

Bogotá, martes, 02 de Julio de 2019.



Al contestar por favor cite estos datos
Radicado No 20196000006191

Señor:

ARMANDO CÓRDOBA R.

GERENTE GENERAL

ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN INGENIERÍA Y SERVICIOS - EDEMSA

CARRERA 38 No. 10-36 Piso 10

Medellín - Antioquia

Referencia: RESPUESTA A SUS OBSERVACIONES AL PROCESO DE SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTAS DG-002-2019.

Una vez revisados las observaciones al proceso de Solicitud Pública de Ofertas DG-002-2019 presentadas por **EDEMSA S.A.S**, Dispac S.A. E.S.P. procede a darle respuesta a las mismas:

1. Página 29, Renglones 36-19: Se indica que dentro de los documentos de la oferta debe incluirse "CD con el (los) archivo (s) en formato Excel de los cuadros de valores de la oferta económica y con los respectivos APU. El CD debe estar en buen estado y etiquetado con el número y nombre de invitación a cotizar. Subsancable." ¿A qué se refieren con "los respectivos APU"?, creemos que para este tipo de oferta no aplica la presentación de APU, por lo tanto, solicitamos eliminar este requerimiento o en su defecto incluir los formatos de los APU que esperan recibir y aclarar el objetivo de los mismos dentro de la evaluación de oferta.

Rta: en adenda se modifica este requerimiento.

2. Página 30, Renglones 7-9: se indica que se debe "Diligenciar cuadro de Anexo 4A y 4B (listar en este anexo una tabla individual para cada uno de los componentes del personal mínimo exigido). Subsancable", sin embargo, dentro de los anexos que se encuentran en la página web de DISPAC con los documentos del proceso no están los anexos mencionados. Se solicita incluir los anexos o eliminar este requerimiento.

Rta: en adenda se modifica este requerimiento.

3. Página 38, Renglones 21-32: se indica que " Para efectos de determinar el valor de facturación de los contratos aportados, se calculará el valor de facturación de

cada contrato en SMMLV con base en el SMMLV del año de suscripción del contrato que se acredita. En el caso, que por medio de un solo contrato se pretenda acreditar simultáneamente varias de las actividades exigidas en el numeral 3.3.4 anterior, el valor del contrato debe ser igual o superior al resultado de multiplicar seis mil (6.000) SMMLV sin incluir IVA tres mil, (3.000) SMMLV sin incluir IVA, según corresponda, por el número de actividades que se pretenden acreditar con ese único contrato; sin perjuicio de la acreditación del valor total de facturación exigido en el numeral 3.3.5(a)"(subrayado y negrilla fuera de texto).

La redacción subrayada y en negrilla genera las siguientes solicitudes de aclaración:

1) ¿Por qué el valor de 3.000 SMMLV si para la actividad del numeral 3?3.4 (b) el valor mínimo es de 1.000 SMMLV?,

2) Para varias actividades entonces se haría así el cálculo del valor mínimo del contrato:

- 2 actividades a y b o b y c: $(6.000 + 3.000) * 2 = 18.000$; o $(6.000 + 1000) * 2 = 14.000$ si se toma el valor mínimo de 1.000 para la actividad b.
- 2 actividades a y c: $(6.000 + 6.000) * 2 = 24.000$;
- 3 actividades: $(6.000 + 3.000 + 6.000) * 3 = 45.000$ o $(6.000 + 1000 + 6.000) * 2 = 26.000$ si se toma el valor mínimo de 1.000 para la actividad b.

Favor confirmar o aclarar, pues el ejemplo del anexo D tampoco es claro sobre este aspecto, toda vez que si se aplica el método anterior el contrato 4 del ejemplo debería ser por lo menos de 14.000 SMMLV si se toma 1.000 como valor mínimo para la actividad b y de 18.000 si se toma 1.000 como valor mínimo para la actividad b.

