contratos.

Esta potestad de la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos de seguros, no está consagrada por la ley, por el contrario, esta prohibida y por lo tanto no puede ejercerse arbitraria o caprichosamente por determinada entidad del Estado. Es mas tampoco se puede pactar, recurriendo al convenio voluntario de las partes; situación que tampoco es procedente por expresa prohibición legal.

De Ustedes con todo respeto,

CESAR AUGUSTO NÚÑEZ VILLALBA

Representante legal
Liberty seguros S.A

² Concepto No. 04-161 del 29 de octubre de 2004 proferido por la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado.

