

	RESPUESTA OBSERVACIONES SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN	CÓDIGO: GJ-R-062
		FECHA VIGENCIA: 2019-09-19
		VERSIÓN: 01
		Página 1 de 5

Ibagué, 11 de febrero de 2021

Doctora
JULIANA MACÍAS BARRETO
 Secretaria General
 IBAL S.A. E.S.P
 Ibagué

RESPUESTA A OBSERVACIONES A LA INVITACIÓN N° 026 de 2021, cuyo objeto es "CONTRATAR EL SERVICIO DE RECEPCIÓN, CLASIFICACIÓN, TRANSPORTE, CURSO Y ENTREGA DE CORREO Y MENSAJERÍA URBANA, NACIONAL Y TRANSPORTE DE MERCANCÍA POR CARRETERA PARA EL IBAL S.A. ESP OFICIAL".

Respetada Doctora:

Por medio de la presente nos permitimos colocar en su conocimiento la respuesta emitida por los responsables del proceso, a las observaciones que se recibieron dentro del término de traslado concedido en el cronograma del proceso.

OBSERVANTE 1. SERVICIOS POSTALES NACIONALES 4-72. (10 de febrero de 2021, 5:10 p.m. a través de correo electrónico)

OBSERVACIÓN 1: *Agradezco se modifique el tema de la devolución de envíos que no fue posible su entrega, de la siguiente manera:*

El contratista, deberá devolver la correspondencia no entregada dentro de las (48) horas hábiles siguientes a la fecha límite para la entrega, junto XXXX (sic), siempre y cuando el motivo de devolución sea diferente a Cerrado2.

Cuando el motivo de devolución es Cerrado 2, la correspondencia se retorna al tercer día de la fecha límite para la entrega.

RESPUESTA OBSERVACION 1: No se acepta la observación, teniendo en cuenta que el tiempo de devolución de los envíos, son los requeridos por la empresa para dar respuesta a las peticiones de los usuarios, por lo tanto se ratifica la obligación establecida en la presente invitación.

OBSERVACIÓN 2: *Respecto a las garantías favor solicitar su valoración de cara a la siguiente normatividad:*

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica, el contrato a suscribir sería un interadministrativo, razón por la cual para la inclusión de multas, clausula penal pecuniaria y garantías, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

1. *Pese a que la ley 1150 de 2007 consagró de manera expresa la facultad de aplicar **multas, sanciones y/o clausulas penales**, en los contratos de las entidades sometidas al*

	RESPUESTA OBSERVACIONES SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN	CÓDIGO: GJ-R-062
		FECHA VIGENCIA: 2019-09-19
		VERSIÓN: 01
		Página 2 de 5

*Estatuto General de Contratación, esta facultad no se otorgó de manera ilimitada para cualquier tipo de entidad estatal pues quedaron excluidas las entidades sometidas a regímenes de excepción, tales como las empresas de servicio público domiciliario, universidades estatales, empresas sociales del estado, sociedades de economía mixta o **empresas industriales y comerciales del estado**.*

2. *Aunado a lo anterior, la ley 80 de 1993 en su artículo 14 y ss señala las cláusulas excepcionales que puede aplicar, sin embargo el párrafo expresa lo siguiente:*

*"PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los **interadministrativos**; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".*

3. *De igual manera, en virtud de los principios de razonabilidad, racionalidad, equilibrio financiero y las características del objeto a contratar, por la modalidad de contratación (contrato interadministrativo), en atención con lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley 1150 de 2007:*

*(...) **Las garantías no serán obligatorias** en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento (...) (NEGRITA FUERA DEL TEXTO)*

4. *Finalmente, tener en cuenta el **principio de proporcionalidad y equidad** del artículo 1596 del Código Civil y el artículo 867 del Código de Comercio, donde no es posible cobrar una cifra superior a la que proporcionalmente corresponde al nivel de ejecución del contrato, pues los demás valores, como perjuicios o sobre costos, deben ser exigidos judicialmente.*

RESPUESTA OBSERVACION 2:

Al respecto se hace necesario aclarar lo siguiente: un contrato interadministrativo es aquel en que ambas partes son entidades públicas, y una cancela a otra la prestación de un servicio. En el caso particular, en efecto el contrato a suscribir por la naturaleza de las partes será denominado contrato interadministrativo. Ahora bien la causal de contratación establecida para contratación directa es la indicada en el artículo 28 No. 6 "para la prestación de servicio de correo certificado" por tanto dicha causal permite invitar sea entidades públicas o privadas. Es decir que pese a que no se denomine en el objeto de la invitación y en la causal de selección indicada en la misma, el contrato a suscribir será denominado interadministrativo.

