Oficina Jurídica

San Juan de Pasto, 22 de abril de 2013

Señora

**MARTHA CECILIA CARACAS MONTAÑO**

Gerente General ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA

Cali – Valle del Cauca

Ref. Observaciones a informe de evaluación solicitud de cotización No. 014-2013

Por medio del presente escrito nos permitimos darle respuesta a las observaciones por usted presentadas al informe de evaluación producido dentro de la solicitud de cotización No. 014-2013, en los siguientes términos:

En primer lugar, manifiesta su escrito que el Comité de Contratación ha incurrido en un error al no aceptar los documentos aportados por su firma para acreditar la existencia de una agencia en el Municipio de Pasto, y que lo que está haciendo la ESE es incurrir en un yerro al requerir el registro mercantil como el instrumento para denotar la existencia de la agencia mercantil, cuando aquel es un trámite que incluso puede adelantarse dentro del mes siguiente a la conformación de esa figura comercial.

Le asiste razón a ENDOSALUD cuando manifiesta que el registro mercantil no le da existencia a una agencia mercantil, y justamente conocedor de ese criterio el HUDN en ningún momento ha exigido la presentación del certificado de Cámara de Comercio como documento único para cumplir el requisito que ahora es objeto de controversia.

De tal modo, es inadmisible que el escrito de observaciones por usted allegado, señale que esta Institución está exigiendo irregularmente el certificado de registro mercantil, como probanza de la existencia de una agencia comercial, creando una prueba que subvierte los principios que reinan la contratación estatal.

La convocatoria pública es muy clara al requerir que el oferente tiene la obligación de acreditar que cuenta con una agencia o una sucursal en la capital del Departamento de Nariño, pero en ningún momento ha exigido como prueba única el certificado pluricitado.

Lo que si no se puede aceptar es que el cotizante tenga la posibilidad de aportar como elemento probatorio cualquier documento, y menos que el equipo evaluador deba admitirlos. Pasa por alto ENDOSALUD el hecho de que no le es dable a la Administración iniciar tareas de deducción de hechos o que le corresponda suponer la ocurrencia de circunstancias concretas, porque existe el riesgo de que se equivoque. En otras palabras, es deber de los participantes acreditar inequívocamente el cumplimiento de un requisito de tal forma que no genere dudas al evaluador sobre su ocurrencia.

En el caso que nos ocupa, ninguno de los documentos allegados por ENDOSALUD, ni los presentados en la oferta, ni tampoco en el plazo para subsanar y menos el anexado con el escrito de observación al informe de evaluación, comprueba fehacientemente el acatamiento del requisito que se discute. Un recibo de pago de inscripción en cámara de comercio, no demuestra la existencia de una agencia, una certificación emitida por la cámara de comercio de que el registro mercantil se encuentra en trámite, únicamente demuestra justamente eso, el inicio de un trámite, que incluso puede culminar negando el registro y finalmente el acta de asamblea de socios aportada, demuestra que se aprobó la constitución de una agencia en Pasto, pero no es prueba que la misma se haya efectivamente constituido.

Para evitar entonces que sea el Comité de Evaluación el que deba hacer esfuerzos por deducir o suponer si ENDOSALUD, o cualquier participante cuenta o no con una agencia en Pasto, además porque no le corresponde hacerlo, le deja a la ley comercial, como tiene que ser, que diga como se demuestra la existencia de una agencia mercantil.

El articulo 264 del Código de Comercio define a las agencias así:

“ARTÍCULO 264. DEFINICIÓN DE AGENCIAS. Son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla”.

Pero la agencia comercial está definida por la normatividad legal como un contrato

ARTÍCULO 1320. “CONTENIDO DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL. El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”.

Así las cosas, a los oferentes les correspondía demostrar que contaban con agencia en Pasto, y así sea un agencia mercantil de hecho, era deber de aquellos comprobar su existencia, tal y como lo señala el artículo 1320 del Código de Comercio. Entonces se pregunta, el recibo de pago de inscripción, la certificación de inicio de trámite de registro, el acta de asamblea demuestran los requisitos de la norma citada? La respuesta es evidente, NO acreditan la existencia de una agencia comercial, ni siquiera una de hecho.

Sobre el tema, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de octubre de 1995, EXP. 4701, expuso:

*“ 1.- Como es de público conocimiento, en razón de las necesidades crecientes surgidas del auge de la vida comercial, se hizo necesario que por el Derecho se regulen las actividades de intermediación, las cuales han dado origen a nuevas modalidades contractuales,  cual acontece con la preposición, la comisión, el corretaje y la agencia comercial, contratos éstos específicamente incluidos en la legislación colombiana, al lado del mandato, a raíz de la expedición del Código de Comercio vigente.*

*(…)*

*1.1.1.- De esta manera, conforme a su definición legal, aparecen como principales características del objeto de la agencia comercial, de una parte, la intermediación comercial especial que persigue con "el encargo (independiente y estable) de promover y explotar negocios" que hace un comerciante (agente) con relación a otro (empresario), y, de la otra, que dicha intermediación sea exclusivamente subjetiva (como representante o agente promotor o explotador de negocios del empresario) u objetiva (como fabricante o distribuidor de productos del empresario, que a la vez promueve y explota), o bien en ambas formas. De allí que sea explicable la exigencia de la estabilidad de la relación contractual, así como la independencia o autonomía del agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado al primero el desempeño de esa labor. De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario.*

*1.1.2.- Es claro entonces que el contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca.*

*En efecto, el contrato de agencia, cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta entonces algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hacen diferente de ellos. Luego, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como "representante" o "agente", eso sí en virtud de un contrato de agencia.*

*(…)*

*Todo ello conduce, entonces, a la necesidad de que el contrato de agencia requiera de una demostración típica y clara, es decir, que las pruebas se dirijan a establecer directamente el contrato de agencia, pues siendo éste autónomo, se repite, no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados, porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial”.*

También conviene aclararle a ENDOSALUD que el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, citado en su escrito de observaciones, no es aplicable al HUDN por el régimen especial de contratación con el que cuenta, y las reglas de subsanabilidad consagradas en la convocatoria pública obedece a la aplicación del Manual Interno de Contratación, y no a la norma referida.

Respecto al contenido de la siguiente observación, que se refiere a la propuesta económica del cotizante DINAMIK, debe señalarse que ENDOSALUD incurre, a nuestro pensar, en un error involuntario de interpretación y aplicación de la normatividad tributaria, toda vez que el IVA, las estampillas y demás cargas, las aplica tomando como monto base los gastos de personal ofertados, cuando lo correcto es hacerlo integrando también los costos de administración y demás conceptos propuestos. Así las cosas, se descarta la existencia de una propuesta artificial o que vaya en contra de los parámetros fijados por la ley.

Se desconoce porqué señala ENDOSALUD que DINAMIK presenta una propuesta artificialmente baja, cuando sus argumentos se enfrascan en argumentar un sobrecosto en materia tributaria. Queda demostrado entonces que la oferta de DINAMIK no está afectada por ninguna de las circunstancias alegadas por ENDOSALUD.

Por lo expuesto en antecedencia, no se aceptan las observaciones presentadas por ENDOSALUD, y por ende los resultados del informe de evaluación se mantienen.

Atentamente

Comité de Contratación.

WILSON LARRANIAGA LÓPEZ GERARDO MESIAS MENDEZ

Gerente Subgerente Adtivo y Financiero

ANDRES PANTOJA BASTIDAS FRANCO SOLARTE JIMÉNEZ

Subgerente de Prestación de Servicios (E) Jefe Oficina Jurídica