TERCER DOCUMENTO DE RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 SAE 2020

Objeto: *"Constituir una fiducia mercantil para transferir la titularidad de los bienes y recursos líquidos inventariados por las FARC EP; realizar el registro de dichos activos, la productividad de los mismos y los pagos realizados; administrar e invertir los recursos líquidos; hacer los pagos a las víctimas del conflicto armado, celebrar y ejecutar los contratos en cumplimiento de las instrucciones dadas por la entidad designada por el Gobierno nacional como beneficiaria del patrimonio autónomo; y verificar el acto administrativo por medio del cual se ordena el pago a las víctimas del conflicto armado. Lo cual tiene como finalidad la reparación integral de las víctimas del conflicto armado de conformidad con la normatividad vigente."*

La Sociedad de Activos Especiales SAE SAS, procede a dar a conocer las respuestas a las observaciones extemporáneas presentadas, proyectadas por la Gerencia de Proyectos Especiales de acuerdo a la naturaleza de las preguntas, con el fin de garantizar los principios consagrados en la Ley, como el de Transparencia y Libre Concurrencia, permitiendo que los posibles oferentes puedan plasmar una propuesta competitiva para atender a cabalidad lo requerido en los documentos del proceso.

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE FIDUPREVISORA

1. *Revisados las respuestas a las observaciones del pliego de condiciones y la información relacionada en las Adendas, nos permitimos presentar la siguiente observación adicional la cual resulta indispensable para participación en este proceso licitatorio:*

Respetuosamente, insistimos en que los gastos de defensa no podrán ser asumidos por los administradores fiduciarios, ante cualquier situación que instaure un tercero en su contra. Lo anterior, vulnera el principio de separación patrimonial entre los patrimonios autónomos y la sociedad que los administra, consagrado en el artículo 1233 del código de comercio. La constitución de este patrimonio autónomo está afecto a la finalidad para la cual será contratado, de manera que los bienes fideicomitidos solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

La exigencia de la separación de los "bienes fideicomitidos" del resto del activo de las fiduciarias, busca que ese patrimonio no se confunda con el del fiduciario ni con otros patrimonios igualmente constituidos, por ello se constituye como patrimonio autónomo, lo cual debe reflejarse contablemente. Teniendo en cuenta lo anterior es necesario que se establezca que el administrador fiduciario ejercerá la defensa con cargo a los recursos fideicomitidos, pues las fiduciarias no podrán asumir con su propio patrimonio los costos que se deriven por situaciones ajenas a su gestión.

Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el decreto 1535 de 2017, autorizó a la SAE S.A.S a sufragar todos los gastos necesarios para la constitución y funcionamiento del patrimonio autónomo, por lo que será la SAE S.A.S., quien transfiera al patrimonio autónomo el valor correspondiente a los gastos que se requieran para dicha efectuar la defensa del fideicomiso en caso de ser necesario. Dichos gastos deberán ser presentados por la sociedad fiduciaria y autorizados por el Fideicomitente.

RESPUESTA

Se aclara que el plazo para presentar observaciones ya finalizó. No obstante, se ratifica la respuesta dada en el Segundo Documento de Respuestas a las Observaciones Presentadas al Pliego de Condiciones y a la Adenda No. 1 de la Licitación Pública 01 SAE 2020 del 24 de julio de 2020, en los siguientes términos:

Los costos inherentes a la defensa judicial de los bienes fideicomitidos del Patrimonio Autónomo en las actuaciones procesales, administrativas o judiciales que deban adelantarse, tales como los derivados de las conciliaciones prejudiciales (ante la Procuraduría General de la Nación o la respectiva Cámara de Comercio), honorarios de árbitros, secretarios, costos de auxiliares de la justicia, copias, autenticaciones, gastos de administración de los tribunales, así como los gastos de desplazamiento de los funcionarios y representantes judiciales del Patrimonio Autónomo, así como los demás inherentes a dicha gestión se asumirán con cargo a la comisión fiduciaria. Para tales efectos, el valor de la comisión fija mensual correspondiente al mes anterior a aquel en que se prevea la realización de dichos gastos se incrementará en la cuantía necesaria para sufragarlos, incluyendo todos los costos directos e indirectos, especialmente los de carácter tributario. Se modificará en el Pliego de Condiciones en el Anexo No. 6 - Especificaciones Técnicas, punto 3. Obligaciones Específicas del Contratista.

***2**. Respetuosamente, solicitamos ampliar la fecha prevista para la presentación de las ofertas en un término de cinco (5) días hábiles.*

RESPUESTA

Se aclara que el plazo para presentar observaciones ya finalizó. Teniendo en cuenta que el numeral quinto del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dispone:

La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: (…)

El plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones , de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

Su solicitud no puede ser acogida.

