

Barranquilla - Atlántico, febrero 21 de 2020

Señores  
**JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE  
BARRANQUILLA**  
Ciudad  
E.S.D.

**Ref.: Radicado:** 08001333301420200004900

**Naturaleza:** Acción popular

**Actor:** Elsa Margarita Noguera de la Espriella, Gobernadora del Atlántico

**Accionados:** Hospital Universitario CARI E.S.E., representado por el señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico o quien haga sus veces

Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico  
Consortio Gestor Hospitalario del Caribe

**Asunto:** SUBSANACIÓN Demanda Acción popular para la protección de los derechos e intereses colectivos reconocidos en los literales: b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) la seguridad y salubridad públicas, i) La libre competencia económica y j) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, reconocidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, entre otros que el señor Juez Constitucional determine

**GIOVANNI FRANCISCO PARDO CORTINA**, colombiano, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Barranquilla – Atlántico, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 72.183.682 de Barranquilla- Atlántico, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional N.º 86.065 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de la acción constitucional consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, la Ley 472 de 1998 y demás normatividad concordante, actuando en nombre de **ELSA NOGUERA DE LA ESPRIELLA**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Barranquilla – Atlántico, identificada con la cédula de ciudadanía N.º 32.765.311 de Barranquilla - Atlántico, en mi calidad de Gobernadora del Atlántico, conforme consta en el Acta de Posesión de 1º de enero de 2020, conforme consta en el poder adjunto, y en defensa de los intereses y derechos colectivos estipulados legal y constitucionalmente, concurre ante su despacho con la finalidad de presentar la SUBSANACIÓN A LA ACCIÓN POPULAR en contra del Hospital Universitario CARI E.S.E., identificado con el NIT N.º 800.253.167-9, con domicilio en la ciudad de Barranquilla – Atlántico, entidad descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría de Salud Departamental del Atlántico, creado por el Acuerdo Ordenanza N.º 000483 del 10 de diciembre de 1991, la Ordenanza N.º 000042 del 5 de septiembre de 1994 y la Ordenanza N.º 000016 del 31 de agosto de 2016, representado legalmente por el señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico o quien haga sus veces; al Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico y el Consortio Gestor Hospitalario del Caribe, identificado con el NIT 901.352.025-2 en virtud de la celebración del contrato de Operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019, así como también en contra de las demás entidades y/o personas que su señoría considere en virtud de los hechos relatados, por la vulneración y amenaza de los derechos e intereses colectivos reconocidos en los literales: b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) la seguridad y salubridad públicas,

2

i) La libre competencia económica y j) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, reconocidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, entre otros que el señor Juez Constitucional determine, en atención y con fundamento al Auto de fecha 18 de febrero de 2020, a mi notificado el día 19 de febrero de 2020, por correo electrónico, procedo a subsanar el texto de la acción en los siguientes términos:

Para una mayor claridad en la lectura del texto, la acción constitucional tendrá la siguiente estructura:

1. SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA

I. HECHOS

II. PROCEDENCIA

III. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS AMENAZADOS Y/O VULNERADOS

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV.1. Acciones populares

IV.2. Derechos colectivos vulnerados

IV.2.A. Ley 472 de 1998, artículo 4, b) La moralidad administrativa

IV.2.B. Ley 472 de 1998, artículo 4, e) La defensa del patrimonio público

IV.2.C. Ley 472 de 1998, artículo 4, g) La seguridad y salubridad públicas

IV.2.D. Ley 472 de 1998, artículo 4, h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública

IV.2.E. Ley 472 de 1998, artículo 4, i) La libre competencia económica

IV.2.F. Ley 472 de 1998, artículo 4, j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

IV.3. La función del juez en las acciones populares

IV.4. Las acciones populares frente al contencioso contractual: Posibilidad del Juez Constitucional de declarar la Nulidad del Contrato – Antecedente jurisprudencial del Consejo de Estado

IV.5. Para la fecha de suscripción del contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, los acuerdos 157 y 158 de 22 de junio de 2017 se encontraban vigentes y por tanto el Gerente del HU CARI debía acogerse a lo dispuesto por los mismos

IV.6. Para la suscripción del contrato de operación N.º 690 de 2019 no se obtuvo autorización previa para comprometer vigencias futuras

IV.7. Imposibilidad legal del Hospital Universitario CARI E.S.E., de contratar con el Consorcio Gestor Hospitalario de Caribe para ejecutar la operación del mismo por tratarse de un bien de uso público

V. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA: Suspensión de la ejecución del contrato N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019 y medida cautelar innominada

VI. PRETENSIONES

VI.1. Principales

VI.2. Subsidiarias

VII. PRINCIPIO PRO ACTIONE

VIII. SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

IX. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

X. PRUEBAS

XI. ANEXOS

XII. NOTIFICACIONES

# 1. SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA

## 1.1. Oportunidad

El despacho, mediante auto de fecha 18 de febrero de 2020, notificado por correo electrónico el día 19 de febrero de 2020, decidió inadmitir la acción popular y concedió el término de tres (3) días para su subsanación.

En este sentido, los tres (3) días siguientes para radicar el escrito de subsanación de la acción popular vencen el día lunes veinticuatro (24) de febrero de 2020; por tanto, el presente documento se radica dentro de los tres (3) días otorgados por el Despacho para la subsanación.

## 1.2. ARGUMENTOS DE LA SUBSANACIÓN

El despacho solicita se acredite el agotamiento del requisito de procedibilidad exigido por el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece:

*LEY 1437 DE 2011*

*(enero 18)*

*Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011*

*<Rige a partir del 2 de julio de 2012, Art. 308>*

*CONGRESO DE LA REPÚBLICA*

*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*(...)*

*ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

*Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que, en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.*

*Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.*

*(...) (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

4

Así las cosas, el gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., fue requerido para que cesara con la afectación o vulneración de los derechos colectivos con la celebración del Contrato de Operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2020 así:

**1.2.A. Por parte de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente (Anexo 10.1.12)**

Comunicación N.º DSPT 000014 SIAF 1890 de fecha 10 de enero de 2020, de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, Página 13

(...)

*Así las cosas y advertidos los incumplimientos legales que antecedieron a la suscripción del contrato N.º 690 del 2019, se hace imperativo conminar al Gerente para que ante una previsible declaratoria de nulidad del contrato, por haberse suscrito con eventual abuso y/o desviación de poder, por cuanto sin tener la competencia suficiente para suscribir el contrato que hoy se reprocha, ejerció un poder para fines y objetivos distintos a la garantía del interés público, a que adopte las medidas contractuales orientadas a la terminación anticipada unilateral del contrato bien por virtud de la facultad excepcional de terminación unilateral consagrada en el Art. 17 de la ley 80 de 1993 que menciona:*

*"(...) ARTICULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*

*1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga ... (...)*

*No obstante, encontrarse contemplado en el contrato N.º 690 de 2019 la facultad de terminación unilateral consignada en la cláusula 26, no consagra como causal cuando las exigencias del servicio público lo requieran, tal y como lo establece el Art. 17 de la Ley 80 de 1993, si establece en el numeral 1) que dicha terminación se puede dar por mutuo acuerdo.*

*Igualmente, le asiste la posibilidad a la administración del Hospital de terminación unilateral del contrato, por cuanto se prevé la configuración de algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato suscrito.*

(...) (Subrayas y negrillas fuera de texto)

**1.2.B. Por parte de la Junta Directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E.**

Acta N.º 233 de fecha 24 de enero de 2020, de la Reunión Extraordinaria de Junta Directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E.

En el Acta N.º 233 de fecha 24 de enero de 2020, de la Reunión Extraordinaria de Junta Directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E., página 18, se solicitó:

(...)

*El Presidente, manifiesta que dada los antecedentes antes expuestos se solicita al Gerente abstenerse de continuar con la ejecución del contrato No. 690 de 2019 y darlo por terminado.*

(...)

En la página 18 de la misma Acta N.º 233 de fecha 24 de enero de 2020, se dejó constancia que:

(...)

*Raul José Lacouture Daza (Delegado- Gobernadora del Atlántico); Alma Johana Solano Sánchez (Secretaria de Salud Departamental); Eusebio Consuegra*

Manzano (Representante Científico Externo); Arnold Gómez (Representante de los Gremios), conforme a lo expuesto en la presente acta, en nuestra calidad de miembros de la Junta Directiva; dejamos constancia de nuestra oposición a la celebración y ejecución del Contrato de Operación No. 690 de diciembre 27 de 2019 suscrito entre el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E y el CONSORCIO GESTOR HOSPITALARIO DEL CARIBE, en consecuencia, solicitamos que la Secretaría de Salud ponga en conocimiento de todos los entes de control y de la Fiscalía General de la Nación las actuaciones desplegadas por el Gerente de la Empresa.

(...) (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Adicionalmente, el Acta N.º 233 de fecha 24 de enero de 2020 fue comunicada en su totalidad al señor Ulahi Dan Beltrán López en calidad de gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., mediante Comunicación de fecha 24 de enero de 2020, la cual se anexa a la presente subsanación.

Así las cosas, señor Juez, consideramos que el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 144 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha sido agotado tanto por el requerimiento de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, como por las decisiones y solicitudes de la Junta Directiva del HU CARI E.S.E., contenidas en el Acta 233 de fecha 24 de enero de 2020 comunicada mediante Oficio de fecha 24 de enero de 2020.

Por todo lo anterior, se evidencia que han pasado más de quince (15) días, desde los requerimientos realizados para que el Gerente del HU CARI cese en su conducta que pone en peligro/vulnera los derechos colectivos que por esta acción se invoca su protección.

Sírvase señor juez constitucional tener por cumplido el requisito de procedibilidad y dar trámite a la presente acción de manera urgente.

**1.2.C. Sustentación de un Perjuicio irremediable**

Respetado señor Juez Constitucional, la situación actual del Hospital Universitario CARI E.S.E., ha sido un hecho público y notorio por la relevancia que presenta para la región. A tal punto ha llegado la afectación de los derechos a la salud y la prestación de servicios de Salud, que la Secretaría de Salud de la alcaldía de Barranquilla, suspendió la habilitación para prestar servicios del HU CARI E.S.E., aún así, el Gerente de la institución señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, continua realizando acciones inequívocas tendientes a la ejecución del contrato de operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019.

