



Santiago de Cali, 18 de Febrero de 2019

Señores:

**ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES
DE COLOMBIA Y LA SALUD - "ASSTRACUD"**

Atn. Dra. Johanna Piedrahita Peláez

Ciudad

ASUNTO: RESPUESTAS A SUS OBSERVACIONES; PROCESOS DE SELECCIÓN POR CONVOCATORIA PÚBLICA No. 011, 012, 013 y 014 DE 2019.

Cordial saludo:

En acatamiento de lo dispuesto en el cronograma de los procesos de selección por convocatoria pública de mayor cuantía No. 011, 012, 013 y 014 DE 2019, el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E., se permite emitir respuesta a las observaciones formuladas a las convocatorias referidas de la siguiente manera:

Lo primero es precisar que las respuestas emitidas por el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. para aclarar su contenido deben hacer parte de los términos de condiciones para conocer el sentido, alcance e interpretación de sus cláusulas y así se ha expresado en los mismos:

"La discusión de si la aclaración realmente modifica, complementa o precisa el contenido de una estipulación del pliego no es asunto de poca monta, y lo procedente es considerar y aportar al proceso todas las manifestaciones de voluntad de la administración orientadas a definir las reglas obligatorias durante el proceso precontractual y contractual, para desentrañar su sentido y efectuar el control de legalidad.

Por ello, las respuestas remitidas por la administración a las preguntas de los interesados, consolidan y precisan las reglas del pliego. (Sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera – Referencia: Expediente 15.123 de 31 de Octubre de 2007 – Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo).

Ustedes nos dicen en su escrito:

1. En los proyectos de términos de condiciones se establece que para participar en las convocatorias precitadas se debe "Ser una persona natural o jurídica debidamente constituida, debiendo presentar certificado de cámara de comercio o documento equivalente para personas jurídicas con una expedición no mayor a 30 días anteriores a la fecha de la presentación de propuesta." Por ende, para acreditar la capacidad jurídica de las asociaciones sindicales específicamente se solicita que el documento que acredite la inscripción y vigencia debe estar con una expedición no menos de 30 días anteriores a la fecha de la presentación de la propuesta. Frente a lo anterior, se considera restrictiva esta solicitud, en el entendido que las entidades territoriales como lo es el Ministerio del Trabajo emplean más de veinte (20) días hábiles para la expedición de del documento en mención. En consecuencia, es necesario se amplíe el tiempo de la certificación a no menos de sesenta (60) días, para que se brinde la oportunidad de que se presenten todas las personas jurídicas en general y se cumpla con el objetivo de las convocatorias.

RESPUESTA: En su apreciación, expresamente aluden la mención de una asociación sindical y es entendible el caso especial de ciertas personas jurídicas para acreditar su inscripción, vigencia y representación legal, por lo cual se aceptará, que en el preciso caso de las asociaciones sindicales, éstas certificaciones o documentos equivalentes sean expedidos en cualquier tiempo sin restricción, después que sean suscritos por la autoridad competente para ello.

2. En los estudios previos y en los proyectos de términos de condiciones se establece: "El proponente deberá presentar el análisis de precios para cada uno de los ítems solicitados en el anexo No. 9, los precios cotizados para cada ítem no serán objeto de ajuste por ningún motivo...". Al observar el anexo 9 encontramos que en el punto II referido a la denominada "MANO DE OBRA" se solicita identificar: "trabajador, honorarios, prestaciones, jornal total, otro, valor unitario". Eso sí, se condiciona al proponente a utilizar el formato siempre y cuando cumpla con lo requerido en los términos de condiciones; y adicionalmente, se advierte que "el no cumplimiento de estos requisitos hará que la propuesta no esté habilitada para la calificación económica."

En cuanto a esta exigencia de la entidad contratante, se debe tener en cuenta que existen figuras de vinculación de personal que no implican una relación laboral, como lo son las asociaciones sindicales. Por ende, si las asociaciones sindicales no pueden dar cumplimiento a estos requisitos del formato, ¿Quedarían excluidas de participación a las Convocatorias 007, 011, 012, 013 y 014 del 2019, las asociaciones sindicales?

Recordemos que de acuerdo al art. 2.2.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, las empresas temporales "EST" son las únicas facultadas para suministrar personal temporalmente, y en los casos previstos en el art. 2.2.6.5.6 del Decreto citado anteriormente, es decir cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazo del personal en vacaciones, uso de licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad, para atender incrementos en la producción por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más. En consecuencia, solicito, de manera respetuosa, que se replantee el formato del análisis del precio, para que realmente todas las personas jurídicas estén incluidas.