Rta: mediante adenda se ajusta el valor de tres mil (3.000) SMMLV sin incluir IVA a "mil (1.000) SMMLV sin incluir IVA", según se indica en el numeral 3.3.5(c)(ii). de igual forma, mediante adenda se corrige y aclara el ejemplo del anexo D de los términos de referencia.

4. Página 42, en la tabla de equipo de trabajo mínimo se especifica que el Gerente Gestor debe tener un perfil de cargo como "Profesional con posgrado en administración de empresas, finanzas, economía derecho e ingeniería, y experiencia específica en cargos directivos o de gerencia media, o general en áreas de planeación, operación técnica o gestión comercial en empresas del servicio público domiciliario de energía eléctrica" (subrayado y negrilla fuera de texto). Según la redacción, ¿se debe entender que el profesional que se proponga para este cargo de gerente debe tener todas esas especializaciones?

Rta: mediante adenda se modifica el perfil de gerente del Gestor.

5. P43, R3-5: se indica que "Para efectos de acreditar el Equipo de Trabajo Mínimo, el Proponente deberá diligenciar el formato que se incluye en estos Términos de Referencia como Anexo H...", sin embargo, dentro de los documentos de los términos de referencia no existe el Formato H. Favor aclarar, anexar el formato o corregir la redacción.

Rta: en adenda se modifica el requisito al formato correcto.

6. P44, 45 y 46: se presenta la tabla 3.5.6 con detalle por área y/o grupo de trabajo del personal de apoyo del equipo de trabajo mínimo, ¿es esta tabla una obligación adicional de personal mínimo que debe disponer el Gestor para ejecutar el contrato, además del descrito en la tabla 3.5.5?

Rta: en la adenda se modifica el anexo 4 de la minuta del contrato. El personal detallado en el numeral 3.5.6 de los términos de referencia es de referencia como se especifica en el mismo numeral.

7. P50, R-9-18: Según el texto de la nota del numeral 4.2, la experiencia suplementaria se debe certificar con "no más de cuatro (4) contratos debidamente ejecutados o en ejecución dentro de los últimos cinco (05) años anteriores a la Fecha de Recepción de Propuestas". Sin embargo, en el literal (d) del numeral 3.3.4 se especifica que para certificar la experiencia básica se permiten contratos que "deberán haberse terminado dentro de los diez (10) años anteriores a la Fecha de Recepción de Propuestas o encontrarse en ejecución", lo cual genera diferencia temporal en caso de querer certificar ambas experiencias, básica y suplementaria, con los mismos contratos. Por lo anterior solicitamos que para ambos casos se tome lo definido en el literal d del numeral 3.3.4, esto es contratos terminados dentro de los diez (10) años anteriores a la Fecha de Recepción de Propuestas o encontrarse en ejecución.

Rta: mediante adenda se unifica los tiempos, en el sentido de que los contratos a presentar fueran ejecutados y terminados dentro de los últimos diez (10) años anteriores a la fecha de recepción de propuestas.

8. Según lo definido en el numeral 6.2, las tarifas máximas a ofertar para distribución y comercialización son 56,5 y 53,3 \$/kWh respectivamente. Consideramos que estos topes están muy bajos teniendo en cuenta que para este proceso se están exigiendo inversiones importantes en equipos, contratación de personal en cantidad y nivel educativo, fondeo de fiducia y tan sólo 3 años fijos con probabilidad de dos más, para recuperar toda esa inversión y asumir los costos. Por lo tanto, solicitamos el considerar aumentar dichos topes máximos a por lo menos 85 \$/kwh para cada componente.

Rta: es importante tener en cuenta que la remuneración del gestor se realiza a partir del recaudo definido en la cláusula 5 de la minuta del contrato, dicho recaudo capta de forma implícita otros ingresos regulados, incentivos a la gestión de cartera, la calidad del servicio del STR y la calidad individual del SDL, de manera que las mejoras en estos indicadores conllevan a una mayor remuneración del gestor.