La anterior afirmación no es una opinión, pues está fundamentada en la comunicación de fecha 13 de febrero de 2020, OG-0092-2020 y comunicado de fecha 17 de febrero de 2020, OG-0103-2020 el Gerente del HU CARI E.S.E., mediante la cual el señor Ulahi Dan Beltrán López solicita autorización de la Secretaría de Salud del Atlántico para ejecutar el contrato de Operación N.º 690 de 2019.

Acreditado como está el requisito de procedibilidad del artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, exponemos al Juez constitucional porqué consideramos que también se dan los presupuestos para dar trámite a la acción por encontrarse presente, probado y sustentado un perjuicio irremediable:

**Inminente:** La suscripción del Contrato de operación de fecha 27 de diciembre de 2019 sin autorización, más el requerimiento y observaciones realizadas por la Comunicación N.º DSPT 000014 SIAF 1890 de fecha 10 de enero de 2020, de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, más el afán del señor Gerente Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, de hacer

6

cumplir un contrato flagrantemente ilegal por un periodo de 15 años, son hechos que sustentan sobremanera la inminente presencia de un peligro irremediable en el presente caso.

**Medidas urgentes:** Para la protección del derecho a la salud y la garantía de prestación de servicios de salud a miles de Atlánticenses que a diario acuden al Hospital Universitario CARI E.S.E., en especial en la ciudad de Barranquilla, es preciso que no se continúe adelante con el contrato de operación N.º 690 de 2019.

Dar continuidad al contrato se constituye en una tercerización de la operación de una E.S.E., a un particular sin fundamentos objetivos que permitan saber si es la mejor opción para el Hospital, para los usuarios y para el sistema de seguridad social en salud de los colombianos, poniendo en un riesgo inminente el derecho a la salud de los atlánticenses y recursos públicos destinados al sector salud.

**Grave:** Existe afectación grave en el presente caso, ya que el gerente de la E.S.E., en lugar de estar encargándose de asuntos de su cargo, ha dedicado sus esfuerzos a defender el contrato de operación N.º 690 de 2019, y no a operar el HU CARI. El contrato de operación pone en grave riesgo el derecho a la salud y garantía de prestación de servicios de salud de los usuarios del departamento del Atlántico, pues se tercerizó la prestación de un servicio público esencial a un particular de manera intrigante.

**Impostergable:** Señor Juez Constitucional, por tratarse de una E.S.E., institución prestadora de servicios de salud, se encuentra en riesgo la integridad personal e incluso la vida de los usuarios de la institución. Así las cosas, le solicitamos que el poder judicial actúe de manera impostergable e inmediata para impedir la ejecución del contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019. La protección al derecho a la salud de los atlánticenses es aquí y ahora, no da espera ni tregua.

Con base en las anteriores consideraciones, solicitamos al Señor Juez, tenga por subsanada la demanda y se dé trámite a la misma de manera urgente.

## I. HECHOS

- 1.1. La Junta directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E. (En adelante HU CARI), en sesión de agosto 16 de 2019, aprobó el inicio de un proceso de selección por “convocatoria pública” para la escogencia de un CONTRATISTA ESPECIALIZADO que asumiera la gestión integral de los servicios de salud de la Sede Alta Complejidad a su cargo y autorizó con Acuerdo 189 de agosto 16 de 2019 al Gerente de la entidad para adelantar dicha actividad.
- 1.2. En esta línea, el HU CARI inició el proceso de convocatoria pública N.º 001 de 2019, con la finalidad de suscribir contrato con un operador especializado que cumpliera con el objeto contractual que se describe:

**“CONVOCATORIA N.º 001 DE 2019  
OBJETO DE LA CONVOCATORIA:**

*El Hospital Universitario CARI ESE, ante la necesidad de incrementar la operación y propender por la prestación del servicio de salud en beneficio de la comunidad del departamento y de la Región Caribe, requiere de la escogencia de un Operador especializado que asuma la gestión integral de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos y financieros de los servicios de la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica e industrial en la sede principal ubicada en la calle 57 No 23-100, que garantice la continuidad de los servicios actualmente prestados por el Hospital, la reapertura progresiva de nuevos servicios y de alta complejidad y la apertura de otros, que aseguren la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios y garantice condiciones de eficiencia, eficacia, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad. Al mismo tiempo la contratación de dichos servicios a esquemas y tarifas competitivas del mercado de modo que se garantice el flujo de recursos para la institución hospitalaria.*

**VALOR DEL PRESUPUESTO OFICIAL ESTIMADO:**

*Para efectos de la liquidación de garantías e impuestos se estima que el contrato tiene un valor fiscal anual de DOCE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$12.076.237.000, 00) que corresponde al valor proyectado que recibiría EL HOSPITAL por concepto de contraprestación económica derivada del CONTRATO en la vigencia 2020.*

(...)

**PLAZO DE EJECUCION DEL CONTRATO:**

**El CONTRATO tendrá UN PLAZO de ejecución de 15 (quince) años contados a partir de la suscripción de este. La vigencia del contrato comprende el PLAZO de EJECUCION más el término de liquidación contractual que será de seis (6) meses.**

(...)

- 1.3. Los términos de referencia y el desarrollo de la convocatoria pública N.º 001 de 2019 se encuentran detallados en la página web del HU CARI:

<http://www.esecariatlantico.gov.co/index.php/convocatoria-publica-001-2019-para-la-consecucion-del-operador-unico>

Así mismo, en el portal web

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9894786>

- 1.4. La cronología de la convocatoria pública N.º 001 de 2019 fue:

Actuación	Fecha
Resolución 0969 del 20 de diciembre del 2019: Acto de declaratoria de desierta o de terminación anormal	27-12-2019 05:41 PM
Resolución no 0969 del 20 de diciembre: por medio del cual se rechaza una propuesta y se declara desierta la convocatoria N.º 001 del 2019	20-12-2019 10:18 AM
Acta de audiencia para responder observaciones y de adjudicación o declaratoria desierta del proceso convocatoria N.º 001 del 2019	20-12-2019 10:18 AM
Resolución 0967 de 2019: por medio del cual se levanta una suspensión y se continua con el proceso de convocatoria	19-12-2019 05:07 PM
Resolución 0931 del 09 de diciembre del 2019: por medio del cual se suspende el trámite del proceso de contratación iniciado	09-12-2019 06:47 PM
Evaluación oferta proceso convocatoria pública N.º 001 del 2019	03-12-2019 06:54 PM
Resolución N.º 0919 del 02 de diciembre del 2019	02-12-2019 06:06 PM
Oficio Procuraduría General de la Nación	18-11-2019 11:00 AM
Anexos de la respuesta	22-10-2019 07:19 PM
Respuesta a la Procuraduría General de la Nación	22-10-2019 07:19 PM
Resolución N.º 0814 de 21 de octubre de 2019: por medio de la cual se suspende una convocatoria pública	21-10-2019 09:04 PM
Adenda N.º 06	15-10-2019 08:35 AM
Acta de cierre y presentación de propuestas proceso de convocatoria pública 001 del 2019	09-10-2019 06:20 PM
Adenda N.º 5	08-10-2019 04:51 PM
Respuesta no 02 objeciones a los términos de condiciones realizada por Carlos Castro	08-10-2019 04:48 PM
Objeción N.º 02 a los términos de condiciones realizada por Carlos Castro Torres	08-10-2019 04:48 PM
Respuesta a las aclaraciones y observaciones - Rodrigo Bula	08-10-2019 08:58 AM
Observaciones, aclaración y sugerencias a convocatoria 001 2019- Rodrigo Bula	08-10-2019 08:56 AM
Adenda N.º 04	07-10-2019 11:59 AM
Respuesta a la solicitud de aclaración a términos de condiciones presentada octubre 3 - 2019 por Carlos Castro Torres	04-10-2019 06:13 PM
Objeciones a los términos de condiciones realizadas por Carlos Castro Torres	04-10-2019 06:09 PM

Respuesta a las objeciones	03-10-2019 07:27 AM
Adenda N.º 03	03-10-2019 06:55 AM
Objeciones a los términos de condiciones	03-10-2019 06:51 AM
Por medio del cual se ordena la iniciación de un proceso de contratación mediante convocatoria pública	27-09-2019 02:50 PM
Anexo - listado de activos alta complejidad	27-09-2019 11:12 AM
Anexo minuta de contrato	26-09-2019 10:46 PM
Términos de condiciones	26-09-2019 10:41 PM
Respuesta a las objeciones convocatoria 001 del 2019	26-09-2019 08:32 PM
Objeciones a la convocatoria 001 del 2019	26-09-2019 08:26 PM
Adenda no 2 del proceso de convocatoria pública no 001-2019	25-09-2019 08:17 PM
Adenda no 1 proceso de convocatoria pública no. 001-2019	16-09-2019 10:21 AM
Convocatoria pública 001-2019	14-09-2019 09:42 AM
Pre- términos de condiciones	13-09-2019 10:29 PM
Estudios previos	13-09-2019 10:25 PM

1.5. Dentro del proceso de selección adelantado, se presentó una sola oferta para aspirar a celebrar el contrato, por la promesa de sociedad futura GESTOR HOSPITALARIO DEL CARIBE S.A.S., conformada por:

Nombre del integrante	% de participación sobre las acciones
CARDIOVIDA OUTSOURCING S.A.S.	47%
UCI DEL CARIBE SAS	25%
FUNDACIÓN SER "FUNDASER"	2%
ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADA PREVENIR S.A.S.	10%
S Y D COLOMBIA S.A.	10%
PHARMA SER LTDA	1%
FUNDACION SER SOCIAL	2%
LABORATORIO CLINICO CONTINENTAL S.A.S.	3%

1.6. Mediante comunicación N.º 0333339168 de fecha 17 de octubre de 2019, la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, doctor Gelman Rodríguez, en atención a las funciones de preventivas que cumple la Procuraduría General de la Nación, puso de presente sus objeciones al proceso de convocatoria:

- 1.6.A. La E.S.E debe someterse a los principios de contratación estatal, es especial al Principio de Planeación, Transparencia y Selección Objetiva, para adelantar el proceso de contratación.
- 1.6.B. Los estudios previos no registraron estudio de sector ni de mercado.
- 1.6.C. No existen sustento de los factores de selección.
- 1.6.D. No se establecieron requisitos técnicos mínimos de tipo habilitante.
- 1.6.E. No fueron establecidos requisitos específicos habilitantes.
- 1.6.F. No se establecieron requisitos mínimos de experiencia en términos de equivalencia de magnitudes entre el tamaño y el nivel de complejidad del Hospital objeto del proceso de contractual.
- 1.6.G. No se evidencia la presentación por parte de la administración del HU CARI E.S.E. a la Junta Directiva del Hospital, del proyecto de términos de condiciones como requisito previo al inicio del proceso de contratación que se adelanta.
- 1.6.H. No se evidencia en los Estudios Previos el sustento de la necesidad de las inversiones en infraestructura, instrumental y equipos, ni el soporte de mercado de los precios unitarios registrados.

