

ADENDA No. 2 A LA INVITACIÓN PÚBLICA

1. JUSTIFICACIÓN PARA LA EXPEDICIÓN DE LA PRESENTE ADENDA

El Artículo 94 de Ley 1474 de 2012, adiciona el Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, incluyendo como una de las Modalidades de Selección la Contratación de Mínima Cuantía, reglamentada a su vez por el Decreto 0734 de 2012, procedimiento a través del cual las Entidades Públicas pueden escoger sus contratistas, cuando el valor de la contratación no exceda el 10% de la Menor Cuantía de la entidad.

Ni en la Ley 1474 de 2012, ni en el Decreto 734 de 2012, se establece un procedimiento específico para realizar modificaciones al documento que contiene las condiciones de participación, esto es la Invitación Pública. Así las cosas, acudimos a la regla general establecida para las demás causales de selección – *en beneficio del proceso y de los interesados* –, esto es, llevar a cabo modificaciones al documentos rector del proceso, a través de Adendas.

El día treinta (30) de octubre se recibieron observaciones, por parte de la firma Liberty Seguros S.A., solicitando:

“Comendidamente 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. PROHIBICIÓN 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 parágrafo 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 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**”.*

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:

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

*"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 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"

Seguidamente TRANSCARIBE S.A., mediante documento publicado en debida forma dio respuesta a las observaciones presentadas y acogió las consideraciones presentadas por el observante, debiendo eliminar por tanto el numeral 6.6. de la Invitación Pública del proceso, relativo a la inclusión de cláusulas exorbitantes.

- 2. SE ELIMINA EL NUMERAL 6.6 DE LA INVITACIÓN PÚBLICA DEL PROCESO DE MÍNIMA CUANTÍA No. 005 CUYO OBJETO ES LA EXPEDICIÓN DE UNA PÓLIZA QUE AMPARE LOS PERJUICIOS O DETRIMENTOS PATRIMONIALES CAUSADOS A TRANSCARIBE S.A. Y/O A TERCEROS; RELATIVA A LA INCLUSIÓN DE LAS CÁUSULAS EXHORBITANTES AL INTERIOR DEL CONTRATO.**

Dado en Cartagena D.T. y C., a los Un (1) días del mes de Noviembre de 2013.-

Fin del documento.-

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