

---

---

**PROCESO DE SELECCIÓN MEDIANTE CONTRATACION DIRECTA No. 015 DE 2016**

**OBJETO: REPARACIONES LOCATIVAS DE LA PLANTA FISICA DE LA E.S.E. HOSPITAL SAN CARLOS DEL MUNICIPIO DE AIPE - HUILA**

RESPUESTA OBSERVACION INFORME DE EVALUACION:

Proponente: PAOLA ANDREA CERQUERA DUSSAN. (Fecha: 05 de MAYO de 2016)
---

**Observación 1.** De conformidad con la comunicación enviada por la proponente, en la cual solicita que para como experiencia específica, sea tenida en cuenta además del registro del contrato correspondiente en el RUP, la copia del contrato, la adición y la respectiva acta de liquidación para efectos del determinar el valor del contrato.

La proponente realiza un extenso análisis de la normatividad aplicable a la contratación pública, (ley 80, ley 1150) junto con algunos apartes jurisprudenciales (consejo de estado) que soportan su observación, indicando que si bien es cierto el valor del contrato es de \$88.297.709, este valor corresponde a la vigencia 2011, por cual deberá entenderse en salarios mínimos como 164.8 SMML de dicha anualidad los cuales a precio del presente año corresponderían a \$113.661.703,9; advierte además la observante que la entidad no debe tener el cuenta el valor registrado en el RUP correspondiente al contrato en mención determinado en 119.08 SMML, puesto que no es el valor final, indicando una responsabilidad del contratante en dicha situación.

Conforme la exposición realizada por la proponente la entidad encuentra coherente la argumentación esbozada, sin embargo para el efecto de la presente contratación no se puede ser de recibo estas consideraciones dado se trata de un procedimiento de contratación directa que se rige bajo el derecho privado.

En este sentido es necesario traer a colación lo dispuesto en la invitación a cotizar establecida por la entidad que indica:

**CONDICIONES GENERALES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN DIRECTA**

**FUNDAMENTO LEGAL: Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia; Ley 100 de 1993, Artículo 195, numeral 6; Decreto No. 1876 de 1994, Artículo 16; Acuerdo No. 07 de 2010, Artículo 3, por el cual se modifica el Acuerdo No. 13 de 2014** (negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se observa el régimen de aplicable no corresponde al sistema ordinario de contratación pública, se trata de un proceso regido por las normas civiles y comerciales, y por lo dispuesto en el manual de contratación de la entidad, el cual indiscutiblemente esta orientado hacia la contratación privada y para el presente proceso contempla la contratación directa.

---

---

*¡Calidad con Calidez!*

Estas condiciones están claramente determinadas en el hecho que se realizó una invitación a cotizar, para lo cual la entidad requiere verificar unos requisitos legales mínimos como son la capacidad jurídica, financiera y adicionalmente de experiencia como sinónimo de experticia en las actividades a contratar, entendiendo que ni la experiencia ni el conocimiento por si solos son suficientes para aspirar a obtener un resultado ideal, por lo cual se requiere para tal efecto de la conjunción de los dos, es decir de la experticia.

Se tienen entonces que las condiciones legales que soportan esta contratación, han sido ratificadas por la jurisdicción contenciosa administrativa que indica:

*EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Naturaleza jurídica – Características / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 536 de 2004 fueron expresamente facultadas para contratar. Su origen radica en el ordenamiento jurídico al que se sometió el servicio público de la seguridad social en razón de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 194 a la letra prescribe: “(...) La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”. Las empresas sociales del Estado son establecimientos públicos, pero con nomenclatura diferente y con innegables singularidades de participación comunitaria en la conformación de sus juntas directivas; sin embargo, algunas de sus características se encuentran establecidas en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, así:“(…)1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión “empresa social del estado”.2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.3. (...) 5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. (...). (negrilla fuera de texto) Según el legislador constituyen entidades públicas descentralizadas con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creadas por la ley, las asambleas y los concejos municipales y cumplen la función de la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social referido a las necesidades de prevención, protección y recuperación de la salud y de la seguridad social, como garantía constitucional bajo la perspectiva del mencionado sistema abierto a la intervención de la iniciativa privada, por cuanto las características del mecanismo creado por la ley facilitan como gestores prioritarios del sistema a sujetos particulares, de donde se puede decir además que dependen entre otras las denominaciones de Entidades Promotoras de Salud EPS, Instituciones Prestadoras de Salud IPS y entidades Aseguradoras de Riesgos Profesionales ARS, fondos privados para la administración de pensiones y cesantías, etc.(...)Las Empresas Sociales del Estado, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 536 de 2004 fueron expresamente facultadas para contratar, tal y como se verifica del artículo que a continuación se transcribe: “Artículo 1º.- Las Empresas Sociales del Estado de las entidades territoriales, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos. (...)” (negrilla fuera del texto). Así las cosas, es claro que en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil sin que dejen de ser contratos de la administración pública. En el caso de que, discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán*

*¡Calidad con Calidez!*

por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado, sin que dejen de ser contratos de la administración.