- 1.6.I. No existe sustento alguno ni en los Estudios Previos ni en los Términos de Condiciones de la productividad histórica de la entidad hospitalaria por cada servicio, ni de la proyectada.
- 1.6.J. Omisión de incluir dentro de las previsiones de los Estudios Previos las disposiciones relacionadas con el mantenimiento de la infraestructura hospitalaria y de los quipos e instrumental existentes en la entidad hospitalaria que no serán objeto de reposición por parte del contratista y aquellos serán adquiridos por el contratista dentro del plan de adquisiciones de equipos.
- 1.6.K. Corto cronograma para selección de operador.
- 1.6.L. Se desconocen las razones por las cuales recién expedida la Ley 1966 de 2019, que se constituye en un instrumento de salvamento financiero, el hospital opta por un apresurado proceso de contratación para entregarle a un operador particular.
- 1.6.M. En el Programa Territorial de Reorganización, Rediseño y Modernización de las Redes de Empresas Sociales del Estado- ESE, aprobado por el Ministerio de Salud no se constató que dicho PLAN contemplara la entrega de la operación de la sede de alta complejidad del HU CARI E.S.E. a un operador privado.
- 1.6.N. Se encuentra pendiente por establecer las responsabilidades del COMITÉ DE ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS, de la Junta Directiva y del Representante Legal, respecto a sus funciones dentro del proceso de contratación.
- 1.7. Posteriormente, mediante Oficio No. 003684-158016 de fecha 29 de noviembre de 2019, a través de la cual se le da respuesta al oficio con radicado E-2019-663096 del 28 de octubre de 2019 referente a observaciones y advertencias sobre aspectos del proceso de selección identificado como Convocatoria Pública N.º 01 de 2019 HU CARI E.S.E., la Procuraduría General de la Nación concluyó que:

*"(...) del análisis efectuado y al evidenciarse que las respuestas de esa Entidad, no desvirtúan las observaciones realizadas por este organismo de control a la Convocatoria 01 de 2019, me permito informarle que se ratifican los señalamientos contenidos en el documento de observaciones, en el sentido de que resultan precarias, incompletas, injustificadas y ambiguas las condiciones de participación establecidas en los Términos de condiciones del proceso de contratación Convocatorio 01 de 2019 del HU CARI E.S.E. lo que la parecer lleva a quebrantar los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y libre concurrencia de oferentes, que no posibilita cumplir con el deber y principio de selección objetiva y que deriva en un riesgo disciplinario, penal, y fiscal y la garantía de prestación de servicios de salud a la población. (...)". (Subrayado fuera de texto)*

Pese a las 13 observaciones realizadas al proceso en mención por parte de la Procuraduría, en donde se evidenció el incumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal por parte del Hospital Universitario CARI E.S.E., el gerente del HU CARI E.S.E. El doctor ULAHI DAN BELTRÁN LÓPEZ mediante Resolución No. 0919 del 02 de diciembre de 2019, dispuso levantar la suspensión del proceso de Convocatoria 01 de 2019 y reiniciar la actuación administrativa con el objeto de contratar un operador privado para la prestación de servicios de salud.

- 1.8. El comité evaluador del proceso de selección estableció que era inadmisibles la propuesta presentada por GESTOR SANITARIO DEL CARIBE S.A.S. al existir conflicto de interés y al carecer cuatro de los integrantes de capacidad jurídica. Por lo cual, mediante Resolución No. 0969 del 20 de diciembre de 2019, se rechazó la propuesta presentada por el proponente GESTOR HOSPITALARIOS DEL CARIBE S.A.S.
- 1.9. El proceso de convocatoria pública N.º 001 de 2019 fue declarado desierto través de la Resolución N.º 0969 de diciembre 20 de 2019. La declaratoria de desierto de la convocatoria se fundamentó en:

(...)

*Décimo Sexto: Que siguiendo el cronograma de ejecución del proceso de CONVOCATORIA PUBLICA No 001 de 2019, el COMITÉ DE BIENES Y SERVICIOS DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI ESE presentó informe de EVALUACION dentro del*

cual concluyo que:

"...La oferta presentada por GESTOR SANITARIO DEL CARIBE SAS es inadmisibile para ser considerada en la adjudicación del contrato objeto de la convocatoria toda vez que se encuadra en las causales de inadmisibilidat de la oferta establecidas en el numeral 7.17 de los TERMINOS DE CONDICIONES en razón a que se generarla conflicto de intereses con los objetivos y condiciones de la prestación del servicio que se incluyeron en la propuesta y que fueron reservados de manera especifica como parte de la OPERACIÓN DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO CAR/ E.S.E., es decir, es claro que resulta un conflicto de interés está entre la oferta de servicios de salud mental y de docencia servicio e investigación y la reserva que hizo el Hospital.

Se genera un conflicto de interés contractual que impide la elegibilidad de la propuesta.

De igual manera la propuesta debe ser rechazada toda vez que se encuadra en las causales de rechazo de la OFERTA establecidas en el numeral 7.18 de los TERMINOS DE CONDICIONES, por carecer CUATRO de los integrantes de la PROMESA DE SOCIEDAD de capacidad jurídica para comprometer obligaciones de la empresa, y el contrato de PROMESA DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD FUTURA no incluye la totalidad de los documentos de orden jurídico que se consideran esenciales y lo exclusión clara de no tener ni acreditar la responsabilidad solidaria en la sociedad futura, va en contravía de lo exigido por los términos.

El Comité inició la evaluación de todos los aspectos, pero su condición de inadmisibile y de rechazable hoce innecesario emitir concepto más allá de lo expresado..."

(...)

- 1.10. La Resolución N.º 0969 de diciembre 20 de 2019 en sus puntos resolutivos primero y segundo dispuso:

(...)

**ARTICULO PRIMERO:** RECHÁCESE LA PROPUESTA presentada dentro de la CONVOCATORIA No 001 de 2019 por GESTOR HOSPITALARIO DEL CARIBE SAS por las razones ampliamente expresadas en la Presente Resolución y en el INFORME DE EVALUACION realizado el 3 de diciembre de 2019 por el COMITÉ DE BIENES Y SERVICIOS DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E

**ARTICULO SEGUNDO:** DECLARESE DESIERTA LA CONVOCATORIA No 001 de 2019 de 2019 que se realizó para la escogencia de un operador especializado que asuma la gestión integral de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros y de los complementarios de los servicios de la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica e industrial en la sede principal, ubicada en la Calle 57 No. 23-100, que garantice la apertura progresiva de servicios de mediana y de alta complejidad y la reapertura de otros, asegurando la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios, garantizando eficiencia, eficacia, accesibilidad, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad .

(...)

- 1.11. A su vez, la Resolución N.º 0969 de diciembre 20 de 2019 en su punto resolutivo cuarto dispuso:

(...)

**ARTÍCULO CUARTO:** La presente Resolución rige a partir de su publicación y contra ella procede el Recurso de reposición ante el señor Gerente dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, esto de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

(...)

En esta línea, sin haberse cumplido los diez (10) días para interponer el recurso de reposición contra dicho acto administrativo, el Gerente del HU CARI suscribió el contrato de operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019, apoyándose en el mecanismo de contratación directa.

Una vez efectuada la declaratoria de desierto el proceso de Convocatoria Publica N.º 001 de 2019, el Gerente del HU CARI ESE, Ulahi Dan Beltrán López, procedió a aplicar el procedimiento de contratación directa establecido en el Estatuto de Contratación y el Manual de Contratación de la entidad con base en el Acuerdo N.º 142 de junio 4 de 2014, el Estatuto de Contratación: Artículo 18, la Resolución N.º 1055 de septiembre 1º de 2011- Manual de Contratación. Artículo 4. contratación directa Artículo 6 Parágrafo primero, numeral 12.

- 1.12. Se señala que, quien en su momento fue el presidente de la Junta Directiva del HU CARI, Doctor Juan Carlos Pacheco Muñiz, Secretario de Hacienda y Delegado del Gobernador Eduardo Verano de la Rosa, declaró en medios de comunicación que:

(...)

*Juan Carlos Muñiz, ex secretario de Hacienda y expresidente de la Junta Directiva del Cari, sostuvo que el proceso de contratación se desarrolló "de espaldas" a la Junta.*

*"Estoy sorprendido. Tuvimos una reunión el 30 de diciembre y el gerente no tuvo la delicadeza de informarnos lo que había hecho. La Junta siempre se mostró en desacuerdo con continuar con el proceso", dijo Muñiz, quien agregó que "desde principios de diciembre le solicitamos que se revocara el proceso, pero terminó declarándolo como desierto".*

*El expresidente de la Junta Directiva del Cari también aseguró que no conoce las motivaciones de Ulahy Beltrán para adjudicar el contrato.*

*"La última indicación que la Junta Directiva hizo sobre el tema del operador fue en la vía de revocar ese proceso. La reunión del 30 de diciembre se desarrolló porque la Gobernación tenía unos recursos correspondientes a la estampilla Cari y queríamos pagarle a los especialistas", explicó Muñiz, quien estaba delegado por el exgobernador Verano en la presidencia de la Junta Directiva del Cari.*

(...)"