3. Amablemente, solicitamos se determine el número de contratos derivados mensuales reales que se celebrarán durante el plazo del contrato de fiducia mercantil, tomando en consideración la disponibilidad de los recursos líquidos para la realización de los misma. Lo anterior con el fin de calcular los niveles de comisión en los que se enmarcará la propuesta respectiva.

RESPUESTA

Se aclara que el plazo para presentar observaciones ya finalizó. No obstante, se ratifica la respuesta dada en el Segundo Documento de Respuestas a las Observaciones Presentadas al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 01 SAE 2020 del 14 de julio de 2020, en los siguientes términos:

A la fecha no se tiene certeza del total de los pagos que se realizarán en la ejecución del contrato, debido a que no se han recibido la totalidad de los bienes que están en el inventario de bienes FARC. Con los recursos actualmente disponibles se tiene planeado realizar 34 indemnizaciones, en municipios de 3 y 4 nivel, y aproximadamente 40 pagos derivados de la contratación suscrita por el Patrimonio Autónomo, durante la ejecución del contrato, cifras que podrán ser incrementadas a la medida que se reciban mayor cantidad de bienes, lo que permitirá contar con una cifra mayor para reparar víctimas.

(...)

Se acogerá la observación presentada, delimitando el rango máximo de contratos de 20 a 50 contratos mensuales.

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE FIDUAGRARIA

Indica la licitación como una obligación a cargo de la sociedad fiduciaria adjudicataria:

Ejercer la defensa del patrimonio autónomo ante cualquier acción que instaure un tercero en su contra. Los costos inherentes a la defensa judicial de los bienes fideicomitidos del Patrimonio Autónomo en las actuaciones procesales, administrativas o judiciales que deban adelantarse, tales como los derivados de las conciliaciones prejudiciales (ante la Procuraduría General de la Nación o la respectiva Cámara de Comercio), honorarios de árbitros, secretarios, costos de auxiliares de la justicia, copias, autenticaciones, gastos de administración de los tribunales, así como los gastos de desplazamiento de los funcionarios y representantes judiciales del Patrimonio Autónomo, así como los demás inherentes a dicha gestión se asumirán con cargo a la comisión fiduciaria. Para tales efectos, el valor de la comisión fija mensual correspondiente al mes anterior a aquel en que se prevea la realización de dichos gastos se incrementará en la cuantía necesaria para sufragarlos, incluyendo todos los costos directos e indirectos, especialmente los de carácter tributario.

Es necesario indicar que las sociedades fiduciarias tienen unas actividades autorizadas las cuales no es posible desconocer y que se encuentran indicadas en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y son las que a continuación se enuncian:

***1**. Operaciones autorizadas. Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:*

a. Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio;

b. Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece. c. Obrar como agente de transferencia y registro de valores;
d. Obrar como representante de tenedores de bonos;
e. Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin; f. Prestar servicios de asesoría financiera;
g. Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3o., del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 2 ibídem. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión;
h. Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar.

Para el efecto las sociedades fiduciarias deberán observar lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes del presente Estatuto.
i. Celebrar contratos de administración fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación.

***2.** Fiducia de inversión. Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.*

Entiéndese por "fideicomiso de inversión" todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto;

***3**. Prohibición general. Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley.*

***4**. Contratos de red de oficinas. Las sociedades fiduciarias podrán celebrar con los establecimientos de crédito contratos para la utilización de su red de oficinas, con el objeto de realizar por conducto de éstas las operaciones de recaudo, recepción, pago, enajenación y entrega de toda clase de bienes muebles e inmuebles necesarias para el desarrollo de los negocios propios de su actividad, en los casos y bajo las condiciones que fije el reglamento y siempre que a través de estas operaciones no puedan realizarse, directa o indirectamente, las actividades fiduciarias no autorizadas a los establecimientos de crédito y que los medios empleados para el efecto permitan revelar con claridad la persona del fiduciario y la responsabilidad de las instituciones financieras que intervienen en su celebración.*

Como se puede observar no está contemplado que las sociedades fiduciarias puedan realizar operaciones de crédito o de financiación como lo solicita la SAE mediante la licitación pública que está desarrollando para la constitución de un patrimonio autónomo.

De asumirse lo que pretende la SAE se estaría vulnerando el artículo 29 del EOSF lo cual podría generar una drástica sanción por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia a la fiduciaria que no cumpla con su objeto social.

En virtud de lo anterior, la SAE está yendo en contravía de los mandamientos legales fijados en el Código de Comercio artículo 1233 cuando indica:

Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

y el ya citado artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Es por ello que de manera atenta solicitamos a la SAE la modificación de los pliegos en este sentido mediante la respectiva adenda.

