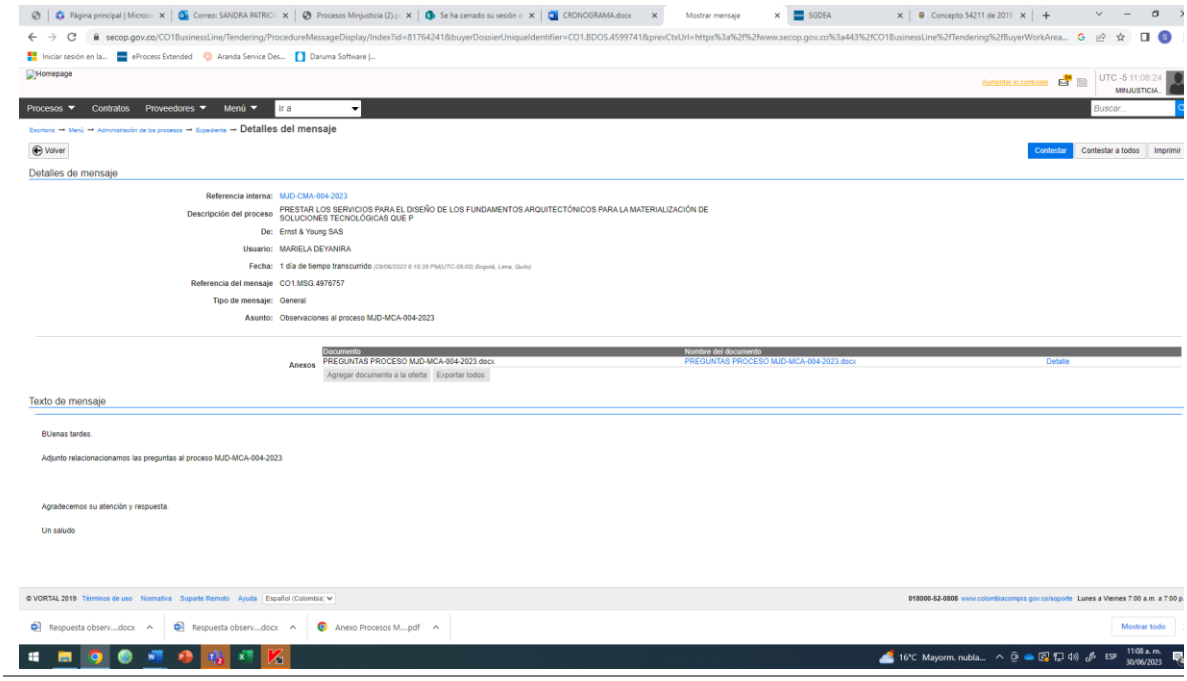
RESPUESTAS A OBSERVACIONES JURÍDICAS FORMULADAS AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DEL CONCURSO DE MÉRITOS MJD-CMA-004-2023

Objeto: Prestar los servicios para el diseño de los fundamentos arquitectónicos para la materialización de soluciones tecnológicas que permitan la Transformación Digital para el proceso de formulación y seguimiento de proyectos normativos y el proceso de acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y el Derecho.

OBSERVANTE: ERNST & YOUNG SAS



OBSERVACIÓN 27:

Amablemente, agradecemos a Ministerio compartir la minuta del contrato que regularía la relación entre las partes. Lo anterior con la finalidad de revisar su contenido y poder garantizar su cabal cumplimiento. En todo caso, y en el evento en el que no se comparta la minuta del contrato entenderemos que existirá una oportunidad posterior para la revisión y su negociación.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Respuesta: Se acepta la observación y se publicará en Secop II el formato clausulado del contrato junto con el pliego de condiciones definitivo.