RESPUESTA: Consideramos que más que una observación, esto se trata de una apreciación por demás subjetiva. No se está excluyendo a las asociaciones sindicales, ya que los oferentes tienen la posibilidad y es potestativo el utilizar el formato que consideren pertinente y ya que el Anexo 9 de los términos de condiciones es un referente, cada proponente deberá atemperar su propuesta a la figura jurídica a la que corresponda.

3. En apartes de los estudios previos y en los proyectos de términos de condiciones se establece: *“El hospital Universitario del Valle “Evaristo García” E.S.E. se reserva el derecho de exigir al contratista, y por escrito, el reemplazo de cualquier persona vinculada al proceso, sin que este adquiera el derecho de elevar reclamos por esta causa”*. De acuerdo a la Resolución 2021 de 2018 del Ministerio del Trabajo, mediante la cual establece lineamientos respecto a la inspección, vigilancia y control que se adelante frente al contenido de los art. 74 L.1753 de 2015 y 63 de L.1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios, en caso de que exista alguna prueba de que el personal del contratista se encuentre bajo la subordinación del contratante, se configura la indebida intermediación laboral y una tercerización ilegal, lo cual es una infracción que se comete tanto por el contratante como por el contratista, y acarrea sanciones como lo expresa el literal C del artículo 8 de la Resolución 5670 del 2016: *“si el contratista, actúa como tercero aparente, sin desarrollar la prestación del servicio con autonomía y libertad en su ejecución, encontrándose su personal bajo la subordinación del contratante, nos encontramos ante una indebida intermediación laboral y una tercerización legal, infracción cometida tanto por el proveedor como el beneficiario”*.

Retirar del servicio al personal a juicio del Hospital como si quedara a disposición de la entidad, desnaturaliza el contrato sindical y desconoce la autonomía administrativa del sindicato y evidencia intermediación laboral por parte de la entidad contratante.

Por lo tanto, someter el retiro de personas a la aprobación o al mandato del contratante, son pruebas suficientes para que el Ministerio del Trabajo demuestre que el contratista es un tercero aparente, que no tiene ninguna autonomía administrativa ni operativa, y así se configura la indebida intermediación laboral y una forma de tercerización ilegal, quedando demostrado que el personal del contratista se encuentra bajo la subordinación del contratante.

RESPUESTA: Sigue el lineamiento de la respuesta anterior, ya que es subjetivo y son ustedes quienes direccionan la observación hacia las asociaciones sindicales dando por sentado que se celebrarán contratos sindicales. Las entidades del Estado, como es el caso del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” E.S.E. al celebrar los contratos cualquiera sea su tipología, debe cumplir los cometidos estatales, los lineamientos y principios que rigen la contratación administrativa (Art. 209 C.N.) y su propio reglamento y manual de contratación, lo que conlleva a que deba tener control y dirigir el contrato que celebre sin entrar a desconocer la autonomía de los contratistas. Vale decir, que ustedes utilizan en su observación las definiciones de la figura de intermediación laboral y de tercerización ilegal, que no son lo mismo y de lo cual al tener que ver con la observación número 4. de su escrito nos referiremos a ello en dicha respuesta.

4. En los estudios previos y en los proyectos de términos de condiciones de los procesos de selección por convocatoria pública de mayor cuantía No. 007, 011, 012, 013 y 014 del 2019 establece “el personal asignado en el proceso deberá ser el mismo de la propuesta del ofertante, en ningún caso podrá ser reemplazado sin autorización del HUV”. Es necesario recalcar frente a este tema que se está realizando la convocatoria pública busca (Sic) contratar la prestación del apoyo a procesos y subprocesos de la entidad, y adicionalmente, si debe existir autorización, se puede interpretar como una pérdida de autonomía administrativa por parte del contratista, por lo cual es necesario recordar lo expuesto en el numeral 3 de la Resolución 2021 de 2018 del Ministerio del Trabajo, mediante la cual



establece lineamientos respecto a la inspección, vigilancia y control que se adelante frente al contenido de los art. 74 L. 1753 de 2015 y 63 de L. 1429 de 2010.

RESPUESTA: Con relación a la autonomía administrativa, En Colombia, el tema ha sido confuso en su manejo y aplicación, lo que se acentuó con la expedición del Decreto 583 del 2016, que asimiló los dos tipos de tercerización en una sola, al unificarlas en un solo término que no se había utilizado en la legislación colombiana: “tercerización laboral”, entendida esta como “los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes y servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes” (D. 1072/15, art. 2.2.3.2.1, num. 6º; D. 583/16, art. 1), habilitando de esta forma a toda persona natural o jurídica a manejar trabajadores a terceros bajo la figura de la tercerización de procesos de bienes y de servicios sin diferenciación alguna.