RESPUESTA

Se aclara que el plazo para presentar observaciones ya finalizó. No obstante, se ratifica la respuesta dada en el Segundo Documento de Respuestas a las Observaciones Presentadas al Pliego de Condiciones y a la Adenda No. 1 de la Licitación Pública 01 SAE 2020 del 24 de julio de 2020, en los siguientes términos:

Los costos inherentes a la defensa judicial de los bienes fideicomitidos del Patrimonio Autónomo en las actuaciones procesales, administrativas o judiciales que deban adelantarse, tales como los derivados de las conciliaciones prejudiciales (ante la Procuraduría General de la Nación o la respectiva Cámara de Comercio), honorarios de árbitros, secretarios, costos de auxiliares de la justicia, copias, autenticaciones, gastos de administración de los tribunales, así como los gastos de desplazamiento de los funcionarios y representantes judiciales del Patrimonio Autónomo, así como los demás inherentes a dicha gestión se asumirán con cargo a la comisión fiduciaria. Para tales efectos, el valor de la comisión fija mensual correspondiente al mes anterior a aquel en que se prevea la realización de dichos gastos se incrementará en la cuantía necesaria para sufragarlos, incluyendo todos los costos directos e indirectos, especialmente los de carácter tributario. Se modificará en el Pliego de Condiciones en el Anexo No. 6 - Especificaciones Técnicas, punto 3. Obligaciones Específicas del Contratista.

***5**. Teniendo en cuenta que se encuentra pendiente la respuesta a las ultimas observaciones presentadas al proceso del asunto de manera respetuosa solicitamos que el plazo para la presentación de la propuesta sea ampliado por lo menos en dos días hábiles respecto a la fecha programada según cronograma.*

RESPUESTA

Se aclara que el plazo para presentar observaciones ya finalizó. Teniendo en cuenta que el numeral quinto del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dispone:

La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: (…)

El plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones , de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

Su solicitud no puede ser acogida.

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE FIDUCOLDEX

De manera atenta, nos permitimos dirigirnos a Ustedes, con la finalidad de realizar algunos comentarios y precisiones, en relación con lo señalado a través de la adenda número 4 al proceso de la referencia y, particularmente, en lo concerniente a la obligación número 26 del punto 3 de las obligaciones específicas del contratista, cuyo contenido literal establece lo siguiente:

" Ejercer la defensa del patrimonio autónomo ante cualquier acción que instaure un tercero en su contra. Los costos inherentes a la defensa judicial de los bienes fideicomitidos del Patrimonio Autónomo en las actuaciones procesales, administrativas o judiciales que deban adelantarse, tales como los derivados de las conciliaciones prejudiciales (ante la Procuraduría General de la Nación o la respectiva Cámara de Comercio), honorarios de árbitros, secretarios, costos de auxiliares de la justicia, copias, autenticaciones, gastos de administración de los tribunales, así como los gastos de desplazamiento de los funcionarios y representantes judiciales del Patrimonio Autónomo, así como los demás inherentes a dicha gestión se asumirán con cargo a la comisión fiduciaria. Para tales efectos, el valor de la comisión fija mensual correspondiente al mes anterior a aquel en que se prevea la realización de dichos gastos se incrementará en la cuantía necesaria para sufragarlos, incluyendo todos los costos directos e indirectos, especialmente los de carácter tributario".

Para tal efecto, sea lo primero indicar que, como es de su conocimiento, por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone la transferencia de la propiedad de unos bienes determinados por parte de quien obra en calidad de constituyente, para que estos cumplan con una finalidad específica y previamente determinada; es decir, que tales bienes se separan material y legalmente de su inicial propietario, para constituir un patrimonio autónomo, totalmente ajeno del activo del Fideicomitente y, por supuesto, de su administrador fiduciario.

Tan importante resulta dicha separación patrimonial absoluta que, los bienes transferidos no forman parte de la garantía general de los acreedores del Fideicomitente o de la Fiduciaria, sino que sólo garantizan el cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo del Fideicomiso, tal y como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio y lo ratifica lo señalado en el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - EOSF.

De lo precedente se colige, que los gastos que se generan para el cumplimiento de la finalidad perseguida por el Fideicomitente a través del contrato respectivo, necesariamente deben ser asumidos y sufragados por el vehículo fiduciario que se constituye o, de manera directa, por el Fideicomitente, pues precisamente el ya expuesto principio de separación patrimonial, indica que la Fiduciaria no puede asumir con recursos propios los gastos de los negocios que administra, ni tampoco puede cubrir sus obligaciones con cargos a los activos que conforman los vehículos fiduciarios que se encuentran bajo su administración y tutela.