OBSERVACIÓN 28:

Considerando que dentro del proceso de selección se exige la constitución de garantía de seriedad de la oferta y que, con la suscripción de la carta de presentación, se aceptan las condiciones contractuales y nos obligamos a su ejecución, respetuosamente solicitamos al Ministerio establecer un plazo para la revisión y observación del contrato.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Respuesta: Se publicará en Secop II el formato clausulado del contrato junto con el pliego de condiciones definitivo, adicionalmente en el cronograma del proceso se establece el plazo para firma del contrato una vez adjudicado el proceso. Adicionalmente se precisa que las condiciones de la minuta son las contempladas en el estudio previo, pliego de condiciones y demás documentos que forman parte integral del mismo, por tanto, los proponentes tienen conocimiento de las mismas.

OBSERVACIÓN 29:

Entendemos que en razón a la naturaleza de los servicios a contratar, para el presente proceso de selección no habrá lugar a la obligación de vincular para la ejecución del contrato, a personas identificadas como beneficiarias del Decreto 380 de 2015, que correspondan a personas naturales vulnerables, marginadas y/o excluidas de la dinámica productiva de la ciudad, con edad para trabajar, beneficiarias de procesos de formación para el trabajo adelantados por las entidades y organismos del Distrito Capital en los términos del decreto distrital. Amablemente solicitamos confirmar nuestro entendimiento.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Analizada la observación, se aclara que la referida política le es aplicable a las entidades distritales, en consecuencia y teniendo en cuenta que el ministerio es una entidad de orden nacional, no es sujeto de aplicación del Decreto en mención.

Se confirma que para el presente proceso de selección no habrá lugar a la obligación de vincular para la ejecución del contrato, a personas identificadas como beneficiarias del Decreto 380 de 2015 “Por el

cual se formula la Política de Trabajo Decente y Digno de Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones",

OBSERVACIÓN 39:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.6. (sanciones por incumplimiento) del capítulo V (descripción del bien o servicio a contratar) del proyecto de pliego: "• *CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: A. En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento total de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO podrá hacer efectiva la presente cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, a título de pena la cual se tendrá como estimación y pago anticipado y parcial de los perjuicios causados al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (…)*". Amablemente solicitamos al Ministerio, eliminar del texto del citado texto, lo relativo a la declaratoria de caducidad.

Al respecto, es importante indicar que de conformidad con los artículos 14 y 40 de la Ley 80 de 1993, así como reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, no es procedente la inclusión de dichas cláusulas excepcionales en los contratos de consultoría por las siguientes, entre otras razones:

Si se analiza bien, el artículo 14 de la ley 80 no incluye al contrato de consultoría como uno de aquellos en los que se deba incluir, pueda pactar o esté prohibido incorporar cualquiera de las cláusulas excepcionales o exorbitantes que si se permiten para otro tipo de contratos. El referido artículo indica:

> "*: 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. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente. 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*."

Frente a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado, así como su sección tercera, han reiterado en la improcedencia de incluir y hacer efectivas las cláusulas exorbitantes o excepcionales en contratos diferentes a los que el legislador ha señalado, pues, de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de legalidad que informa y regla la actividad de la administración toda vez que se requiere habilitación legal para ejercer tal potestad y que, como se observa de la lectura del artículo 14 citado, no existe. Al respecto, en

sentencia de fecha 13 de febrero de 2013, con número de radicación **76001-23-31-000-1999-02622-01(24996)** indicó:

> *"(…) se tiene que en los contratos de Consultoría no resulta legalmente válida la inclusión de cláusulas excepcionales, puesto que –bueno es reiterarlo– el numeral 2º del artículo 14 de la citada Ley 80 determina con total precisión y claridad cuáles con los únicos eventos en los que la inclusión de tales cláusulas resulta forzosa u obligatoria (i.- Contratos que tengan por objeto el desarrollo de una actividad que constituya monopolio estatal; ii.- Contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio público; iii.- Contratos de obra y iv.- Contratos que tengan por objeto la concesión o explotación de bienes del Estado), así como precisó también cuáles son los únicos contratos en que se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales de manera facultativa (suministro y prestación de servicios), sin que los contratos de Consultoría correspondan a alguna de tales categorías, de lo cual se desprende sin la menor hesitación que en ese específico tipo de contratos no está prevista u ordenada la inclusión forzosa y tampoco se autoriza la inclusión facultativa de las mencionadas cláusulas excepcionales*."