Ante la confusión generalizada, se presenta un antecedente reciente de una sentencia del Consejo de Estado (2218-2016), que anuló la parte de la definición y el alcance de ese Decreto 583 del 2016, haciendo una clara distinción de lo que debe entenderse en la legislación colombiana por “tercerización”, que aplica a la de bienes y de servicios como resultado final, y la “intermediación laboral”, que se refiere al envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en sus actividades misionales permanentes.

En esa línea, el Ministerio del Trabajo expidió, el pasado 9 de mayo, la Resolución 2021 de 2018, que distingue los dos conceptos, expresando en sus considerandos que “la figura de la tercerización, subcontratación u “outsourcing”, se encuentra encaminada a que mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, a que requiere se le suministre bienes y /o servicios contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia, situación igualmente establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 34, el cual no solo establece lo señalado sino que presenta la figura de la solidaridad como garantía de los derechos de los trabajadores”.

Situación bien diferente a la de la “intermediación laboral”, que debe entenderse como “el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades. Esta actividad únicamente podrá ser desarrollada por las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 hoy incorporado en el decreto único reglamentario número 1072 de 2015. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a ninguna persona natural o jurídica que no esté debidamente acreditada como Empresas de Servicios Temporales a través de una autorización otorgada por este Ministerio y solo de adelantar en los casos que la Ley así lo haya autorizado”.

Autorizados:

Hecha esta claridad y ateniéndonos a las disposiciones vigentes en el país, tenemos, de acuerdo con las distinciones reseñadas, que en Colombia la actividad de la “tercerización” está prevista para el caso de los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo y el contrato colectivo sindical. Basta con solo revisar el objeto social de cada una de estas figuras para constatarlo.

Y cuando se trata de “intermediación laboral”, debe entenderse el envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales permanentes. Cabe preguntarse: ¿qué debe entenderse por ese tipo de actividades? Pues las propias del usuario



contratante, o sea, las misionales permanentes, que, para el caso particular de la prestación del servicio temporal, se definen como “aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa” (D. 1072/15, art. 2.2.8.1.41, tercer párrafo).

En este contexto, la medida de temporalidad aplica a los servicios específicos y concretos de colaboración que se presenten en la actividad de un tercero beneficiario de ese servicio, que la ley llama usuario, en los eventos o situaciones que se reseñan en la ley como remplazos de personal por diferentes razones, incrementos en la producción, ventas o transporte, sector agrícola y cualquier tipo de servicio (L. 50/90, art. 77), es decir, la medida de temporalidad no aplica al trabajador en misión, ni al cargo que este desempeña, ni al oficio, sino que corresponde a la naturaleza del evento previsto por la ley.

De esta forma, y entendido correctamente el alcance de las disposiciones sobre tercerización e intermediación laboral, esta última se convierte en un importantísimo mecanismo de respuesta flexible de recurso de mano formal con todas las garantías de ley para atender pronta y eficazmente la necesidades de personal en unas economías dinámicas, movibles, fluctuantes e inciertas, en no pocos casos, con un trabajador misional, permanentemente rotativo, en la colaboración de actividades de terceros, pero con un vínculo laboral estable y directo con su verdadero empleador que por ley es la empresa de servicios temporales.

Conclusiones:

De lo afirmado podemos concluir:

- No se debe confundir la intermediación laboral (envío en misión de trabajadores a terceros para colaborar temporalmente en desarrollo de sus actividades misionales permanentes) con la tercerización de bienes y de servicios.
- El término “intermediación laboral” es el correcto en la normativa colombiana, en lugar de “tercerización laboral”, que usó el Decreto 583 del 2016, que no tiene antecedente en la legislación colombiana y que fue anulado por el Consejo de Estado.
- El término “tercerización” aplica cuando se acude a terceros para obtener un resultado final en la producción de un bien o la prestación de un servicio y que se ejecuta por el contratado con sus propios recursos técnicos, administrativos, financieros y humanos, y con plena autonomía.
- Los únicos autorizados por ley para intermediar laboralmente en labores misionales permanentes de forma temporal son las empresas de servicios temporales (EST).
- Que los trabajadores en misión de las EST son contratados directamente por estas con contrato laboral como cualquier otro empleador en el país, dado que este carácter se lo otorga la misma ley (Ley 50/90, art. 71).
- En la intermediación laboral, la contratación de trabajadores en misión es directa y no indirecta, ni precaria. Es el mecanismo previsto por la ley para la formalización del trabajo flexible.