La anterior declaración la dio el Dr. Muñiz el 10 de enero de 2020, en EL HERALDO: <https://www.elheraldo.co/atlantico/no-sabiamos-que-se-habia-elegido-un-operador-para-el-cari-verano-692914>

- 1.13. A pesar de todas las observaciones realizadas por la Procuraduría respecto a la contratación de un operador privado para la prestación de los servicios de salud a cargo del Hospital Universitario CARI E.S.E., el GERENTE de la entidad, suscribió con el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe el Contrato de Operación No. 690 del 27 de diciembre de 2019, cuyo objeto señala:

(...)

**CLÁUSULA 1. OBJETO.** *El objeto del contrato es la OPERACION y la GESTION INTEGRAL a las que se compromete a realizar el CONTRATISTA de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros los complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica industrial en la sede principal, que garantice la apertura progresiva de servicios de alta complejidad y la reapertura de otros, asegurando la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios de salud, garantizando eficiencia, eficacia, accesibilidad, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad. Al mismo tiempo, la contratación de dichos servicios a esquemas y tarifas competitivas del*

1 Cfr. <https://www.elheraldo.co/atlantico/no-sabiamos-que-se-habia-elegido-un-operador-para-el-cari-verano-692914>

mercado de modo que se garantice el flujo de recursos para la institución hospitalaria. EL CONTRATISTA ejecutará el presente contrato en forma independiente, bajo su cuenta y riesgo, con personal propio, técnica y financiera, de conformidad con las condiciones definidas en el presente contrato y los documentos del contrato. PARAGRAFO TRANSITORIO: Se excluyen transitoriamente los servicios que en la actualidad están a cargo del Contrato de Asociación, No. 1 72/200 7, suscrito con la empresa Timed SA. Y los servicios que presta la Unión Temporal Instituto Cancerológico del Caribe de a cuál EL HOSPITAL Universitario CARI E.S.E. ostenta la calidad de Unido, los cuales continuarán bajo los modelos de contrato que se ejecutan en la actualidad, hasta cuando se termine el plazo de ejecución de cada uno o se culmine por cualquier forma de terminación anticipada, de tal manera que su asunción por parte del CONTRATISTA se realizará una vez se cumplan esas condiciones.

(...)

Así las cosas, se evidencia que luego de un proceso de Convocatoria Pública marcado por varias irregularidades y finalmente declarado desierto, el Gerente del Hospital decidió Contratar de forma directa un consorcio privado para la operación y la gestión integral de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros y complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede de Alta Complejidad del Hospital, desconociendo el deber de propender por una selección objetiva, mediante la cual se garantice una adecuada administración de la infraestructura pública y la prestación de servicios de salud.

- 1.14. El contrato de Operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019 suscrito entre el Gerente del HU CARI ESE, Ulahi Dan Beltrán López y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe contiene los siguientes elementos:

**Objeto:**

*CLÁUSULA 1. OBJETO. El objeto del contrato es la OPERACIÓN y la GESTION INTEGRAL a las que se compromete a realizar el CONTRATISTA de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros y los complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica e industrial en la sede principal, que garantice la apertura progresiva de servicios de alta complejidad y la reapertura de otros, asegurando la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios de salud, garantizando eficiencia, eficacia, accesibilidad, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad. Al mismo tiempo, la contratación de dichos servicios a esquemas y tarifas competitivas del mercado de modo que se garantice el flujo de recursos para la institución hospitalaria. EL CONTRATISTA ejecutará el presente contrato en forma independiente, bajo su cuenta y riesgo, con personal propio, técnica y financiera, de conformidad con las condiciones definidas en el presente contrato y los documentos del contrato. PARAGRAFO TRANSITORIO: Se excluyen transitoriamente los servicios que en la actualidad están a cargo del Contrato de Asociación, No. 172/ 2007, suscrito con la empresa Timed S.A. y los servicios que presta la Unión Temporal Instituto Cancerológico del Caribe de a cuál EL HOSPITAL Universitario CARI E.S.E. ostenta la calidad de Unido, los cuales continuarán bajo los modelos de contrato que se ejecutan en la actualidad, hasta cuando se termine el plazo de ejecución de cada uno o se culmine por cualquier forma de terminación anticipada, de tal manera que su asunción por parte del CONTRATISTA se realizará una vez se cumplan esas condiciones.*

**Duración:**

*CLAUSULA 2. PLAZO DE EJECUCION: El CONTRATO tendrá UN PLAZO de ejecución de quince (15) años contados a partir de la suscripción del acta de inicio.*

**Valor:**

*CLAUSULA 5. VALOR DEL CONTRATO: El presente contrato no requiere de presupuesto Oficial por parte de EL HOSPITAL, debido a que este no hará ninguna clase de erogaciones y será EL CONTRATISTA quien haga todas las inversiones. Para efectos de la liquidación de garantías e impuestos se estima que el contrato tiene un*

valor fiscal anual de DOCE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$ 12.076.237.000, 00) que corresponde al valor proyectado de ventas mensuales para el 2020, con una ocupación del ochenta por ciento (80%).

- 1.15. Teniendo en cuenta lo anterior, el Gerente del HU CARI, Ulahi Dan Beltrán López, desconoció la aplicación de las disposiciones del Acuerdo N.º 157 de fecha 22 de junio de 2017 "Por medio del cual se modifica el Acuerdo 142 de 2014 del Hospital Universitario CARI ESE", el cual fue publicado en la Gaceta Departamental del Atlántico N.º 8230 de fecha 7 de julio de 2017.

El mentado desconocimiento hace referencia a la ausencia de autorización por parte de la Junta Directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E., al Gerente de la entidad para proceder a iniciar el trámite de contratación directa.

- 1.16. Pese a lo anterior, el Gerente del Hospital, Ulahi Dan Beltrán López, realizó el trámite de contratación directa con el fin de suscribir el contrato, para ello expidió la Resolución N.º 0974 de diciembre 23 de 2019 y fijo cronograma para tal propósito.

El trámite de contratación directa está identificado con el N.º 690 de 2019

- 1.17. Al trámite de contratación directa fue invitado el Gestor Hospitalario del Caribe, quien presentó propuesta como Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

- 1.18. El contrato fue adjudicado por la Gerencia atendiendo la calificación satisfactoria que de la propuesta realizara el comité evaluador

- 1.19. El contrato se firmó el día 27 de diciembre de 2019: Contrato de Operación N.º 690 entre el Gerente y representante legal del HU CARI ESE y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

- 1.20. Por medio del oficio N.º DSPT 000014 SIAF 1890 de fecha 10 de enero de 2020, la Procuraduría Delegada para la salud, la protección social y el trabajo decente, comunicó su decisión de poner en conocimiento de los organismos de control del estado (Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación) las conductas desplegadas por funcionarios públicos y particulares, y que se relacionan con:

- Interés indebido en la celebración de contratos.
- Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.
- Prevaricato por acción.
- Omisión de control en el sector de la salud.
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública.

- 1.21. A su vez, la Secretaria de Salud del Departamento del Atlántico, doctora Alma Johana Solano Sánchez, mediante escrito N.º 202009000001 de fecha 10 de enero de 2020, radicó la "solicitud de apertura de investigación disciplinaria en virtud del contrato de operación N.º 690 del 27 de diciembre de 2019 suscrito por el Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E. de Barranquilla y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

La solicitud fue radicada en la Procuraduría General de la Nación con el consecutivo N.º E-2020-010528, el día 10 de enero de 2020.

- 1.22. Mediante reunión extraordinaria de Junta Directiva del HU CARI, consignada en el Acta N.º 233, de fecha 24 de enero de 2020, se consideró:

(...)

**II. CONTRATO DE OPERACIÓN NO. 690 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 2019 SUSCRITO POR EL GERENTE DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E. DE BARRANQUILLA Y EL CONSORCIO GESTOR HOSPITALARIO DEL CARIBE.**

- A pesar de todas las observaciones realizadas por la Procuraduría respecto a la contratación de un operador privado para la prestación de los servicios de salud a cargo del Hospital Universitario CARI E.S.E., el GERENTE de la entidad, suscribió con el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe el Contrato de Operación No. 690 del 27 de diciembre de 2019, cuyo objeto señala:

**"CLÁUSULA 1. OBJETO.** El objeto del contrato es la OPERACION y la GESTION INTEGRAL a las que se compromete a realizar el CONTRATISTA de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros los complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica industrial en la sede principal, que garantice la apertura progresiva de servicios de alta complejidad y la reapertura de otros, asegurando la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios de salud, garantizando eficiencia, eficacia, accesibilidad, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad. Al mismo tiempo, la contratación de dichos servicios a esquemas y tarifas competitivas del mercado de modo que se garantice el flujo de recursos para la institución hospitalaria. EL CONTRATISTA ejecutará el presente contrato en forma independiente, bajo su cuenta y riesgo, con personal propio, técnica y financiera, de conformidad con las condiciones definidas en el presente contrato y los documentos del contrato. PARAGRAFO TRANSITORIO: Se excluyen transitoriamente los servicios que en la actualidad están a cargo del Contrato de Asociación, No. 1 72/200 7, suscrito con la empresa Timed SA. Y los servicios que presta la Unión Temporal Instituto Cancerológico del Caribe de a cuál EL HOSPITAL Universitario CARI E.S.E. ostenta la calidad de Unido, los cuales continuarán bajo los modelos de contrato que se ejecutan en la actualidad, hasta cuando se termine el plazo de ejecución de cada uno ose culmine por cualquier forma determinación anticipada, de tal manera que su asunción por parte del CONTRATISTA se realizará una vez se cumplan esas condiciones."

(...)

Así las cosas, se evidencia que luego de un proceso de Convocatoria Pública marcado por varias irregularidades y finalmente declarado desierto, el Gerente del Hospital decidió Contratar de forma directa un consorcio privado para la operación y la gestión integral de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros y complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede de Alta Complejidad del Hospital, desconociendo el deber de propender por una selección objetiva, mediante la cual se garantice una adecuada administración de la infraestructura pública y la prestación de servicios de salud.