9. En el anexo D, página 82, se presenta un ejemplo de acreditación de experiencia básica y suplementaria, del cual surgen las siguientes inquietudes:
- Se mencionan cuatro áreas acreditadas: a, b, c y d, sin embargo, en los términos numeral 3.3.4 se definen únicamente tres: a, b y c. ¿Es un simple error de transcripción o existe un área a acreditar tipo d?
 - No es claro cómo se obtiene en el ejemplo el valor de experiencia suplementaria VTA (11.243), si el valor total acreditado (66.243) es menor que el mínimo requerido (70.000). favor aclarar.
 - En la nota 2 se menciona que "en caso de superarse los mínimos establecidos en el literal c) del numeral 3.4.5 sobre valores facturados de los contratos, el valor en que se superan dichos mínimos es tenido en cuenta para la puntuación de la Experiencia Suplementaria, así los mismos contratos hayan sido usados para acreditar la Experiencia Básica", pero en los términos no existe el numeral 3.4.5, entonces ¿a QUÉ HACE REFERENCIA ESTA NOTA?

Rta:

- Las áreas acreditadas solo son las definidas en el numeral 3.3.4 de los términos de referencia (a, b y c).
 - Se aclara que las áreas en las cuales se debe acreditar la experiencia son las indicadas en el numeral 3.3.4 literales a, b y c. mediante adenda se corrige y aclara el ejemplo del anexo d de los términos de referencia
 - En adenda se ajusta la referencia al numeral correcto (3.3.5)
10. Página 94: en la tabla del formato 4 se relaciona una actividad acreditada tipo (d), pero esta actividad no existe en las definiciones de actividades a acreditar del numeral 3.3.4. Favor modificar el formato para eliminar dicha actividad.

Rta: las áreas acreditadas solo son las definidas en el numeral 3.3.4 de los términos de referencia (a, b y c).

11. En el caso de estructuras plurales que ejecutaron de manera conjunta las actividades que deben acreditarse como experiencia, la acreditación de la experiencia no debe ser proporcional a la experiencia, pues la ejecución de las actividades es una sólo, ¿se requiere validen la experiencia completa acreditada

por la estructura plural?

Rta: una vez revisada su solicitud la regla establecida en el numeral 3.3.3 de los términos de referencia se mantiene, toda vez que es necesario verificar la real y efectiva experiencia obtenida por los proponentes (bien sea como proponentes individuales o de una estructura plural). En ese orden de ideas, la validación de la experiencia a prorrata de la participación obtenida en estructuras plurales anteriores es la mejor forma para evaluar la verdadera experiencia obtenida por quien la certifica, dado que si bien la ejecución de actividades es una sola, la estructuras plurales anteriores no constituyen personas jurídicas diferentes de sus integrantes, y además, ello no quiere decir que quien acredita la experiencia haya adquirido el 100% de la experiencia que se propone acreditar.

Por último, se aclara que el cálculo se realiza de manera proporcional como se señala en los pliegos, pues ella se obtiene de su participación en una estructura plural.

12. Los términos exigen certificación de un cupo crédito por valor de \$7.000.000.000 y de otro lado en el contrato exige fondear recursos por el mismo valor, como capital de trabajo, dos obligaciones financieras que parecen tener el mismo firme, ¿por qué no se evalúan cuál de las dos y si sus montos son pertinentes, ello atendiendo a que los costos de estos servicios deben transferirse al valor de la oferta?

Rta: el cupo de crédito mencionado en literal F del numeral 3.4.1 de los términos de referencia corresponde al capital de trabajo especificado en el numeral 6.2 de la minuta del contrato. Se realiza precisión en adenda.

13. En materia de indemnidad, debe precisarse que se entiende por actos del gestor, atendiendo a que este actúa en nombre y representación de la empresa. Existen actos propios de gestor como los de administración, los temas laborales, de actos de su personal, vehículos y bajo este concepto se entiende la indemnidad contractual. Lo que no se entiende como la prestación de servicios domiciliarios de energía, Dispac no deba atender los riesgos propios de su negocio.

