

Pasto, 6 de febrero de 2024.

Doctora
ENITH ESNEDA GUERRERO MARTINEZ
Subgerente Administrativa
Presidente Comité de Contratación
Hospital Civil de Ipiales – E.S.E.
En su despacho

Referencia: **Concepto jurídico – Proceso de selección de menor cuantía No. CME – 001 – 2024 – Suministro de material de osteosíntesis para el Hospital Civil de Ipiales – E.S.E.**

Respetada Doctora:

Teniendo en consideración el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el Hospital Civil de Ipiales de Ipiales – E.S.E. y Grupo *Lex Iustitia* Litigantes Consultores S.A.S. y el cuanto citado en la referencia, a Ud. me dirijo con el debido respeto, con el fin de rendir el concepto requerido. Sustento esta actuación en los términos expuestos a continuación.

I. LA PETICIÓN DE CONCEPTO

Se refiere en el proceso de selección de la referencia, en la apertura de sobres se encontró que la fecha de creación de los archivos, de uno de los proponentes, contenidos en medio magnético (CD), es de una fecha posterior al cierre del proceso, y que, una vez solicitada la explicación al proponente, Comercializadora Fijación Externa S.A.S., y obtenida la respuesta [no se indica ¿cuál fue?], el Comité de Contratación, solicita se dé respuesta a las siguientes preguntas:

1. ¿La propuesta presentada por Comercializadora Fijación Eterna S.A.S., está incurso en causal de rechazo y debe ser excluida del proceso de selección?

2. ¿Es viable para el Comité de Contratación abstenerse de evaluar la oferta presentada?
3. ¿Es posible revocar o declarar desierto el proceso de selección?
4. ¿Si se da continuidad al proceso de selección, los integrantes del Comité de Contratación estarían violando preceptos normativos que impliquen responsabilidad disciplinaria?

Y solicitan una recomendación de si es procedente o no continuar con el proceso de selección.

II. CONSIDERACIONES

Realizaremos en primer lugar, alguna referencia, a una cita jurisprudencial, con el fin de iluminar el camino que deberá guiar las respuestas a los interrogantes formulados, así:

"(...) Los procesos de selección de contratistas del Estado están diseñados para que dé ordinario culminen en el acto de adjudicación al proponente que hizo la oferta más favorable, decisión que debe ser debidamente razonada y motivada (arts. 24 No. 7 y 30 No. 11 L. 80 de 1993). Sin embargo, pueden sobrevenir circunstancias excepcionales que trunquen o hagan imposible la selección objetiva del contratista y que generan el fracaso del proceso de selección.

"En tanto situación excepcional, la administración no queda habilitada por vía general para declarar desierto cuando las razones que invoca están por fuera de la ley y por lo mismo "cuando alguna de las causales de la declaratoria de desierto no está configurada, la administración debe proceder a la adjudicación del contrato". Igualmente, no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato cuya adjudicación se trata.

"La Sala reitera que es inadmisibles el rechazo de los proponentes por requisitos formales, nimios e inútiles, tal y como se desprende del inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 – original – de la Ley 80 de 1993, que prescribe que el ausencia de

requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

"(...).

"Por lo demás, la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratistas, pues dicha decisión solo resulta procedente cuando median causales y circunstancias previamente contempladas "y por ello no cualquier hecho conduce a la declaratoria de desierto (...) sino que es menester que el mismo impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco dispuesto por el ordenamiento jurídico.

"Es procedente insistir en que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas pueda dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos formales, nimios o inútiles. Lo que da tanto como afirmar que la determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, solo pueden tener lugar cuando se presenten motivos o causas que hacen imposible cumplir con la selección objetiva.

"(...)".¹(Las negritas y subrayas son fuera de texto).

Para determinar la esencialidad del requisito en el cual se advierte la falencia en el caso *sub examine*, es del caso, acudir a los pliegos de condiciones del proceso de selección [recuérdese que el régimen aplicable al contrato es de derecho privado, al tratarse de una empresa social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195, numeral 6º de la Ley 100 de 1993]. Dentro de los requisitos especiales, en la nota No. 3, se estableció:

"Los proponentes deberán adjuntar la propuesta económica en medio físico y EN MEDIO MAGNETICO. Las inconsistencias entre las ofertas (físico – magnético) serán responsabilidad y riesgo del oferente, prevalecerá la información presentada en físico". (Las negritas y subrayas son fuera de texto).

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 0500123260001997103201 (20811). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Y más adelante, en el acápite de presentación, se indicó: "(...) El día del vencimiento del término para presentar las Ofertas, el Hospital Civil de Ipiales E.S.E., levantará un informe con la lista de los Proponentes y la hora de presentación de las Ofertas en el formato dispuesto para ello" (Negritas y subrayas fuera de texto), y que, "(...) Las ofertas deberán ser presentadas en medio físico y sobre cerrado (...)". (Negritas y subrayas fuera de texto).

