

OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

RESOLUCION 261 DE 2014

Por el cual se adopta el manual de contratación de la ESE Carmen Emilia Ospina "Referente Jurisprudencial".

CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Rad: 1127

Por regla general en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado. En el evento de que en la contratación que realicen las Empresas Sociales del Estado se pacten las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993, las entidades respectivas deberán dirimir sus controversias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en general, cuando la finalidad de los contratos que

Relacionados con la construcción de obras, consultorías, prestación de servicios para desarrollar actividades concernientes a la administración o funcionamiento de la entidad, concesión de obras o de servicios públicos, encargos fiduciaros y fiducia pública, deberán aplicar las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, por tratarse de contratos de derecho público que disponen de regulación especial. Las Empresas Sociales del Estado que requieran personal para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, que no puedan realizarse con personal de planta, sólo podrán celebrar por el término estrictamente indispensable los contratos de prestación de servicios que define la ley 80 de 1993 en el numeral 3o. de su

OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

artículo 32 y sin que generen relación laboral ni prestaciones sociales.

El contratista independiente, sea persona natural o jurídica, será remunerado a título de honorarios y escogido, de acuerdo con la cuantía del contrato, por el sistema de selección que determina la mencionada ley.

En cuanto a actividades que no están relacionadas directamente con el servicio público de salud que debe prestar la entidad, es pertinente acudir al contrato de suministro de cosas o servicios previsto en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio. Al estar regidas por el derecho privado en materia de contratación - salvo cuando celebran los contratos que define el artículo 32 de la ley 80 de 1993 - , no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado lo dispuesto en el numeral 24 ibídem, numeral 1o., letra L, respecto de contratos de prestación de servicios de salud. Las Empresas Sociales del Estado, cuando celebran contratos regidos por el derecho privado, pueden seleccionar a sus

contratistas de acuerdo con el criterio que tenga la administración, claramente expuesto en su reglamento interno. Autorizada su publicación el 24 de agosto de 1998.

RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO NORMATIVIDAD APLICABLE

El Numeral 6 del artículo 95 de la Ley 100 de 1993, estableció, en relación con el régimen jurídico de las ESE, lo siguiente: "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".

De otro lado, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, realiza una enumeración de las que denomina Entidades Estatales, entre las cuales se encuentran las entidades descentralizadas como lo son las ESE. Como consecuencia, estas entidades se regirán, al celebrar sus contratos y según el artículo 13, "por las disposiciones comerciales y

OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley". El Consejo de Estado en consulta de fecha del 20 de agosto de 1998, conceptuó en relación con el régimen contractual de las Empresas Sociales de Estado, determinando que su legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato. Con todo, esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la Ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que la ESE resuelva incluirlas en el texto del respectivo contrato. En segundo lugar, porque, celebrar determinados contratos estatales regulados en la Ley 80, les resulta aplicable dicha ley a las referidas Empresas Sociales del Estado. Estos contratos son los definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

- Contrato de obra
- Consultoría
- Prestación de servicios
- Concesión
- Encargo fiduciario
- Fiducia pública

Acorde con lo señalado por el Consejo de Estado se tiene: Por regla general en materia de

contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado. –Cuando las Empresas Sociales del Estado, necesiten celebrar contratos relacionados con la construcción de obras, consultoría, prestación de servicios, concesión de obras o de servicios públicos, encargos fiduciaros y fiducia pública, deberán aplicar las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, por tratarse de contratos de derecho público que disponen de regulación especial.

CONCLUSIÓN

Por regla general los contratos que celebren las Empresas Sociales del Estado, no requerirán de publicación en el SECOP, toda vez que se regirán por el derecho privado en virtud de su régimen especial. Cuando se celebren contratos de obra, consultoría, prestación de



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO
CARMEN EMILIA OSPINA
NIT 813.005.265-7



OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

servicios, concesión de obras o de servicios públicos, encargos fiduciaros y fiducia pública; deberán publicarse en el SECOP, por ser contratos especiales regulados por la Ley 80 de 1993. Cuando una entidad estatal celebre contrato con una Empresa Social del Estado, dicho contrato se regirá por lo establecido en el Estatuto General de Contratación. **GENERA**

IVAN DARIO GUTIERREZ CARDOZO
AUDITOR JURIDICO.