Rta: en virtud de la estructura operativa de Dispac, la minuta del contrato refleja la transferencia de los riesgos inherentes al negocio de Dispac al Gestor, por cuanto éste será el encargado de ejecutar todos los actos de administración en el marco del contrato. Por lo tanto, los efectos derivados de los riesgos inherentes a la ejecución de este son asumidos por el gestor, salvo aquellos asumidos por Dispac.

Ahora bien, lejos de referirse a un interrogante la redacción es una afirmación;

sin embargo, se reitera que lo que presenta el memorialista como una salvedad, si está incluido dentro de sus responsabilidades a mantener indemne a Dispac, ya que precisamente ellas, son el objeto del contrato.

14. El Gestor responderá ante Dispac por cualquier pérdida en que incurra Dispac o sanción que le sea impuesta, como resultado de la omisión o error en la lectura de los sistemas de medición, o en la indebida estimación del consumo de los Usuarios, la cual se descontará de forma inmediata de su remuneración, de acuerdo con lo previsto. ¿Qué el gestor asuma las pérdidas derivadas de errores de lectura, es un doble castigo, pues la situación incide en el componente de la remuneración, de otro lado aplicar un descuento directo, cobra 2 veces lo mismo? Solicitamos eliminar este descuento.

Rta: una vez revisada su observación, no se eliminará la disposición por cuanto no se considera que sea una doble consecuencia de una misma situación.

Por un lado, la obligación del gestor de responder ante Dispac según lo establecido en la cláusula 4.2.2.3, es consecuencia directa de la obligación del gestor de realizar la lectura de los sistemas de medición a los usuarios en el área de influencia.

Por otro lado, la segunda hipótesis hace parte de las variables que inciden en la remuneración del gestor de conformidad con la cláusula 5.1 por la actividad de distribución y de comercialización respectivamente.

De tal forma que una cosa es la incidencia del valor pagado por los usuarios en la remuneración del gestor y otra diferente es la obligación del gestor de asumir y responder ante Dispac por omisión o errores en la lectura de los sistemas de medición, o en la indebida estimación del consumo de los usuarios; siendo así dos situaciones diferentes con fuentes u orígenes diferentes por lo que no pueden ser consideradas como un doble castigo para el Gestor.

Se aclara que no es un doble castigo, ya que el aspecto que trata el numeral refiere a las consecuencias que esa situación le genere al Dispac las cuales son de diferente orden; mientras que las de remuneración puede darse en doble sentido, observemos, si el error es de haber cobrado más, el contratista incrementó su remuneración sin derecho; y en caso de ser inferior, Dispac pagó una energía que un tercero si consumió pero no le fue cobrada y Dispac si tuvo que pagar.

15. El contrato no asegura autonomía en la administración del establecimiento de comercio, Dispac establecerá las directrices y fijará las políticas de compras y contratación, las zonas de influencia pueden variar, las reglas de contratación y

estatutos dependen de la gerencia de Dispac, el Gestor se somete a la directrices de órganos sociales de la empresa, los planes de inversión y perdidas puede ser ejecutados por Dispac, se puede presentar la facturación de otros servicios, se deben respetar los convenios de otros servicios ya suscritos ¿en este contexto cuál es la incidencia y riesgos que asume Dispac, al direccionar el negocio? ¿Esto no afecta la seguridad jurídica y el ejercicio financiero del contrato?

rta: el Gestor es el que asume el manejo del establecimiento del negocio en todos sus componentes, y en tal sentido es responsable.

16. Forma y periodicidad del pago Las remuneraciones se realizarán mensualmente y se pagarán mes vencido dentro de los noventa (90) Días Calendario siguientes a la fecha en la que el Gestor presente la correspondiente factura. Este período de pago en exagerado, si tomamos en cuenta el trámite de revisión de Dispac e interventor y el trámite de pago en la fiducia, el tiempo de pago puede superar los 120 días. ¿Se debe reevaluar esta forma de pago pues afecta negativamente la proyección financiera del contrato?