Aunado a lo anterior, sobre la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos que no se encuentran mencionados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, expresó la Sección Tercera del Consejo de Estado: "En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales. Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: **¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo?** Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones: De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.

Por lo previamente expuesto, solicitamos respetuosamente se suprima el contenido del citado texto y en ese sentido ajustar la minuta del contrato que regule la relación entre las partes, sin relación alguna a clausulas excepcionales (caducidad).

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Respuesta: Se acepta la observación y se ajustará en el pliego de condiciones.

OBSERVACIÓN 40:

Amablemente solicitamos confirmar el alcance del siguiente texto subrayado, el cual está contenido en la declaración número 12 de la carta de presentación: "*12 Bajo la gravedad del juramento, que se*

*entiende prestado al firmar esta carta manifiesto, **que no me encuentro ni personal ni corporativamente**, ni la sociedad que represento incurso en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en las normas legales, así mismo señalo que no me encuentro (o la(s) persona(s) por mi representada(s) no se encuentra(n)) en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República*.".

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Se aclara que el texto citado en el numeral 12 de la carta de presentación, el cual cito: "*12 Bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado al firmar esta carta manifiesto, que no me encuentro ni personal ni corporativamente, ni la sociedad que represento incurso en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en las normas legales, así mismo señalo que no me encuentro (o la(s) persona(s) por mi representada(s) no se encuentra(n)) en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República*.", indica que el oferente debe manifestar bajo la gravedad de juramento que no está incurso en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en las normas legales, sea que se presenta como persona natural, o en calidad de representante legal de una empresa o sociedad.

OBSERVACIÓN 41:

Entendemos que el diligenciamiento y acreditación del formato No. 17 relativo a la autorización expresa para el tratamiento de datos sensibles, únicamente corresponderá si se acreditan criterios de desempate dentro de la propuesta. Por favor confirmar nuestro entendimiento.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Respuesta: Se confirma que el diligenciamiento y acreditación del formato No. 17 relativo a la autorización expresa para el tratamiento de datos sensibles, se acredita para los criterios de desempate en la propuesta.

OBSERVACIÓN 42:

Cordialmente solicitamos incluir las siguientes excepciones al deber de confidencialidad dentro del formato 21 (compromiso de confidencialidad de la información):

> *La obligación de confidencialidad no será de aplicación a la Información (i) que resulte accesible al público por causa distinta del incumplimiento de la obligación de confidencialidad por El Contratista; (ii) que haya sido publicada con anterioridad a la fecha de la firma de este Acuerdo entre las partes; (iii) que sea recibida a través de terceros sin restricciones y sin que implique incumplimiento de este deber de Confidencialidad; (iv) que sea independientemente*

desarrollada por El Contratista sin violar el deber de Confidencialidad, (v) que las Partes convengan por escrito y previamente a su revelación, que está libre de tales restricciones, ó (vi) que deba ser revelada para dar cumplimiento de una orden de naturaleza judicial o administrativa (en cuyo caso El Contratista deberá informar al Ministerio para que adelante los trámites pertinentes para su protección).

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Se acepta parcialmente la observación, en relación con las excepciones *(ii) que haya sido publicada con anterioridad a la fecha de la firma de este Acuerdo entre las partes, (vi) que deba ser revelada para dar cumplimiento de una orden de naturaleza judicial o administrativa (en cuyo caso El Contratista deberá informar al Ministerio para que adelante los trámites pertinentes para su protección).,* teniendo en cuenta que no son ajenas al actual del contratista, las demás excepciones no se aceptan toda vez que el contratista deberá garantizar las condiciones de confidenciales y en el evento de presentarse una situación deberá ser sujeto de revisión y análisis de las partes.

Dada en Bogotá a los 04 días del mes de julio de 2023.

Atentamente,

LIZTH VIVIANA GARCÍA PINZÓN
Coordinadora Grupo de Gestión Contractual

Proyectó: Sandra Cardozo Amaya – Funcionaria GGC