El Presidente, manifiesta que dada los antecedentes antes expuestos se solicita al Gerente abstenerse de continuar con la ejecución del contrato No. 690 de 2019 y darlo por terminado. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Finalmente, al final del punto No. 5 de la referida acta, de manera unánime los miembros de junta directiva manifestaron:

(...) Raul José Lacouture Daza (Delegado- Gobernadora del Atlántico); Alma Johana Solano Sánchez (Secretaria de Salud Departamental); Eusebio Consuegra Manzano (Representante Científico Externo); Arnold Gómez (Representante de los Gremios), conforme a lo expuesto en la presente acta, en nuestra calidad de miembros de la Junta Directiva; dejamos constancia de nuestra oposición a la celebración y ejecución del Contrato de Operación No. 690 de diciembre 27 de 2019 suscrito entre el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E y el CONSORCIO GESTOR HOSPITALARIO DEL CARIBE, en consecuencia, solicitamos que la Secretaria de Salud ponga en conocimiento de todos los entes de control y de la Fiscalía General de la Nación las actuaciones desplegadas por el Gerente de la Empresa.

(...)

## II. PROCEDENCIA

### II.1. Configuración de un perjuicio irremediable

Como se mencionó el Gerente del HU CARI, celebró el contrato de operación N.º 690 del 27 de diciembre de 2019 suscrito por el Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E. de Barranquilla y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, mediante el mecanismo de contratación directa, sin autorización de la Junta Directiva, haciendo caso omiso de las

15

observaciones de la Procuraduría General de la Nación e incluso su actuación violó flagrantemente el derecho de acceso a la justicia, debido proceso legal y garantías judiciales al celebrar el mismo sin que estuviera en firme y ejecutoriada la Resolución N.º 969 de fecha 20 de diciembre de 2019 “Por medio de la cual se RECHAZA UNA PROPUESTA y se DECLARA DESIERTA LA CONVOCATORIA N.º 001 DE 2019”.

Como se mencionó, el contrato de operación N.º 690 del 27 de diciembre de 2019, tiene una duración de quince (15) años y un valor estimado de DOCE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$12.076.237.000,00) anuales, con lo cual los servicios de salud prestados por le HU CARI, los recursos de la salud y la salud de los usuarios de dicha entidad se encuentran comprometidos, por lo cual la protección solicitada debe ser urgente, perentoria.

LEY 1437 DE 2011

(enero 18)

Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011

<Rige a partir del 2 de julio de 2012, Art. 308>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(...)

**ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS.** *Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

*Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que, en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.*

*Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.*

(...)

**II.1.A. Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo**  
**Decente comunicación N.º 0333339168 de fecha 17 de octubre de 2019**

Como se manifestó (Hecho 1.6), la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente solicitó al Gerente del HU CARI que diera observancia de las disposiciones legales referentes a la observancia de los principios de la contratación pública, entre otras varias, así:

(...)

En virtud a las funciones preventivas y de control de gestión, atribuidas a la Procuraduría Delegada para la Salud, Protección Social y Trabajo Decente, contenidas en el artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000, principalmente en el numeral 2° y como resultado de la solicitud radicada en este organismo de control por la apoderada de la Cooperativa de Trabajo Asociado Operadores de proceso externalizados de salud OPEXSALUD<sup>2</sup>, a través de la cual requirió la intervención del trámite contractual arriba citado<sup>3</sup>, esta Procuraduría Delegada decidió dar apertura a una actuación preventiva, en desarrollo de la cual han sido evaluados todos los documentos del proceso de contratación publicados en el SECOP por la entidad a su cargo.

Con base en lo expuesto, se presenta a la Junta Directiva y a la Gerencia del Hospital Universitario CARI Empresa Social del Estado, las siguientes observaciones y advertencias:

**I. Del Régimen de Contratación de las Empresas Sociales del Estado y los Principios aplicables a su contratación.**

Frente a las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud o Empresas Sociales del Estado, debe mencionarse que el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, dispone que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos. En cuanto al régimen jurídico aplicable a las referidas entidades, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, estableció:

ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del estado"

2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

(...)

6. 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.

Así mismo, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007<sup>4</sup>, establece en forma incuestionable que las Empresas Sociales del Estado, deben en sus actuaciones y procedimientos contractuales - así estén sometidas a régimen de derecho privado- por el hecho de ser entidades estatales y/o cumplir funciones públicas-administrativas y/o administrar, recaudar, o custodiar recursos públicos fiscales o parafiscales, cumplir y respetar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal<sup>5</sup>:

**ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las**

<sup>2</sup> Radicado E-2019-581611

<sup>3</sup> Constitución Política. ARTICULO 92. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.

<sup>4</sup> Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos

<sup>5</sup> David Suarez Tamayo. Fundamentos constitucionales Principios y Reglas de interpretación de la Contratación Estatal en Colombia en Temas en Contratos Estatales. Biblioteca Jurídica DIKE.

entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de contratación de la Administración Pública. Aplicarán en desarrollo de su actividad contractual acorde con su régimen legal especial los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En el mismo sentido, el artículo 76 de la Ley 1438 de 20115 se ocupó de regular la eficiencia y transparencia en la contratación de las Empresas Sociales del Estado y facultó al Gobierno Nacional para expedir los lineamientos para que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado expidieran un estatuto de contratación que en todo caso debía respetar los principios de la actuación administrativa y la contratación pública:

**ARTÍCULO 76. EFICIENCIA. Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN, Adquisiciones Y COMPRAS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.** Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las empresas Sociales del Estado podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social.

En conclusión, si bien el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es privado, está sometido a los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, entre otros<sup>6</sup>:

i) El Principio de Planeación que se desprende de los artículos 339° y 344° de la Constitución, que tiene como funciones evitar la improvisación en la gestión pública, impedir el despilfarro y malversación de los recursos públicos.

ii) El Principio de Transparencia, que se desprende como desarrollo y complemento de los artículos 1°, 13° y 209° de la Constitución, que tiene como funciones garantizar la consecución del interés general, evitando que en razón de sus intereses privados las autoridades públicas "se desvíen de su función constitucional y legal" y proteger el patrimonio público, puesto que su observancia "evita procesos de selección oscuros y por ende evita toda forma de corrupción".

iii) Principio de Selección Objetiva, que se deriva de los artículos 6° y 121°-124° de la Constitución que tiene como función garantizar la consecución del interés general puesto que su rigurosa observancia evita proceso que en razón de sus intereses subjetivos las autoridades públicas "se desvíen de su función constitucional y legal".

Respecto de los principios de planeación y selección objetiva estableció el Consejo de Estado:

(...) Las entidades estatales deben elaborar los estudio y realizar análisis serios y completos antes de iniciar un procedimiento de selección (...) Las Entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipi contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deben reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya

6 Los principios básicos de la Contratación Estatal son 21: Legalidad, Igualdad, Libre concurrencia, Buena fe, Imparcialidad, Economía, Celeridad, Eficacia, Publicidad, Moralidad administrativa, Transparencia, Responsabilidad, Selección Objetiva, Libertad de empresa, Debido proceso, Planeación y Presupuestación, Contradicción, Prevalencia del interés general, Participación y Control ciudadano, Equidad y valoración de costos ambientales.

contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños planos, análisis técnicos, etc., (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.<sup>7</sup> (...).

**II. Los reproches de la Procuraduría al proceso de contratación Convocatoria 001 de 2019 de la E.S.E. CARI de Barranquilla**

Los Estudios Previos son el resultado de la obligatoria observancia del Principio de Planeación y tienen como función:

"(...) apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección que posibiliten a la entidad la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección (Cfr. Arts. 24, num. 5º apartes b y c, num. 3º y ss., y 26 num. 1º y 3º entre otros de la L. 80/93) (...) Por eso el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80 ordena que la entidad interesada, en la fase de planeación, elabore los correspondientes pliegos de condiciones en los cuales debe detallarse, especialmente, los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los actores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, que permitan ofrecimientos de igual naturaleza"<sup>8</sup> (subrayado fuera de texto)

En tal sentido, el Estatuto de Contratación<sup>9</sup> del HU CARI E.S.E., estableció:

2.14. En virtud del principio de planeación, El HU CARI E.S.E. debe hacer durante la etapa de planeación el análisis de la perspectiva legal comercial, financiera, organizacional, técnica, y de riesgo del objeto a contratar. La entidad estatal debe dejar constancia de este análisis en los documentos del proceso.

La verificación cuidadosa por parte de esta Procuraduría Delegada de los documentos publicados en el SECOP, permitió arribar a las siguientes conclusiones:

**1. Los Estudios Previos no registraron estudio de sector ni de mercado**

La administración del HU CARI E.S.E., omitió incluir dentro de los Estudios Previos, el análisis del sector salud, las calidades económicas, el tamaño de las empresas, los modelos de negocio y demás posibles condiciones del mercado que garantizara la existencia de un número plural de oferentes que estuvieran en condiciones de cumplir con las exigencias de tipo habilitante y de asignación de puntaje que fueron establecidas en los Términos de Condiciones y que están orientadas a garantizar la libre concurrencia de oferentes. Con esta omisión, se infringen los Principios de Transparencia y Selección Objetiva.

7 Consejo de Estado. Sección Cuarta. MP Hugo Fernando Bastidas B. Sentencia de Tutela. Expediente N.º 11001031500020130191900

8 Consejo de Estado: Sala de lo Contencioso Administrativo: Sección Tercera: CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez: Sentencia 1994-09827 de febrero 4 de 2010: Rad. 250002326000199409827 O1: Exp. 16540.

9 Acuerdo 142 de 2014 de la Junta Directiva del HU CARI E.S.E.

**2. No existe sustento de los factores de selección.**

En los Estudios Previos no se evidencia sustento alguno de las reglas de selección del proceso de convocatoria pública. Se desconoce el origen de los factores de habilitación jurídica, técnica y financiera establecidos por la administración de la E.S.E., y de los factores de calificación con lo cual, se habrían pretermitido los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y libre concurrencia de oferentes.