Rta: no se acepta la solicitud puesto que dentro del término de los 90 días indicado se realizan las actividades de revisión y aprobación por parte del interventor, por tanto estos tiempos no son adicionales. Adicionalmente, los costos financieros de los pagos a 90 días se encuentran considerados en las tarifas mínimas y máximas presentadas en el numeral 6.2 de los términos de referencia.

17. Si la mora en el pago obedece a una causa atribuida a Dispac, expresar que no hay lugar a intereses, puede constituir una cláusula abusiva del contrato, ello bajo el entendido que, en la legislación, los intereses por no cumplimiento de las obligaciones dinerarias acordadas por las partes, son elementos esenciales de la relación. Favor modificar este enunciado.

Rta: de nuevo para responder se acude a la génesis del contrato, se trata de un contrato de gestión o proposición en el que el contratista asume el manejo del establecimiento de comercio, es así que presta el servicio, vende, incorpora clientes, contrata, maneja el presupuesto, la cartera, realiza pagos, maneja la caja, gestiona subsidios, etc. Quiere decir que si no hay recursos para pagarle al Gestor, ello se debe a que el contratista ejecutó en forma errada una cualquiera de las actividades anteriormente relacionadas, por lo que no hay lugar a que Dispac responda por la negligencia del que por obrar sin el cuidado debido, dejó a la empresa sin caja y no pudo pagarse su remuneración a tiempo.

Ahora bien, los elementos esenciales del contrato de gestión como el que aquí se discute no incluye el cobro de intereses por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias acordadas por las partes.

Dispac considera que el acuerdo o renuncia al cobro de intereses de mora no es un elemento esencial del contrato. Por el contrario, al ser un tema esencialmente patrimonial, las partes pueden libremente acordar las reglas sobre su cobro o renuncia. El sustento de esta posición, además de las normas del código civil, encuentra sustento en distintas posiciones de la corte constitucional como por ejemplo, la sentencia c-943 de 2013 y la sentencia c-341 de mayo 3 de 2003.

Incluso, el racional de la operación y la cláusula 5.4. del contrato establece que es el gestor quien está a cargo de asegurar los recursos derivados del recaudo y por esta razón se deriva la potencial compensación del propio gestor. Por lo tanto, si no existen recursos procedentes del recaudo en cabeza del gestor, mal puede Dispac autorizar el giro a la fiduciaria de recursos inexistentes y mucho peor verse obligado a pagar intereses moratorios sobre recursos que deben estar sostenidos por el gestor.

18. Que el Gestor no pueda, sin expresa autorización de la Empresa, desarrollar por su cuenta, participar o tomar interés en su nombre o el de otra persona, sus empleados y trabajadores, del Gestor en negocios o actividades del mismo género de las que desarrolla Dispac, constituye una restricción al ejercicio de la libre competencia, que puede resultar sancionable por la Superintendencia de Industria y comercio. Solicitamos revisar esa prohibición, ¿cuál es la razón y el sustento legal de esta prohibición?

Rta: sin perjuicio del ajuste que se realizará a la cláusula 7.6, nos permitimos señalar lo siguiente:

Las cláusulas de exclusividad pertenecen al grupo de las cláusulas accesorias que se encuentran permitidas por la teoría de restricciones accesorias entendida como aquellas limitaciones que están directamente relacionadas con el desarrollo de una operación comercial. Dichas clausulas no son anticompetitivas siempre y cuando no violen el artículo 19 de la ley 256 de 1996 y otras condiciones.

Lo anterior ha sido explicado por la corte constitucional “(...) *carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la constitución política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser*

remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.”

A su vez, la superintendencia de industria y comercio (“sic”) en la resolución 46325 de 2010 señala que dichas cláusulas deberán analizarse de acuerdo a los aspectos propios del mercado que involucran.