En el pliego, también se fijaron las condiciones para la declaración de desierto del proceso de selección y las causales de rechazo.

Consta, el acta No. 003 de apertura de las propuestas presentadas, de fecha 22 de enero de 2024, y en la cual, además de la participación de los proponentes, se contó con la asistencia de revisoría fiscal. Allí quedó constancia de la presentación de las propuestas, de dos (2) proponentes, en sobre cerrado y con entrega de un CD, y con fecha de creación de Comercializadora Fijación Externa S.A.S., 19 y 20 de enero de 2024 entre las 6:26 p.m. y 10:05 a.m. y de INFOMED S.A., el día 19 de enero de 2024 entre las 11:15 a.m. y las 12:01 p.m. [De conformidad con el pliego de condiciones el cierre del proceso estuvo previsto para el día 19 de enero de 2024].

Ante requerimiento realizado al proponente, Comercializadora Fijación Externa S.A.S., en relación con la inconsistencia en la fecha de creación del documento, se respondió que "(...) la persona que realizó la copia hizo un cambio de sistema operativo para realizar la copia usando Windows, como casi nunca usan dicho sistema operativo, no se percató que la configuración de la instancia de Windows de su máquina tenía deshabilitada la característica de sincronización de fecha y hora (...). Desafortunadamente la configuración de fecha y hora no era real, sino que estaba adelantada a la fecha y hora regional. (...)".

Así las cosas, y de conformidad con lo enantes expuesto, se concluye:

1. La irregularidad presentada no vicia el proceso de selección y no impide la adjudicación, porque el pliego de condiciones fijó como regla que, entre una inconsistencia entre la propuesta escrita y su copia magnética, prevalecerá la primera.
2. La inconsistencia presentada, entonces, en el CD que contiene la copia magnética no impide la verificación de cumplimiento de requisitos habilitantes, y tampoco impide la comparación sobre las propuestas presentadas, que se realizan sobre la propuesta por escrito.
3. El principio de buena fe se presume, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Nacional de 1991, en todas las actuaciones que los particulares adelantan ante el Estado, de ahí que, en el caso *sub examine*, mientras no se demuestre lo contrario, habrá de privilegiarse la explicación que desde el punto de vista técnico rindió el proponente requerido.
4. La disconformidad en la fecha presentada, no encaja en ninguna de las causales de rechazó que se encuentran contempladas en el pliego de condiciones y tampoco para realizar su declaración de desierto.

Y

5. La Administración – Hospital Civil de Ipiales – E.S.E., y la revisoría fiscal, han dado certeza de que las propuestas fueron aperturadas en presencia de los dos (2) oferentes, y que, no se presentan alteraciones, habiéndose consignado el error en la fecha encontrada en el medio magnético [CD] de uno de los proponentes, lo que da noticia cierta, de que el medio magnético se encontraba con el error desde el mismo instante de su apertura y que, en consecuencia, no se introdujo en una fecha posterior al cierre del proceso de selección.

Bajo las anteriores conclusiones, a continuación, absolveremos los cuestionamientos presentados.

III. RESPUESTA

A las preguntas formuladas:

1. No. La propuesta presentada por Comercializadora Fijación Externa S.A.S. no se encuentra incurso en causal de rechazó y, en consecuencia, no existen criterios para excluirla del procedimiento de selección adelantado.
2. Si. Si es viable que el Comité de Contratación se abstenga de evaluar la propuesta presentada por Comercializadora Fijación Externa S.A.S., si a su juicio, considera que la misma se encuentra incurso en una causal de rechazo, o que, por cualquier circunstancia prevista en los pliegos o en la ley, el proceso de selección deba declararse desierto, y dicha decisión deberá ser motivada. A *contrario sensu*, no podrá abstenerse de evaluar la propuesta.
3. No. No encontramos ninguna causal que justifique declarar desierto el proceso, de conformidad con lo previsto en el pliego de condiciones y en la ley.
4. No se puede responder. Porque la competencia exclusiva y excluyente para determinar si por los servidores públicos se incurre o no, en falta disciplinaria, es de quien tiene la facultad disciplinaria [Oficinas de Control Interno Disciplinario, Personerías y Procuraduría General de La Nación]. En todo caso, consideramos que no se incurre en falta disciplinaria, de continuar el proceso selectivo, al no encontrar una causal que permita el rechazó o la declaratoria de desierto del mismo, pero


iteramos que, nuestra opinión no enervará una visión del asunto diferente de parte de los órganos con poder disciplinario.

En nuestro criterio jurídico, no obligatorio, es procedente continuar con el proceso de selección.