**3. No se establecieron requisitos técnicos mínimos de tipo habilitante**

En los Estudios Previos no se encontró alusión alguna a la existencia de requisitos habilitantes. En la Convocatoria Pública solamente se dispuso requerir:

**REQUISITOS FINANCIEROS Y ORGANIZACIONAL HABILITANTES.** La verificación de los requisitos financieros se efectuará con la información contenida en el registro único de proponentes, los cuales pueden ser cumplidos por el Gestor proponente o por uno o varios de las personas naturales o jurídicas que lo conforman. Lo mismo aplica para las Uniones Temporales o Consorcios u otras formas de asociación reglamentadas en la Circula 067 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud.

	<b>Índice del proponente</b>
	Mayor o igual a 2.50
	Menor o igual a 0.55
	Mayor o igual a 5

La verificación de los requisitos organizacionales se efectuará con la información contenida en el registro único de proponentes, los cuales pueden ser cumplidos por el Gestor proponente o por uno o varios de las personas naturales o jurídicas que lo conforman. Lo mismo aplica para las Uniones Temporales o Consorcios u otras formas de asociación reglamentadas en la Circular 067 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud.

	<b>Índice del proponente</b>
	Mayor o igual a 0.20
	Mayor o igual a 0.10

La administración del HU CARI E.S.E. omitió incluir en los Estudios Previos estos requisitos y su inclusión en la Convocatoria, sin sustento alguno vulnera los Principios de Transparencia, Planeación y Selección Objetiva.

**4. No fueron establecidos requisitos específicos habilitantes**

Aunque la administración del HU CARI E.S.E. estableció como OBJETO del proceso de contratación, "la escogencia de un operador especializado que asuma la gestión integral de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos y financieros de los servicios de la Sede Alta Complejidad", omitió incluir en los Estudios Previos requisitos técnicos habilitantes relacionados con las necesidades de experiencia específica en la operación y/o administración de entidades hospitalarias del nivel de complejidad necesario, no incluidos en el RUP. No existe en los Estudios Previos justificación alguna respecto de esta decisión de la administración, la cual resulta evidentemente contraria a los Principios de Transparencia, Planeación y Selección Objetiva.

**5. Los criterios de asignación de puntaje**

Respecto a los criterios de asignación de puntaje, la administración del HU CARI E.S.E., estableció en los Términos de Condiciones unos particulares factores para asignación de puntaje, los cuales pueden ser cumplidos por cualquiera de los integrantes del proponente, sin consideración a su porcentaje de participación en el proponente:

**"(...) Los factores siguientes deben ser cumplidos por el Gestor proponente o por uno o varios de las personas naturales o jurídicas que lo conforman y serán acumulables. Lo mismo aplica a las Uniones Temporales o Consorcios y otras formas de asociación (...)"**

20

*Tampoco fueron establecidos requisitos mínimos de experiencia en términos de equivalencia de magnitudes entre el tamaño y nivel de complejidad del Hospital objeto del proceso contractual, esto es, el HU CARI E.S.E. y las opciones de acreditación de experiencia que confieren algún puntaje al proponente, tal como puede apreciarse en la matriz de calificación.*

*Sorprendentemente, la administración decidió asignarle puntaje a los indicadores financieros, tales como liquidez, solvencia patrimonial y endeudamiento, sin que se conozca la forma como serán ponderados en el caso del único proponente que presentó oferta, que está integrado por ocho (8) sociedades.*

#### **6. Presentación a la Junta Directiva del Proyecto de Pliego de Condiciones**

*No se evidencia la presentación por parte de la administración del HU CARI E.S.E., a la Junta Directiva del Hospital, del proyecto de términos de condiciones como requisito previo al inicio del proceso de contratación que se adelanta a través de la modalidad de convocatoria pública, tal como se encuentra establecido en el artículo 20 de su propio Estatuto Contractual:*

##### **ARTÍCULO 20. CONTRATACION POR CONVOCATORIA PÚBLICA DE OFERTAS.**

*Contratos cuyo valor sea igual o superior a tres mil quinientos (3500) salarios mínimos (...)*

*PARAGRAFO SEGUNDO: En todos los casos en que se avoque un proceso DE CONVOCATORIA PÚBLICA el Gerente deberá presentar ante la Junta Directiva el proyecto de términos de condiciones de manera previa antes de iniciar el proceso de selección.*

*La administración quebranta su propio Estatuto de Contratación y con ello los Principios de Legalidad, Planeación y Transparencia.*

#### **7. Plan de adquisiciones**

*No se evidencia en los Estudios Previos el sustento de la necesidad de las inversiones en infraestructura, instrumental y equipos, ni el soporte de mercado de los precios unitarios registrados. La adquisición de dichos equipos está supeditada a la presentación de un plan por parte del Contratista. No se soporta de forma alguna la correlación entre las inversiones y la productividad del Hospital. Esta omisión lesiona los Principios de Planeación y Transparencia y pone en riesgo la operación misma de la entidad hospitalaria y con ello el derecho a la salud de un importante número de ciudadanos de esa región del país.*

#### **8. Remuneración del HU CARI E.S.E.**

*No existe sustento alguno ni en los Estudios Previos ni en los Términos de Condiciones de la productividad histórica de la entidad hospitalaria por cada servicio, ni de la proyectada. La administración también omitió justificar en los Estudios Previos, el origen de la cifra establecida en el 9% como remuneración a favor del Hospital con lo cual se espera cubrir los pasivos existentes. No existe certificación alguna respecto de la existencia de dichos pasivos; se desconoce quiénes son los acreedores; si existen acuerdos de pago; renuncia a intereses de mora, otros costos financieros asociados al recobro de cartera.*

*Esta omisión impide establecer el riesgo financiero asociado a la entrega en operación del HU CARI E.S.E. y lesiona los Principios de Planeación y Transparencia y pone en riesgo la operación misma de la entidad hospitalaria y su permanencia.*

#### **9. Mantenimiento de equipos e infraestructura hospitalaria**

*La administración del HU CARI E.S.E. omitió incluir dentro de las previsiones de los Estudios Previos las disposiciones relacionadas con el mantenimiento de la infraestructura física hospitalaria y de los equipos e instrumental existentes en la entidad hospitalaria que no serán objeto de reposición por parte del contratista y aquellos que serán adquiridos por el contratista dentro del plan de adquisición de equipos. De igual manera se desconocen los estudios relacionados con la vida útil de los equipos y la necesidad de reposición dentro del plazo de ejecución contractual que es de 15 años. Esta omisión lesiona los Principios de Planeación y Transparencia y pone en riesgo la operación misma de la entidad hospitalaria.*

#### 10. Plazo de la convocatoria

La administración del HU CARI E.S.E., estableció un corto cronograma para la selección del operador, disponiendo un plazo de tan solo quince (15) días hábiles entre la fecha de apertura y la fecha de cierre del proceso contractual, que podría haber sido insuficiente para que eventuales proponentes contemplaran la posibilidad de participar en el mismo.

#### 11. La Ley 1966 de 2019<sup>10</sup>. Gestión y transparencia en el SGSSS

La Ley 1966 de 2019, adoptó medidas a fin de mejorar la transparencia, vigilancia, control y aplicación del uso de los recursos financieros del Sistema General de Seguridad Social en Salud y estableció un Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero para las Empresas Sociales del estado que tiene como objeto "asegurar la continuidad, calidad y oportunidad en la prestación del servicio público de salud para toda la población en el territorio nacional".

Se desconocen las razones por las cuales recién expedida la Ley, que se constituye en un instrumento de salvamento financiero, el Hospital opta por un apresurado proceso de contratación para entregarle a un operador particular.

#### 12. La Ley 1450 de 2011 Plan Nacional de Desarrollo

El artículo 156 de la Ley 1450 de 2011, estableció la obligación por parte de las entidades territoriales de presentar al Ministerio de Salud y Protección Social el PROGRAMA TERRITORIAL DE REORGANIZACIÓN, REDISEÑO Y MODERNIZACIÓN DE LAS REDES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - E.S.E.:

ARTÍCULO 156. PROGRAMA TERRITORIAL DE REORGANIZACIÓN, REDISEÑO Y MODERNIZACIÓN DE LAS REDES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO- E.S.E. El Programa deberá considerar como mínimo el diagnóstico de la situación de las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud y del conjunto de la red en cada territorio incluyendo los componentes de acceso a la prestación de servicios, eficiencia en su operación y sostenibilidad financiera, los posibles efectos de la universalización y unificación sobre el financiamiento y operación de la misma, las fuentes de recursos disponibles, la definición y valoración de las medidas y acciones que permitan fortalecer la prestación pública de servicios, los ingresos y gastos y su y equilibrio financiero, incluyendo medidas de ajuste institucional, fortalecimiento de la capacidad instalada, mejoramiento de las condiciones de calidad en la prestación y de la gestión institucional con especial énfasis en las relacionadas con el recaudo de ingresos por venta de servicios y deberá considerar adicionalmente lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011, en lo pertinente. El Ministerio de la Protección Social tendrá a su cargo viabilizar el programa respectivo de cada entidad territorial competente; definir el proceso de aprobación, la metodología, los criterios e indicadores que deberán contener estos programas, los cuales en cualquier caso estarán en armonía con los planes financieros integrales del régimen subsidiado territoriales. En el caso de los municipios certificados el programa deberá contar con el concepto favorable del departamento respectivo.

Este organismo de control ha consultado al PLAN APROBADO por el Ministerio de Salud y ha podido constatar que dicho PLAN NO contempló la entrega de la operación de la sede de alta complejidad del HU CARI E.S.E. a un operador privado, con lo cual, el trámite de contratación adelantado por la administración del hospital, con la aquiescencia de la Junta Directiva y de la administración territorial se gestiona pretermitiendo una obligación legal.