En este sentido la exclusividad en la minuta tiene la naturaleza de accesorio que desarrolla un fin mayor en aras de cumplir con la obligación principal y tiene una justificación razonable, proporcional y económica. Es importante anotar que la exclusividad se limita, además, a las actividades desarrolladas por Dispac en el área de influencia; por lo anterior no se realizará modificación alguna.

Se precisa que, el contratista asumirá el manejo del establecimiento de comercio, esto es, no solo conocerá toda la información estratégica de Dispac, sino que además será quien actúe como si fuera Dispac, tomando decisiones en el manejo del negocio, por lo que mal puede pretender actuar en el mercado donde compite Dispac como si fuera un tercero.

Es necesario reiterar el contexto del contrato, una cosa es que en un contrato de obra se coloque tal restricción, y otra muy distinta que en uno como el presente, se pretenda actuar como representante y a la vez tener la posibilidad de ser competencia del representado.

19. Las Cláusulas Penales de Apremio y Cláusula Penal, no establece un procedimiento que garantice el derecho de audiencia del gestor, pues sólo otorga un plazo de cura, como sí el gestor nunca tuviera razones válidas que justifique su actuar. ¿Cómo se garantiza el debido proceso en el marco de esta actuación contractual?

Rta: en principio, la aplicación de las cláusulas penales de apremio y cláusula penal se dan en el contrato en situaciones específicas que cuentan con una especial sensibilidad en la aplicación de los servicios objeto de la minuta del contrato. En este sentido, se justifica su aplicación de la manera como se encuentra estructurado como medida para impulsar su debido cumplimiento por parte del gestor.

Sustentado en la sensibilidad del cumplimiento de las obligaciones que dan lugar a la aplicación de dichas cláusulas, contraviene la celeridad y noción jurídica de las cláusulas penales la apertura de espacios de discusión que en últimas solo dificulten la implementación de medidas de cura.

Por último, se aclarará mediante adenda dicha disposición.

20. El Gestor es conocedor que existe la posibilidad que la Empresa se venda a un tercero, caso en el cual acepta, que a partir de una vez transcurridos dos años de ejecución de éste contrato, y se hubiese realizado la venta, y los nuevos propietarios reciban formalmente la Empresa, los nuevos dueños podrán dar por terminado el contrato con la sola manifestación del cumplimiento de los anteriores hechos, sin que hubiese lugar a indemnización alguna a favor del Gestor, para lo cual bastará el envío de la comunicación correspondiente en la que se dará un plazo perentorio de dos meses. ¿Por qué Dispac no garantiza al Gestor en este evento el punto el retorno de la inversión o equilibrio financiero de las inversiones realizadas en el tiempo, tal como lo exige que el Gestor lo haga con las empresas de alumbrado y otros servicios que tengan contratos suscritos? ¿Por que quién compra no respeta el periodo contractual que falte al Gestor?

Rta: en efecto, Dispac en aras de cumplir con un deber de información, entiende y así le comparte al posible gestor la posibilidad de que su operación sea puesta en venta por parte del Gobierno Nacional.

Las condiciones políticas o económicas que desencadenen esta operación están por fuera de la órbita de control de Dispac por lo que es indispensable visualizar esta posición en el contrato con el posible gestor.

La decisión de no respetar el periodo contractual corresponderá exclusivamente a quien asuma la posición contractual de Dispac. Este escenario hipotético no le corresponde a Dispac anticipar la decisión que libremente adopte el gobierno central sobre la potencial venta de su participación en el capital de esta entidad.

En virtud de lo anterior, se aclara que la inclusión de la cláusula en discusión corresponde a la socialización de riesgos de la operación que en principio no están en poder de Dispac.