Referencia : ACCIÓN POPULAR Radicación : 2010-0002-01 Demandante : ELKIN HORACIO JURADO BELTRAN Y JHON FERNANDO CAICEDO NARVAEZ Demandado : E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TUNJA  
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE TUNJA

En este mismo sentido, en aplicación de la anteriores disposiciones legales: “Y en el mismo estatuto se prevén excepciones tales como el caso de los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social<sup>1</sup>; de los contratos de servicios de telecomunicaciones<sup>2</sup>, y de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables<sup>3</sup>, los que se regirán por la legislación especial aplicable a dichas actividades.

De manera similar, leyes posteriores establecen nuevas excepciones, en procura de otorgar mayor agilidad y capacidad de competencia a determinadas entidades oficiales. Así ocurre, verbigracia, con las universidades<sup>4</sup>, con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y con las Empresas Sociales del Estado<sup>5</sup>.

**En este último evento, es decir para el caso de las Empresas Sociales del Estado<sup>6</sup> la Ley 100 de 1993 en el numeral 6° de su artículo 195 se limitó a disponer que éstas se regirán en materia de contratación por el derecho privado y les otorga la facultad para utilizar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública<sup>7</sup>, sin establecer para tales empresas una legislación sustitutiva, que específicamente les sea aplicable.** (negrilla y subrayado fuera de texto)

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “B”  
Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00783-00(2553-12) Actor ALFONSO RICAURTE RIVEROS Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Como se observa la utilización de fundamentos legales pertenecientes a la contratación de derecho público es una prerrogativa de la entidad más no una obligación legal, criterio sobre el cual la ESE

<sup>1</sup> Ley 80 de 1993, artículo 32, parágrafo 1°.

<sup>2</sup> Ley 80 de 1993, (artículos 33 a 36)

<sup>3</sup> Ley 80 de 1993, (artículo 76)

<sup>4</sup> Ley 30 de 1992.

<sup>5</sup> Ley 100 de 1993.

<sup>6</sup> De conformidad con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1876 de 1994 las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por la ley, o por las asambleas departamentales o por los concejos distritales o municipales, según el nivel de organización del Estado a que pertenezcan.

<sup>7</sup> De conformidad con la Ley 80 de 1993, artículos 14-2 y 19, dichas cláusulas, que el estatuto contractual denomina excepcionales al derecho común, son las de interpretación, modificación y terminación unilaterales; la de sometimiento a las leyes nacionales y la de caducidad.

*¡Calidad con Calidez!*

Hospital San Carlos adelanta sus procedimientos contractuales sujetos obviamente a las disposiciones legales anteriormente citadas.

Teniendo en cuenta que se trata de una contratación regida por el derecho privado la entidad se sujetara a las condiciones incluidas por la entidad en la invitación a cotizar, la cual para efectos de la experiencia especifica indicaba:

*Un (1) contrato de obra, celebrado y liquidado con una entidad pública, en los dentro de los últimos cinco (5) años, cuyo objeto tenga relación directa con la construcción o mantenimiento de edificaciones en salud, bajo parámetros de la norma sismo resistente, cuya suma sea como mínimo el cien por cien (100%) del valor del presupuesto oficial de la presente invitación a cotizar.*

*El Proponente debe acreditar su experiencia con el Registro Único de Proponentes RUP. El contrato que el Proponente acredite como experiencia deben identificarse y señalarse claramente en el Registro Único de Proponentes con resaltador o con cualquier tipo de marca que permita su visualización rápidamente.*

Bajo estos parámetros la entidad evaluó la propuesta presentada, verificando que efectivamente el contrato referenciado cumple con la codificación UNSPC descrita en la invitación a cotizar, pero advirtiendo que conforme la información del RUP el contrato no cumplía con el valor solicitado por la entidad, posición que debe ser ratificada puesto que el escrito de invitación a cotizar no contiene ningún tipo de interpretación en cuanto a indexación o actualización del valor de contrato presentado, por lo cual no es posible exigir a la entidad en cabeza del comité de contratación y compras realice la operación aritmética y la interpretación expuesta en la observación por la proponente puesto que en la regulación del manual de contratación de la entidad no existe tal procedimiento.

En este sentido la entidad se ceñirá únicamente a lo dispuesto en el escrito de invitación a cotizar, concluyendo que la experiencia presentada por la proponente no cumple con las condiciones exigidas por la entidad, por cuanto su valor registrado en el RUP es menor al presupuesto oficial.

Por lo anteriormente expuesto NO se aceptan las observaciones del proponente respecto de la experiencia.

Dada en Aipe, a los 10 días del mes de mayo de 2016.

JORGE ALONSO CHARRY COVALEDA	__(ORIGINAL FIRMADO)__
ALFREDO RICARDO CHARRY MEDINA	__(ORIGINAL FIRMADO)__
BARBARA LOPEZ CALDERON	__(ORIGINAL FIRMADO)__
HECTOR FAVIAN DIAZ GARZON	__(ORIGINAL FIRMADO)__
CARLOS EDUARDO GARCIA CRUZ	__(ORIGINAL FIRMADO)__
EDWIN ENDREY GARCIA GONZALEZ	__(ORIGINAL FIRMADO)__

*¡Calidad con Calidez!*