

Ibagué, 16 de Junio de 2020.

Señora
YINA PAOLA CASTRO PORTE
Gerente
Hospital San Antonio ESE
Guamo- Tolima

Asunto: Concepto jurídico solicitado mediante oficio recibido en la Dirección Técnica Jurídica el 13 de mayo de 2020. (GE-220-2020)

Cordial saludo,

De manera muy respetuosa me dirijo a usted con el fin de dar contestación a su petición en los siguientes términos:

Concepto Jurídico	011
Problema Jurídico:	Como se puede contratar la adquisición de los elementos básicos para la prevención, contención y mitigación de esta pandemia, dada la constante variación de precios del mercado?
Fuentes formales:	Constitución Política Ley 100 de 1993 Ley 80 de 1993 Ley 1150 de 2007 Resolución 5185 de 2013 Decreto 417 de 2020 Decreto 440 de 2020
Precedente	No se invoca

Sobre Este Concepto jurídico:

Conforme al artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre los problemas jurídicos en él planteados.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Para emitir este concepto la Dirección Jurídica de la Contraloría Departamental del Tolima seguirá el siguiente procedimiento i) Normativa aplicable al caso y ii) Conclusiones y iii) Respuesta al problema jurídico planteado.

Problema(s) Jurídico(s) Planteado(s).

Solicita la Doctora YINA PAOLA CASTRO PORTE, en calidad de gerente del Hospital San Antonio ESE del Guamo – Tolima, concepto frente a como se puede contratar la adquisición

de los elementos básicos para la prevención, contención y mitigación de esta pandemia, dada la constante variación de precios del mercado.

i) Normativa aplicable al caso:

- Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*
- Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*
- Ley 1150 de 2007 *"Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos."*
- Resolución 5185 del 14 de diciembre de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social *"Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual".*
- Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 *"Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional".*
- Decreto 440 del 20 de marzo de 2020 *"Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COV/D-19".*

Teniendo en cuenta éste fundamento normativo se tiene lo siguiente:

El numeral 6° del Artículo 195 de la ley 100 de 1993 establece que el régimen contractual de las empresas sociales del Estado es de derecho privado, pudiendo utilizar discrecionalmente las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por su parte el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que *"las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal."*

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 5185 del 14 de diciembre de 2013 fijó los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten sus respectivos Estatutos de Contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011.

Así las cosas, es claro que las Empresas Sociales del Estado no están sometidas al estatuto de contratación pública en la medida que la misma ley les ha fijado un régimen de contratación privado en virtud de la Resolución 5185 del 14 de diciembre de 2013 y su propio manual de contratación.

Ahora, es importante resaltar adicionalmente que mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho decreto. Estado de excepción que se declaró nuevamente a través del Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, hasta el 5 de junio de 2020.

Las consideraciones fácticas que dieron lugar a la expedición de dicha norma parten de la identificación que hiciera la Organización Mundial de la Salud del nuevo coronavirus – COVID 19 el 7 de enero de 2020 y su posterior declaración como pandemia, el 11 de marzo de 2020.

Adicionalmente, se tuvo en cuenta que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus efectos.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política la declaratoria de Estado de Emergencia le permite al Presidente, con la firma de todos los ministros, expedir decretos legislativos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y que vayan encaminados a adoptar medidas para conjurar la crisis que genera la declaratoria del Estado de Excepción.

La citada facultad constitucional quedó plasmada en los artículos 2 y 3 del Decreto 417 de 2020 cuando se establece que *“El Gobierno nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política...”* y cuando conmina al Gobierno Nacional a *“adoptar mediante decretos legislativos todas aquellas medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos...”*

Es así que en uso de las facultades constitucionales que otorga la declaratoria de Emergencia y en cumplimiento del Decreto 417 de 2020, el Presidente de la República dictó el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COV/D-19”*

Tal y como lo establece el mismo Decreto Legislativo, su expedición se fundamenta en la necesidad de permitir que *“las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente pueda adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia”*.

Estableció el decreto 440 del 20 de marzo de 2020:

Artículo 4. Utilización de los Instrumentos de agregación de demanda.
Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las entidades territoriales preferirán, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, la compra por catálogo derivado de los Acuerdos Marco de

Precios vigentes y dispuestos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

Artículo 5. Mecanismos de agregación de demanda de excepción. *La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, diseñará y organizará el proceso de contratación para los acuerdos marco de precios por contratación directa, durante el término de duración del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Gobierno nacional, con el fin de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados directamente con la misma.*

Igualmente, en los acuerdos marco de precios vigentes, directamente relacionados con la pandemia, podrá configurar catálogos de emergencia, conformados por proveedores preexistentes en esos Instrumentos de Agregación de Demanda, así como por nuevos proveedores, previa verificación de los requisitos habilitantes y de calificación del proceso de selección . Estos catálogos de emergencia estarán vigentes hasta el día en que culmine el estado de emergencia económica, social y ecológica.

En las órdenes de compra que se suscriban en estos instrumentos de agregación de demanda se entenderá incorporadas las cláusulas excepcionales.

Artículo 6. Adquisición en grandes superficies. *Cuando se trate de la adquisición de bienes relacionados con la emergencia, las entidades podrán adquirirlos mediante el Instrumento de agregación de demanda de grandes superficies, en cuyo caso el valor de la transacción podrá ser hasta por el monto máximo de la menor cuantía de la respectiva Entidad Estatal.*

Artículo 7. Contratación de urgencia. *Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud . Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente.*

Con el mismo propósito, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios.

En ese orden de ideas, se concluye que las ESEs contaban con diversas herramientas adicionales a su manual de contratación para la adquisición de elementos para la prevención, contención y mitigación de la pandemia por Covid 19 durante el término de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, tales como la contratación a través de grandes superficies, por acuerdos marco y/o a través de contratación directa en virtud de una declaratoria de urgencia manifiesta previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 42 de la ley 80 de 1993.

Ahora, en lo que respecta a los precios del mercado de los elementos a adquirir teniendo en cuenta su constante variación se debe tener en cuenta que en virtud de las competencias

constitucionales y legales asignadas a la Contraloría Departamental del Tolima no resulta posible que ésta Entidad conceptúe sobre decisiones administrativas que deben ser tomadas por la ESE.

Se le recuerda que en cumplimiento del artículo 209 de la Constitución Política *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, económica, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*.

Pese a lo anterior, se le remitirá el concepto rendido por la Contraloría Departamental del Tolima frente al procedimiento para el análisis de sobrecostos en la contratación estatal.

ii) Conclusiones

Las ESEs actualmente podrán adquirir los elementos para la prevención, contención y mitigación de la pandemia por Covid 19, a través de contratación privada en los términos de su manual de contratación y/o en aplicación de lo establecido en el estatuto contractual encontrando la posibilidad de la contratación directa en virtud de una declaratoria de urgencia manifiesta previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 42 de la ley 80 de 1993.

iii) Respuesta al problema jurídico planteado:

Si bien se le plantea a la ESE las diferentes modalidades a las cuales puede acudir para la contratación de elementos para prevención, contención y mitigación de la pandemia por Covid 19, en lo que respecta a la decisión a adoptar con ocasión de la constante variación de precios del mercado, la Contraloría Departamental del Tolima se abstiene de efectuar pronunciamiento alguno en virtud de las competencias constitucionales y legales asignadas.

Atentamente,

Original firmado

MIRYAM JOHANA MENDEZ HORTA
Directora Técnica Jurídica