- Quienes hacen tercerización tienen limitación para hacer intermediación laboral, mas no para el desarrollo y/o ejecución de actividades de producción de bienes y prestación de servicios en labores misionales del tercero. Su restricción es para hacer intermediación laboral.

No es acogida la observación que se propone.

5. Se solicita se indique de manera expresa, dentro de los términos de condiciones el período sobre el cual se ejecutara (Sic) el contrato, toda vez, que no se menciona en un punto específico y solo se evidencia el plazo de la minuta del contrato, pero para mayor claridad en el proceso de solicita adicionarlo de manera expresa.

RESPUESTA: Claramente se encuentra definido en el aviso de la convocatoria pública, los estudios previos y desde el proyecto de términos de condiciones que el plazo de ejecución del contrato es de Ocho (8) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, lo que se traduce en que una vez de cumplan estos requisitos se suscribirá el acta de inicio y de allí en adelante se contarán los ocho (8) meses de ejecución.

Los invitamos a revisar el aviso de cada proceso, los estudios previos y los términos de condiciones en el acápite del plazo.

6. En las condiciones de experiencia se solicita se pueda anexar copia del contrato, toda vez, que estos contienen la información solicitada en las condiciones de experiencia.

RESPUESTA: Los Términos de Condiciones en cuanto a la acreditación de la experiencia, expresan:

Condiciones de Experiencia:

El Proponente deberá demostrar experiencia general mínima en Cinco (5) contratos de prestación de servicios ejecutados en entidades de salud del Nivel Tres (3) y máximo Diez (10) contratos de prestación servicios, cuyos objetos tengan relación con las obligaciones a ejecutar y que sean similares al objeto que se pretende contratar por parte del Hospital, en los últimos Cuatro (4) años contados de la fecha de cierre del presente proceso y cuya sumatoria sea igual o superior a Una (1) vez el valor del presupuesto oficial.

Tratándose de consorcios o unión temporal, estos requisitos pueden ser cumplidos únicamente por uno de sus integrantes quien deberá contar con un porcentaje de participación mínimo del 75%.

Para tal efecto, el interesado debe presentar los siguientes documentos:

Certificaciones:

Las certificaciones deben contener la siguiente información:

- Objeto.
- Número del Contrato.
- Entidad contratante.
- Nombre del contratista. (si se ejecutó en unión temporal o consorcio identificar los

integrantes y su porcentaje de participación).

- Fecha de iniciación
- Fecha de terminación.
- Actividades u obligaciones desarrolladas en el contrato que correspondan a las solicitadas en los presentes términos de condiciones.
- Valor del contrato.
- Firma de la persona competente.

Las certificaciones deberán estar firmadas por la persona competente, así:

- Para contratos públicos, por el ordenador del gasto, Secretario de Despacho, Jefe de Dependencia, supervisor o interventor del contrato.
- En el evento de que el proponente no cuente con una certificación con toda la información anteriormente descrita, deberá adjuntar a la certificación la siguiente documentación o cualquier documento idóneo para tal fin:
 - a) Si el contrato se suscribió en consorcio o en unión temporal se podrá acreditar el porcentaje de participación mediante copia del acuerdo de consorcio o de unión temporal.
 - b) La fecha de iniciación de la ejecución del contrato se podrá acreditar con la copia del acta de iniciación, de la orden de iniciación o con el documento previsto en el contrato.
 - c) La fecha de terminación de la ejecución del contrato, se podrá acreditar con copia del acta de recibo definitivo, acta de liquidación o con el documento previsto en el contrato.
 - d) El valor final del contrato se podrá acreditar con copia del acta de liquidación. (o el documento que haga sus veces) y/o acta de recibo final a satisfacción cuando el contrato se encuentre terminado y en proceso de liquidación.
 - e) Las obligaciones y/o actividades ejecutadas, se podrán acreditar con la presentación de la copia del contrato correspondiente y/o copia del acta de liquidación o el documento que haga sus veces.
- No se aceptan contratos con el sector privado ni subcontratos de prestación de servicios.
- Las certificaciones de experiencia se consideran expedidas bajo la gravedad del juramento y por tanto su contenido se desvirtúa con prueba en contrario. No se admiten autocertificaciones para todos los casos proponente y equipo de trabajo deben provenir del ordenador del gasto, secretario de despacho, Jefe de dependencia, supervisor o interventor del contrato.

Nota 1: Si a partir de los documentos soportes de cada contrato, el proponente no acredita toda la información necesaria para realizar la verificación, el contrato no se tendrá en cuenta para validar la experiencia específica del proponente o para cumplir con los requisitos mínimos para efectos de la evaluación.