21. Cuando la Empresa sea sancionada en forma sustancial por cualquier Autoridad de Gobierno o autoridad judicial por causas atribuibles al Gestor, sus empleados, contratistas, subcontratistas o asesores en, en la medida en que esta sanción tenga un impacto en la debida prestación de los servicios de Distribución y Comercialización. En este contexto dado que el evento tiene incidencia la continuidad del contrato, ¿a que denomina la empresa sanción sustancial?

Rta: como se indica en la cláusula 11.3.3.3., la sanción sustancial es aquella sanción que tiene un impacto directo en la debida prestación del servicio de distribución y comercialización.

Ello, hace referencia a todo perjuicio o daño que contenga una medición económica.

22. la terminación por Conveniencia, rompe toda relación de justicia y equilibrio contractual entre las partes. ¿Por qué no se asigna esta potestad también al Gestor, otorgando unos plazos razonables para adoptar esta decisión?

Rta: la terminación por conveniencia se ha establecido en razón de las condiciones o características particulares del negocio, en el cual, el gestor está administrando el establecimiento de comercio de propiedad Dispac.

De manera que, por cualquier razón de conveniencia, Dispac debe poder retomar la administración del establecimiento de comercio debe poder hacerlo, y para ello se garantiza un proceso de preaviso al gestor y su remuneración, respetando así sus derechos. En cambio, no resulta razonable que el administrador del establecimiento de comercio abandone, por razones de mera conveniencia, la administración del establecimiento de comercio, entre otras porque esto puede llegar afectar la correcta prestación del servicio.

Es una circunstancia propia del contrato si tenemos en cuenta que se trata la prestación de un servicio público esencial.

23. La asignación irrestricta e ilimitada de riesgos puede construir una posición abusiva de una parte contractual, ¿por qué en Gestor debe asumir los riesgos inherentes al negocio, cuándo se actúa en nombre de la empresa, bajo su dirección, instrucción y mandato.

Rta: la asignación de riesgos, como bien está estructurado desde el código civil, no es una posición abusiva. Al ser un proceso competitivo, le corresponde a cada proponente asignarle un valor a este tipo de cláusulas. Como se ha comentado anteriormente, la minuta del contrato se basa en las limitaciones y condiciones que dieron lugar a la conformación de Dispac. De manera que la asignación de riesgo se considera suficiente dado el modelo de negocio del contrato.

Adicionalmente, es pertinente resaltar que el gestor está siendo remunerado por la prestación de sus servicios bajo el contrato e incluso existen posibilidades contractuales que le permiten ampliar su base de remuneración, dicha remuneración también tiene la utilidad de servir como contraprestación por la asunción de riesgos del gestor.

El Gestor asume el manejo del establecimiento del comercio, y está bajo su dirección, el personal fue contratado por él, maneja la cartera, la contabilidad,

presenta informes a los entes de control, maneja las cuadrillas, organiza el trabajo diario, recauda, contrata, paga, etc., Por lo que sin dudas, el manejo del negocio en su integridad está bajo su cabeza, y por ende de sus equivocaciones es él su directo responsable.

24. Respecto a la cláusula 4.1. Obligaciones a Cargo de DISPAC. (renglones 453 a 508) se sugiere incluir la obligación de DISPAC de garantizar que la infraestructura es de su propiedad y se encuentre libre de gravámenes o limitaciones de dominio que impidan su adecuada gestión por parte del Gestor.

Rta: dado que el objeto del contrato implica la administración del establecimiento de comercio de Dispac, y en desarrollo de este objeto el gestor deberá adelantar las actividades de operación, administración y mantenimiento de los activos de transmisión regional y distribución local de Dispac, no es necesario que Dispac asuma la obligación de garantizar que la infraestructura es de su propiedad y se encuentra libre de gravámenes o limitaciones al dominio, pues que el objeto del contrato abarca la administración de dichos activos incluso cuando no son propiedad de Dispac o se encuentran con limitaciones y gravámenes.

Por lo tanto, no se acepta la propuesta, las responsabilidades de las partes se mantiene en su integridad.