#### 13. Responsabilidades del Comité asesor de adquisiciones

Se encuentran pendientes de establecer las responsabilidades del COMITÉ DE ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS del HU CARI E.S.E., en el presente

<sup>10</sup> Ley N.º 1966 del 11 de julio de 2019: "Por medio del cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el sistema de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones"

22

trámite contractual, con relación a la obligación prevista en el artículo 9 del Manual de Contratación que establece:

*Artículo 9. Son funciones del comité de ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS los siguientes:*

*9.1. Asesorar al Gerente en la toma de decisiones en relación con la contratación para la adquisición de bienes, obras y/o servicios a contratar bajo el mecanismo de convocatoria pública, de acuerdo a lo establecido en el Plan Anual de Adquisiciones de la E.S.E. CARI o cuando así lo requiera.*

*9.2. Revisar los términos de condiciones dentro de las convocatorias públicas y emitir su concepto.*

#### **14. Responsabilidades de la Junta Directiva**

*Se encuentran pendientes de establecer las responsabilidades de la JUNTA DIRECTIVA del HU CARI E.S.E., en el presente trámite contractual, en relación con las posibles autorizaciones impartidas al trámite contractual y a los Términos de Condiciones, desconociendo los PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA y de la CONTRATACIÓN ESTATAL y el ordenamiento jurídico vigente como se ha señalado a lo largo del presente documento.*

#### **15. Responsabilidades del Representante Legal**

*En virtud del principio de responsabilidad, la Empresa Social del Estado y sus agentes, asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones en el proceso de contratación, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos<sup>11</sup>.*

*Finalmente debemos señalar que este organismo de control ha podido establecer que las precarias, incompletas, injustificadas y ambiguas condiciones de participación establecidas en los Términos de Condiciones del proceso de contratación Convocatoria 01 de 2019 del HU CARI E.S.E., al parecer quebrantan los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y libre concurrencia de oferentes, que no posibilita cumplir con el deber y principio de selección objetiva y que derivaría en un riesgo disciplinario, penal y fiscal y de la garantía de la prestación de servicios de salud a la población.*

*También se encuentra establecido que el HU CARI E.S.E. no podrá realizar las correcciones o modificaciones a los Pliegos de Condiciones por cuanto las adendas, único medio legal para este propósito solo pueden generarse con anticipación a la recepción de las ofertas.*

*Por lo expuesto, la Procuraduría General de la Nación solicita al HU CARI E.S.E. valorar integralmente las censuras arriba señaladas, así como los riesgos que asumen la Junta Directiva de la E.S.E.; el Comité de Compras y Adquisiciones y la Gerencia del Hospital al proseguir con el trámite contractual cuestionado que adelantado contraviniendo los Principios de la Función Administrativa y de la Contratación Estatal, así como su propio Estatuto y Manual de Contratación, amén de precisas disposiciones legales y reglamentarias pone en riesgo la garantía de la prestación de los servicios de salud a la población del departamento y podría conllevar el detrimento de los recursos públicos, por lo cual, se les insta a adoptar los correctivos necesarios de forma inmediata.*

*Se solicita convocar a la Junta Directiva de la E.S.E., al Comité de Compras y Adquisiciones y al Comité Evaluador con el propósito de hacer lectura de la presente comunicación y remitir a esta Procuraduría Delegada, copia de las actas respectivas, que también deberán ser publicadas en el SECOP. Así mismo, se le concede al Representante Legal del HU CARI E.S.E., un plazo no superior a dos (2) días hábiles para informar sobre las decisiones adoptadas.*

(...)

<sup>11</sup> Artículo 4° de la Resolución 5185 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social.

23

La vulneración evidente e ilegítima a la ley, la constitución, los reglamentos que gobiernan la materia, así como a las reglas fijadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional dan cuenta de la vulneración al principio de transparencia, de legalidad y la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues el comportamiento del HU CARI representado legalmente por el Gerente del HU CARI, señor Ulahi Dan Beltrán López, al declarar desierta la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019 y la suscripción del contrato de Operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019 se surtió sin apego a las leyes y en claro menoscabo de los criterios de objetividad, publicidad, idoneidad del seleccionado y garantía en la prestación eficiente y oportuna del servicio a la salud.

**II.1.B. Procuraduría Delegada para la Salud, la Protección Social y el Trabajo Decente oficio N.º DSPT 000014 SIAF 1890 de fecha 10 de enero de 2020**

(Hecho 1.19) Siendo coherente con su análisis, la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente por medio del oficio N.º DSPT 000014 SIAF 1890 de fecha 10 de enero de 2020 comunicó su decisión de poner en conocimiento de los organismos de control del estado (Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación) las conductas desplegadas por funcionarios públicos y particulares así:

(...)

*Esta Procuraduría Delegada ha tenido conocimiento de la suscripción del contrato identificado como contrato de operación N.º 690 de diciembre 27 de 2019, entre Usted en calidad de Gerente y Representante legal del Hospital Universitario CARI ESE, y el "Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe" y cuyo objeto contractual es la "OPERACION y la GESTION INTEGRAL a las que se compromete a realizar el CONTRATISTA de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros los complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica industrial en la sede principal, que garantice la apertura progresiva de servicios de alta complejidad y la reapertura de otros, asegurando la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios de salud, garantizando eficiencia, eficacia, accesibilidad, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad. Al mismo tiempo, la contratación de dichos servicios a esquemas y tarifas competitivas del mercado de modo que se garantice el flujo de recursos para la institución hospitalaria".*

*Este organismo de control, debe referirse inicialmente al Régimen aplicable a las Empresas Sociales del Estado, ratificando que el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993, dispone que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos.*

*En cuanto al régimen jurídico aplicable a las referidas entidades, el Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, indica:*

*"ARTÍCULO. 195.-Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*1 El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del estado".*

*2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*

(...)

*6 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.*

*Como se colige, si bien el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es de derecho privado, debe destacarse que el Artículo 13 de la*

Ley 1150 de 2007<sup>12</sup>, estableció los principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración la Ley 1438 de 2011<sup>13</sup> y precisó su actividad contractual, expresando el respeto de los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Más adelante, la Resolución 5185 del 14 de diciembre de 2013<sup>14</sup>, definió precisas reglas para los procesos de contratación de las Empresas sociales del Estado.

La Procuraduría General de la Nación, en diferentes comunicaciones expresó la inconveniencia del proceso de convocatoria pública, ya que advirtió la inobservancia de los principios que rigen la contratación, así como las falencias existentes en la definición de aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros y cumplimiento de requisitos legales dentro del proceso de convocatoria N.º 01 de 2019, y que ponían en riesgo no sólo la prestación de los servicios de salud en la zona, sino el manejo de los recursos del sistema de seguridad Social Integral involucrados en la prestación de dichos servicios, los cuales quedarían en manos de un tercero.

Pese a lo anterior, el Gerente de la ESE, procedió a formalizar un contrato, precisamente con el mismo y único oferente que se hizo partícipe de la convocatoria referida, y cuyo proceso concluyó con la inadmisibilidad de la oferta, argumentando un inexistente conflicto de intereses, así como el rechazo de esta, y en consecuencia una mal fundada declaratoria de desierta del proceso.

**Declaratoria de desierta de la Convocatoria Pública 01 de 2019**

De conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, la declaratoria de desierta del proceso de selección procede solamente por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, y deberá constar en un acto administrativo que señale en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión<sup>15</sup>

Así mismo, respecto de la DECLARATORIA DE DESIERTA, el parágrafo del artículo 25 del ESTATUTO DE CONTRATACIÓN DE LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI<sup>16</sup> establece:

"( ... ) Parágrafo: La convocatoria pública podrá ser declarada desierta por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista, cuando no se presente propuesta alguna. cuando habiéndose presentado propuesta la misma no cumpla con los requisitos legales sustanciales, factores de escogencia y calificación establecidos en los términos de referencia, la falta de documentos y/o requisitos solicitados por escrito y comunicado (sic) a los proponentes por parte de la Empresa en cualquier momento durante el proceso de selección cuando las propuestas presentadas no obtengan el puntaje mínimo de calificación dispuesto puesto en los términos de

12 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

13 Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

14 Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual.

15

16 Acuerdo 142 de junio 04 de 2014 de la Junta Directiva de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI

25

referencia establecidos para la comparación y adjudicación de la convocatoria. (...) "

Así mismo el Manual de Contratación de la Entidad, adoptado mediante Resolución 1055 de septiembre de 2014 establece en el literal f) del numeral 7.4, respecto de los términos de condiciones lo siguiente:

"(...) 7.4 De los términos de condiciones.

f La información en el sentido que dentro del término de estudio de propuestas y/o previo a la adjudicación la E.S.E. podrá declarar desierta la convocatoria mediante acta motivada, suscrita por la gerencia cuando no se presente propuesta alguna o ninguna cumpla con las condiciones de los términos de condiciones e impida la selección objetiva o por conveniencia institucional. (Subrayado fuera de texto)

Del análisis del acto administrativo por medio del cual se efectuó la declaratoria de desierta del proceso de Convocatoria N.º 01 de 2019, no se evidencian los motivos o circunstancias contempladas en el Estatuto y Manual de Contratación de la Entidad, que hicieran imposible cumplir con una selección objetiva, tal y como se desprende de lo consignado en el informe del Comité evaluador de fecha 3 de diciembre de 2019, publicado en el SECOP, de donde se resalta:

"(...) Luego del análisis evaluativo se consideró que la propuesta presentada es INADMISIBLE y debe ser rechazada por las siguientes causas: J. Conflicto de intereses en la propuesta técnica con los servicios que el Hospital Universitario CARI E.S.E. definió como de su reserva exclusiva. 2. Deficiencia en la capacidad jurídica para comprometerse bajo el régimen de solidaridad que impera en la OFERTA en la MODALIDAD de PROMESA DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD FUTURA(...)"

Más adelante dentro del mismo informe evaluativo, el Comité expone las razones que sustenta la conclusión, tanto del conflicto de interés como de la deficiencia en la capacidad jurídica para comprometerse solidariamente, mencionando algunos numerales de los términos de referencia así:

"( ..) 1. Conflicto de interés 7.2 Carta de presentación de la oferta.