Lo anterior, además por cuanto, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 80 de 1993 los proponentes y contratistas son responsables en caso de suministrar información falsa, en el curso de procesos de selección y en la ejecución del contrato, y ello, es aplicable en el caso de entidades públicas cuyo régimen contractual es privado, y en caso de suministrar – los oferentes – información falsa, pueden incurrir en los delitos de falsedad en documento privado, o falsedad ideológica en documento público o fraude procesal, sin que se descarten otras conductas punibles, sin que el Hospital Civil de Ipiales – E.S.E., pueda calificar de ilegal un documento (escrito o magnético) o tildarlo de falso, dado que en el marco de evaluación de estos, se actúa bajo el principio de buena fe (artículo 83 constitucional y 1603 del Código Civil), y se atiende a una debida reserva legal: "(...) La Corte ha dicho que la definición de las conductas punibles, esto es, la creación de tipos penales, tiene reserva de ley, lo que significa que solo el legislador puede señalar, por vía de autoridad, los comportamientos penalmente reprochables, correspondiéndole al Juez únicamente la valoración de los hechos y la subsunción de las conductas de la pena previamente fijada por aquel (...)".² (Las negritas y subrayas son fuera de texto).

Es nuestro concepto sobre el tema consultado, salvo mejor criterio.

Atentamente,


JAVIER MAURICIO OJEDA PEREZ
C.C. No. 98380.999 expedida en Pasto
I.R. No. 90563 otorgada por el C.S.J.

² Corte Constitucional. Sentencia C – 637 de 16 de septiembre de 2009.

FERNANDO EDMUNDO ACOSTA CAICEDO

Abogado

Universidad de Nariño - Universidad Externado de Colombia

Centro Administrativo Cámara de Comercio, Oficina 508

fernandoacostacaicedo@hotmail.com

Celulares 314 893 4464 - 300 611 8037

San Juan de Pasto

San Juan de Pasto, 5 de febrero de 2024

Doctora

ENITH ESNEDA GUERRERO MARTINEZ

Subgerente Administrativa

Presidente del Comité de Contratación

Hospital Civil de Ipiiales E.S.E

Ipiiales – Nariño

Referencia: Solicitud de concepto jurídico Proceso de Selección de Menor
Cuantía No. CME 001-2024

Objeto: SUMINISTRO DE MATERIAL DE OSTEOSINTESIS PARA EL
HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.

Cordial saludo

De manera respetuosa, me permito dar respuesta al oficio de la referencia, precisando que la participación en la reunión que se menciona se hizo de manera virtual.

De conformidad con lo anterior, se responde

1.- ¿La propuesta presentada por COMERCIALIZADORA FIJACION EXTERNA SAS, esta incurso en causal de rechazo y debe ser excluida del proceso de selección?

Las causales de rechazo de las propuestas son taxativas. En ese orden de ideas, habrá necesidad de determinar si la causa de duda esta incluida en el listado que se hubiera fijado en los estudios y demás documentos precontractuales

Al revisar los documentos precontractuales se evidencia que la situación presentada no se estableció como causal de eliminación o rechazo de ofertas recibidas dentro del proceso

Igualmente, se deberá corroborar con las causas establecidas de manera legal.

2.- ¿Es viable para el Comité de Contratación abstenerse de evaluar la oferta presentada por COMERCIALIZADORA FIJACION EXTERNA SAS?

Como se determinó en la reunión de 29 de enero, COMERCIALIZADORA FIJACION EXTERNA SAS, deberá presentar un informe técnico que de manera idónea explique las diferencias entre la fecha de entrega de la propuesta y la que registra el CD que contiene la información financiera requerida por el Hospital Civil de Ipiales ESE

La solicitud de explicaciones en procesos de contratación, son pertinentes, solo a manera de ejemplo. La solicitud de justificación cuando un proponente presenta en su oferta un precio que pareciera artificialmente bajo.

3. ¿Es posible revocar o declarar desierto el proceso de selección?

La respuesta, corresponde a la claridad y pertinencia de las explicaciones que necesariamente deberá ofrecer COMERCIALIZADORA FIJACION EXTERNA SAS

Sin embargo, no resultaría pertinente la declaratoria de desierto del proceso contractual

4. ¿Si se da continuidad al proceso de selección, los integrantes del Comité de Contratación estarían violando preceptos normativos que impliquen responsabilidad disciplinaria?

Frente a las dudas, que se generan por las diferencias de fecha entre la registrada en la propuesta física y la que se evidencia en el CD, será necesario conocer la suficiencia de las explicaciones técnicas, para que el Comité de Contratación, adopte las decisiones de contractuales que correspondan.

Sin embargo, la decisión de la existencia de una causa para dar inicio o no a un proceso disciplinario corresponderá definirlo al operador disciplinario con competencia

El presente se emite de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del CPACA, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



FERNANDO EDMUNDO ACOSTA CAICEDO
Abogado Externo Hospital Civil de Ipiales ESE