25. Respecto a la cláusula 7.6. (renglones 2721 a 2727) Prohibición subsistente, la cual indica: "la terminación del Contrato (por cualquier causa) y por un período de cinco (5) años, el Gestor y sus miembros, accionistas o socios, trabajadores y dependientes se abstendrán de compartir o hacer uso de la Información de la Empresa, de conformidad con lo dispuesto en la 26, o realizar actividades relacionadas con el servicio público de energía en el Área de Influencia." La segunda parte corresponde a una obligación que no puede comprometerse el Gestor, puesto que podría atentar contra el derecho al trabajo de sus trabajadores. Puesto que le limita a los mismos (que en un 40% van a ser del área de influencia) a ejercer labores relacionadas con el servicio para el cual se encuentran capacitados.

Rta: se reitera lo dicho en respuesta anterior.

El contratista asumirá el manejo del establecimiento de comercio, esto es, no solo conocerá toda la información estratégica de Dispac, sino que además será quien actúe como si fuera Dispac, tomando decisiones en el manejo del negocio, por lo que mal puede pretender actuar en el mercado donde compite Dispac como si fuera un tercero.



Es necesario reiterar el contexto del contrato, una cosa es que en un contrato de obra se coloque tal restricción, y otra muy distinta que en uno como el presente, se pretenda actuar como representante y a la vez tener la posibilidad de ser competencia del representado.

26. Penal de Apremio (Cláusula 10.2.2.1), la cual dispone:

es necesario que se aclare que la imposición de la cláusula penal de apremio será por el incumplimiento o retraso de las obligaciones siempre y cuando dicho retraso o incumplimiento sea imputable al contratista.

Rta: como lo establece la cláusula 10.2 (renglón 2802 y 2803), las cláusulas penales de apremio cuyas reglas aplicables se encuentran en la cláusula 10.2.2, se imponen ante incumplimientos del gestor (total, parcial, tardío o defectuoso).

La cláusula es clara, se mantiene.

27. Respecto a la cláusula penal (cláusula 10.1), la cual dispone:



Consideramos que la cláusula penal debe ser bilateral.

Rta: en razón de la naturaleza y el objeto del contrato, y su relación con la prestación de servicios públicos no está contemplada una cláusula penal a favor del Gestor.

La cláusula es clara, se mantiene.

28. En el numeral 11.3.1. se indica que se considera como incumplimiento grave las siguientes conductas:

11.3.1.2.1 "Cuando el Gestor, sin que medie Fuerza Mayor, deje de prestar los servicios de Distribución o Comercialización total o parcialmente por un plazo continuado de cinco (5) Días Calendario;" qué debe entenderse por no prestar los servicios parcialmente por un plazo de...? Si se presenta un daño en un transformador y por ello no es posible prestar el servicio a un número reducido de usuarios (por ejemplo 5 usuarios) durante cinco días continuos ¿se podría terminar el contrato?

Rta: la causal de terminación consagrada en la cláusula 11.3.1.2.1 está consagrada como uno de los eventos en los que se presume que ha existido un incumplimiento grave del gestor que da lugar a la terminación del contrato. En ese sentido, cuando se presente la no prestación parcial de los servicios por un plazo continuado de cinco (5) días calendario, deberá hacerse un análisis de la situación fáctica en concreto para determinar si en efecto puede ser considerada como un incumplimiento grave del gestor que dé lugar a la terminación del contrato.

Las exigencias contractuales y normativas son genéricas, cada caso en particular se examina de acuerdo a las circunstancias del evento.

Atentamente,

ORIGINAL

FIRMADO
GERMÁN JAVIER PALOMINO HERNÁNDEZ
GERENTE GENERAL

PROYECTO	ELABORO	REVISO	REVISÓ	REVISO	REVISO	REVISO	No. de Folios	ANEXOS
AHORTAR	AHORTAR	C.RICUARTE	J.JAIMES	J. IZA	J.QUINTERO	M.CARMONA	(18)	(0)