	RESPUESTA OBSERVACIONES SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN	CÓDIGO: GJ-R-062
		FECHA VIGENCIA: 2019-09-19
		VERSIÓN: 01
		Página 3 de 5

Ahora bien, respecto a la normatividad alegada para la exclusión de multas, cláusula penal y garantías, vale la pena mencionar que no es aplicable a la empresa IBAL SA ESP OFICIAL, dado que no es la normativa regulatoria de la entidad, pues la ley 142 de 1994 indicó que todos los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado.

Al respecto cabe citar, en primer lugar, la Sentencia de la Subsección B, de 19 de junio de 2019 (exp. 39800) que, además de acoger esta tesis, expuso reiterados pronunciamientos jurisprudenciales que la secundan (se transcribe):

102. *“Que el régimen aplicable al caso en estudio, para los actos y los contratos, sea el derecho privado, conlleva importantes consecuencias, siendo la más obvia, natural y significativa (aunque muchas veces olvidada), el que, en efecto, los actos se rijan por ese derecho, y no por el derecho público. La anterior conclusión, que se erige como una de las consecuencias más evidentes, en ocasiones inadvertida, en todo caso no ha sido ajena a las pronunciamientos de esta Corporación; por el contrario, ya desde la citada providencia S-701 de 23 de septiembre de 1997, se señaló que ‘los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos’¹.*

103. *En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en providencias más recientes. Precisamente, la Corporación, en Sentencia de 20 de febrero de 2017, señaló (se transcribe):*

“[...] aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo”².

¹ (Nota a pie de la cita) Otra consecuencia de la actual configuración, que había sido identificada con anterioridad, es que la disciplina actual, unida al juez de conocimiento que se ha decidido, lleva a algunas perplejidades, como la verificación de casos que se rigen en su integridad por el derecho privado, cuyo conocimiento terminará siendo enteramente por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

² (Nota a pie de la cita) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2017, expediente 56.562.

104. En oportunidad más próxima, en igual sentido, se concluyó (se transcribe):

"[...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos"³.

(...)

106. Debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos como los expedidos por la EAA, en los que se terminó el contrato, no son, en realidad, actos administrativos, en otras palabras, no son actuaciones que concreten una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder"⁴

Como puede evidenciarse, existe postura reiterada del Consejo de Estado respecto que el régimen de contratación de las ESPD es el derecho privado con excepción de los casos que indique la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, de conformidad con el ARTÍCULO 1501 del código civil, se establecen COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. E indica "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales."

Es decir que Las multas y clausula penal son cláusulas accidentales del contrato que son objeto de voluntad de las partes. Para su acuerdo se tendrá en cuenta lo establecido en el código civil colombiano y en efecto, su contenido será regulatorio conforme el código civil colombiano.

Por tanto, el contenido de las multas y cláusulas penales será objeto de negociabilidad al momento de estructurar la minuta del contrato.

De ante mano, el porcentaje de las multas y de la cláusula penal pese a que no se indicó en el contenido de la invitación, regulado en el manual de contratación de la empresa (Acuerdo 001 de 2020) por tanto dichas tarifas son proporcionales al grado de incumplimiento del contrato conforme lo indica el código civil colombiano.

³ (Nota a pie de la cita) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, expediente 57.394.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800.

 IBAL SIG S.A. ESP. OFICIAL SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN	RESPUESTA OBSERVACIONES SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN	CÓDIGO: GJ-R-062
		FECHA VIGENCIA: 2019-09-19
		VERSIÓN: 01
		Página 5 de 5

Ahora bien, respecto a la exigencia de las garantías, las mismas están establecidas en el manual de contratación de la empresa y las mismas son requeridas por la empresa en virtud de la importancia del proceso de contratación. En este sentido las garantías no son objeto de negociabilidad.

Cordialmente.



JAVIER PIEDRAHITA SARMIENTO

Profesional Especializado III Gestión Recursos Físicos

Respuesta de contenido obligatorio



WILLINTON JARAMILLO HERRERA

Profesional Especializado III Gestión Atención al Cliente y PQR

Respuesta de contenido obligatorio



MIRYAM ALEXANDRA BUSTAMANTE URUENA

Profesional Jurídico.

Respuesta de contenido jurídico

21)

21)