Nota 2: EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA” E.S.E. se reserva el derecho de verificar durante la evaluación y hasta la adjudicación, la información aportada por el

proponente, y a fin de corroborar la misma, solicitar los soportes que considere convenientes tales como: certificaciones, copias de los contratos, actas de liquidación, estados financieros, copia de pago de impuestos etc. En ejercicio de esta facultad, que se reserva la entidad, los oferentes no podrán complementar, mejorar o modificar su oferta.

El no cumplimiento de estos requisitos hará que la propuesta no esté habilitada.

El valor facturado actualizado por concepto de prestación de servicios ejecutados de cada contrato, se determina a partir del valor facturado expresado en salarios mínimos legales mensuales del año correspondiente a la fecha de terminación del servicio. Para tal fin se tendrá en cuenta la siguiente tabla:

PERÍODO	MONTO MENSUAL
Enero 1 de 2014 a Dic. 31 de 2014	616.000.00
Enero 1 de 2015 a Dic. 31 de 2015	644.350.00
Enero 1 de 2016 a Dic. 31 de 2016	689.454.00
Enero 1 de 2017 a Dic. 31 de 2017	737.717.00
Enero 1 de 2018 a Dic. 31 de 2018	781.242.00

Obsérvese que en la Nota 2, queda la posibilidad de solicitarle al proponente los soportes que considere convenientes y entre ellos copia de los contratos, por lo que el oferente se encuentra en libertad de aportar copia de los contratos ejecutados y/o certificaciones con los requisitos ya enunciados.

Igualmente los Términos de Condiciones, expresan que para la acreditación de experiencia específica deberá aportar **certificaciones de los contratos ejecutados y terminados, su respectiva acta de liquidación o cualquier otro documento debidamente firmado por el contratante**, que contenga, como mínimo, la siguiente información:

- i. Nombre del contratante
- ii. Objeto del contrato
- iii. Cargo o funciones desempeñadas
- iv. Fechas de inicio y terminación del contrato
- v. Firma del personal competente.

(Negrita, Subrayado y Cursiva fuera de texto original). Entiéndase por cualquier otro documento debidamente firmado por el contratante, copia de contratos.

7. De acuerdo al Numeral 3, Capacidad Financiera – Indicadores de capacidad Financiera, si bien es un requisito para medir la capacidad financiera y organizacional de las empresas y están solicitando que el RUP sea del año anterior, este requisito no es factible cumplirlo ya que las empresas que aún no han hecho su actualización y renovación de proponentes ante una cámara de comercio, a la fecha de hoy tengan en firme este documento, por lo cual quedaría inhabilitado al momento de presentar oferta. Por lo tanto como no es viable solicitar el RUP del año inmediatamente anterior, solicitamos respetuosamente que se trabaje con corte al año 2017.



RESPUESTA: Con el debido respeto, los estudios previos y los términos de condiciones expresan claramente que para acreditar la **Capacidad Financiera** el HOSPITAL se reserva el derecho de consultar la veracidad de los estados financieros con las entidades a quienes por disposición legal les corresponda la vigilancia de la firma proponente y en su defecto utilizará los medios idóneos que le permitan realizar tal consulta, sin que esto implique que los oferentes puedan completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Para que la propuesta sea considerada, se deben cumplir los siguientes requisitos con relación a los factores financieros:

INDICADORES DE CAPACIDAD FINANCIERA: Se tomarán del Registro Único de Proponentes.

Los siguientes indicadores miden la fortaleza financiera del interesado, que deberá acreditar presentado el Registro Único de Proponentes o los estados financieros con fecha de corte 31 de Diciembre del año anterior, con sus correspondientes notas a los estados financieros y el balance general del año anterior, EN ORIGINAL CON FIRMAS AUTÓGRAFAS.

Obsérvese que cuando se indica que se acrediten los indicadores de capacidad financiera con la presentación del Registro Único de Proponentes, no se dice que debe tener corte del 31 de Diciembre de 2018, pues es claro que por disposición reglamentaria (Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.1.1.5.1.) la persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto (5º.) día hábil del mes de abril de cada año, que para este año se vence el día viernes 5 de Abril de 2019 y que además los oferentes deben tener en cuenta que los actos administrativos de registro y renovación ante las Cámaras de Comercio quedan en firme después de pasados diez (10) días hábiles a su inscripción.

Es claro que si el proponente opta por presentar los estados financieros y su balance con los soportes respectivos, éste si debe tener como fecha de corte el 31 de Diciembre del año anterior, es decir 31 de Diciembre de 2018.

De ustedes, cordialmente,

(ORIGINAL FIRMADO)

JEFFERSON OCORÓ MONTAÑO
Gerente General (Encargado)