Adicionalmente, desde el punto de vista contable y triburario se generan Inconsistencias en cruces de información exógena, por cuanto el Proveedor reporta un ingreso de la Fiduciaria sin que esté asociado a un gasto que le corresponda a ésta. Por el hecho de estar las facturas a su nombre, la Fiduciaria debe actuar como agente retenedor frente al pago, datos que no tienen como asociarse a un gasto en el reporte de información exógena. La Fiduciaria con sus recursos asume temporalmente el pago de los mismos, afectando su flujo de efectivo. Si bien es cierto estos recursos se recuperarían vía comisión fiduciaria al momento del pago se estaría generando una diferencia en el reconocimiento del gasto, adicional a la separación patrimonial que se debe manejar en los negocios fiduciarios.

En ese orden de ideas, consideramos y estimamos de manera respetuosa que, para efectos de evitar cualquier tipo de confusión o inconveniente al momento de ejecutar el objeto del patrimonio autónomo que hoy nos ocupa, resultaría absolutamente apropiado que la SAE en calidad de Fideicomitente designado, señale de manera precisa que ante cualquier circunstancia que resulte ajena a la acción u omisión del administrador fiduciario seleccionado que, involucre la vinculación del Fideicomiso a algún tipo actuación de índole prejudicial, judicial, arbitral o administrativa, serán los recursos afectos a dicho vehículo fiduciario o aquellos que se obliga a aportar el constituyente, los dispuestos y utilizados para la defensa y protección de los bienes fideicomitidos sin que, de modo o manera alguna, se puedan ver afectados los intereses del administrados y vocero del precitado patrimonio autónomo.

Esto cobra aun mayor sentido, si tenemos en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1535 de 2017, la SAE se encuentra debidamente autorizada a cubrir todos los gastos necesarios para la recepción, administración, saneamiento, asilamiento, sostenimiento y disposición de los bienes inventariados por las FARC que, se constituyen en los bienes fideicomitidos iniciales sin requerir para tal disposición de recursos, requisito diferente o adicional a lo ya dispuesto en la norma en comento.

Por tal motivo, estimamos de la mayor conveniencia, relevancia y ayuda que, dichos recursos objeto de tal destinación especial, no se encuentren sujetos o relacionados con el pago de la comisión fiduciaria que pueda resultar pactada entre las partes, pues tal vinculación puede resultar contraria al ejercicio de las obligaciones a cargo del Fideicomitente y al cumplimiento de los deberes en cabeza del Fiduciario que, entre otras cosas, le demandan proteger aun en instancias judiciales, los bienes fideicomitidos transferidos al vehículo fiduciario que se encuentra bajo su administración y vocería.

Sin perjuicio de lo anterior, reviste también la mayor importancia que, de no ser acogida la solicitud realizada a través del presente escrito, se defina entonces un procedimiento claro, preciso y expreso en relación con la forma, plazos y condiciones bajo las cuales debería solicitar el administrador fiduciario los dineros que se deban disponer para la defensa y protección de los intereses del respectivo vehículo fiduciario, de tal suerte que en ninguna situación se pueda ver amenazada la integridad del Patrimonio Autónomo por la ausencia, demora o negativa en la entrega de tales recursos para el ejercicio de ese deber legal.

En mérito de lo expuesto, amablemente solicitamos que se ajuste la redacción de la obligación señalada, indicando que los gastos de defensa judicial dispuestos para la protección del Fideicomiso a constituir, serán asumidos

directamente por el Patrimonio Autónomo o por la SAE, salvo en aquellos eventos en los cuales, la acción judicial se derive de un hecho imputable al administrador fiduciario.

RESPUESTA

Se aclara que el plazo para presentar observaciones ya finalizó. No obstante, se ratifica la respuesta dada en el Segundo Documento de Respuestas a las Observaciones Presentadas al Pliego de Condiciones y a la Adenda No. 1 de la Licitación Pública 01 SAE 2020 del 24 de julio de 2020, en los siguientes términos:

Los costos inherentes a la defensa judicial de los bienes fideicomitidos del Patrimonio Autónomo en las actuaciones procesales, administrativas o judiciales que deban adelantarse, tales como los derivados de las conciliaciones prejudiciales (ante la Procuraduría General de la Nación o la respectiva Cámara de Comercio), honorarios de árbitros, secretarios, costos de auxiliares de la justicia, copias, autenticaciones, gastos de administración de los tribunales, así como los gastos de desplazamiento de los funcionarios y representantes judiciales del Patrimonio Autónomo, así como los demás inherentes a dicha gestión se asumirán con cargo a la comisión fiduciaria. Para tales efectos, el valor de la comisión fija mensual correspondiente al mes anterior a aquel en que se prevea la realización de dichos gastos se incrementará en la cuantía necesaria para sufragarlos, incluyendo todos los costos directos e indirectos, especialmente los de carácter tributario. Se modificará en el Pliego de Condiciones en el Anexo No. 6 - Especificaciones Técnicas, punto 3. Obligaciones Específicas del Contratista.

Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de 2020

ORIGINAL FIRMADO
FABIOLA OCAMPO SANTA
Gerente de Contratos
Sociedad de Activos Especiales SAS