1. Conflicto de Interés:

1.1 En los términos de condiciones en el numeral "7.2 Carta de Presentación de la Junta". La entidad solicitó que el proponente suscribiera, entre otras, la siguiente declaración:

"Con la carta de presentación de la propuesta se entiende presentada lo declaración juramentada por parte del proponente de no encontrarse incurso en alguna de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley, ni en conflicto de intereses que pueda afectar el normal desarrollo del contrato, así como el origen lícito de los recursos destinados al proyecto o a la ejecución del contrato.

1.2. En los Términos de condiciones se precisó lo siguiente:

"8. Condiciones relativas al servicio. 8.1 Alcance del objeto del contrato. (...)"

1.3 En los términos de condiciones en el numeral "19. Obligaciones del Hospital en los subnumerales del 9 al 17 (páginas 40/41) (...)"

1.-1 En los términos de condiciones en el capítulo 15 se estableció la siguiente prohibición:

" ... 15.-Prohibiciones y restricciones en la prestación del servicio."

1.5 Los términos de condiciones en el numeral 7.17.- INADMISIBILIDAD DE LA PROPUESTA.

Establece que:

"Serán inadmisibles y no se incluirán en el orden de elegibilidad. las propuestas que se encuentren incursas en 1111a o varias de las siguientes situaciones:

1. (...)

2.-Cuando el proponente o alguno de sus representantes (en caso de consorcios o uniones temporales: se encuentren incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad; tengan conflicto de interés legal o contractual (el subrayado no es del texto)

Posterior a esta sustentación, el comité evaluador concluye así:

"(...) De lo anterior se observa que el Hospital Universitario CARI ESE, ha informado claramente a través de los términos de condiciones y en el proyecto de minuta contractual a los interesados en el contrato, que no aceptaría propuestas que tengan intereses que confronte con el interés del hospital en cualquier aspecto relacionado con el cumplimiento del objeto del contrato, y de manera principalísima informa que se reserva la prestación de los servicios de salud mental y que las actividades de docencia servicio estarán regidas bajo su dirección y control.

Así las cosas, la administración sustenta la declaratoria de desierta en la existencia de conflicto de interés, y este a su vez sustentado en que, el único proponente habría ofertado la prestación de servicios de salud mental y la prestación de actividades relacionadas con la docencia servicio; pese a que dicha circunstancia no está precisa y expresamente descrita en el ordenamiento jurídico ni en los términos de condiciones.

Con base en lo transcrito en precedencia, y revisado el alcance de la figura del conflicto de interés, resulta de suma importancia mencionar lo que al respecto ha expresado la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, Sección Tercera<sup>17</sup>:

Debe existir un interés particular y directo del servidor público o también indirecto cuando lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho, de modo que el conflicto se estructura no sólo por configurarse alguno de los supuestos de hecho respecto del servidor, sino también respecto de sus allegados.

Sobre el carácter directo o indirecto del conflicto, la Sección Tercera de esta Corporación ha expresado:

"El conflicto de interés es la situación de prohibición para el servidor público de adelantar una actuación frente a la cual detenta un interés particular en su regulación, gestión, control y decisión, el cual puede ser directo en caso de ser personal, o indirecto cuando el interés deviene de su cónyuge, o parientes dentro del tercer grado de consanguinidad etc."  
(Negrillas de la Sala) (subrayado filera de texto)

iv Debe tratarse de un asunto específico. esto es, que el conflicto ocurra frente a una situación o actuación particular y concreta, pues no es dable predicarla de situaciones hipotéticas generales y abstractas, en donde no es posible identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto.

v En cuanto a la actuación respecto de la cual se concreta el conflicto, ella ha de producirse en el ejercicio de las funciones que tengan relación con la regulación, gestión, control o decisión en un asunto específico. de manera que el interés del servidor o sus allegados ha de producirse en relación con cualquiera de las funciones

17 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS. Bogotá. D.C., diez y siete (17) de mayo de dos mil siete (2007). Radicación número: 1100 1-03-06-000-2007-00035-00 (1822) Referencia: Conflicto de intereses

referidas.

- vi *El conflicto debe ser actual y cierto, pues la sola eventualidad de su ocurrencia futura o el hecho de que su configuración dependa de otras situaciones, hechos o actos, impide su estructuración (7).*

*Así, el interés debe ser real y cierto para que se configure el conflicto, pues un interés futuro o eventual no tiene la característica de existencia requerida por la ley 734 de 2002. Del mismo modo, desde la perspectiva subjetiva del servidor público o la esfera de su convicción íntima, puede afirmarse que el conflicto ha de aparecer de tal manera grave, que pueda afectar su discernimiento o imparcialidad al punto de separarlo del interés general y llevarlo al propio beneficio o el de sus allegados.*

*Lo anterior no significa que el conflicto de intereses no pueda darse o no tenga lugar en los casos de expedición de actos en los que intervienen distintas autoridades, pues en relación con cada servidor público podría presentarse la situación de conflicto respecto de su actuación en alguna de las etapas de formación del acto y en tal evento, los presupuestos normativos del conflicto podrían tener ocurrencia.*

*Bajo esta perspectiva, estima la Sala que en aquellos casos en que la participación del señor ministro se produce en relación con actos jurídicos que requieren decisiones de otras autoridades o de órganos colegiados, la configuración eventual del conflicto debe analizarse en relación con su respectiva actuación.*

- iv *Es de carácter preventivo, pues ante la situación de conflicto el legislador ofrece el mecanismo de la declaratoria de impedimento para separarse del conocimiento del asunto con el fin de evitar la actuación contraria al interés público y con ello la imposición de sanciones.*
- v *La consecuencia jurídica es el deber de declararse impedido.*

*Así mismo, es importante traer a colación referente jurisprudencial<sup>18</sup> que invocó el comité para sustentar la existencia del conflicto de interés, de donde se extrae lo siguiente:*

*"(...) La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular en detrimento del interés público. (...).*

*Así las cosas, no se vislumbra para el caso particular, la existencia de una situación de prohibición para un servidor público, para adelantar una actuación frente a la cual pudiera detentar un interés particular en su regulación, gestión, control y decisión, que sustente un conflicto de interés.*

*La argumentación del comité se fundamenta, en un conflicto de interés por la existencia de "intereses que confronta con el interés del hospital" en cualquier aspecto relacionado con el cumplimiento del objeto del contrato. Argumentación que resulta por virtud de las reglas generales del proceso de selección, establecidas en los términos de condiciones, pero que en modo alguno puede sustentar la existencia de un conflicto de interés y menos servir de fundamento para declarar desierto un proceso de selección.*

*En cuanto a la segunda causal en la cual fundamenta la declaratoria de desierto, por "Deficiencia en la capacidad jurídica para comprometerse bajo el régimen de solidaridad" tampoco se encuentra un fundamento fáctico toda vez que,*

18 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación No. 2045-1 1001-03-06-000-201 1-00001-00 Referencia: Contratación de la Administración Pública. Principios. Selección Objetiva. Conflicto de intereses.

precisamente en el documento de evaluación se concluye que para todas y cada una de las empresas integrantes de la promesa de sociedad futura existe la autorización interna, que concede facultades para participar en la sociedad futura, dependiendo del porcentaje de participación, de donde se predica la responsabilidad solidaria e ilimitada de acuerdo con las normas que rigen la materia, específicamente el artículo 110 del Código de Comercio, siendo el mismo invocado por el comité para sustentar esta causal que originó la inadmisibilidad de la oferta y el consecuente rechazo de la misma.

Por todo lo expuesto, la entidad no tenía la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto el proceso de selección de contratista, pues como se reitera, solo hubiera resultado procedente cuando mediaran motivos o circunstancias contempladas en las normas y que hicieran imposible cumplir con la selección objetiva, como se señaló precedentemente.

Y es que, frente al tema de la selección objetiva, que resulta del análisis del cumplimiento de los factores que concluyeran con la selección de la mejor oferta, no fue posible evidenciar dicho análisis, por cuanto el Hospital pretermitió el cumplimiento de etapas del proceso y omitió realizar la totalidad de las verificaciones de aspectos habilitantes jurídicos, técnicos y financieros, con el fin de analizar la posibilidad de aplicar las reglas de subsanabilidad.

Así las cosas, a través de esta maniobra, la administración habría eludido el proceso de verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en los términos de condiciones, lo cual le permitió más adelante, por vía de la declaratoria de desierto, abrogarse la facultad de entregarle el contrato mediante la modalidad de contratación directa, al único proponente que precisamente no habría sido evaluado de manera total y definitiva.

Así quedó evidenciado en el informe de evaluación del comité que le correspondía adelantar la verificación y evaluación de la oferta:

"(...) El Comité inició la evaluación de todos los aspectos, pero su condición de inadmisibile y de rechazable hace innecesario emitir concepto más allá de lo expresado (...)"<sup>19</sup>

A la fecha, se desconoce si el único oferente, hoy contratista, tenía vocación de cumplir con la totalidad de los requerimientos establecidos por la administración, única potencial garantía del cumplimiento de los fines de la contratación. Este aspecto además de reprochable, cobra relevancia, por cuanto siendo el mismo oferente, con quien se suscribe el contrato N.º 690 de 2019, tal y como quedó consignado en la parte considerativa de dicho contrato, donde para el proceso de contratación directa solo se modificó la forma asociativa y se conformó como consorcio, aquellos aspectos que dieron lugar a la inadmisibilidad de la oferta, rechazo de la misma y declaratoria de desierto, pudieron ser objeto de subsanación para que la oferta hubiera podido ser considerada como la mejor oferta dentro del trámite de la convocatoria Pública N.º 01 de 2019.

Para esta delegada resulta claro, que la actividad desplegada por Usted, para lograr la suscripción del contrato de manera directa, habría desconocido flagrantemente las advertencias y observaciones efectuadas y por el contrario podría haber existido una posible desviación de poder y carencia de fundamentación legal, al acudir a un proceso de contratación directa desconociendo las previsiones del ordenamiento jurídico vigente, del Estatuto de Contratación y de los términos de condiciones que gobiernan los procesos de contratación estatal.

19 Documento audiencia para responder observaciones y de adjudicación o declaratoria de desierto.

Lo que advierte igualmente esta delegada, es que la actividad desplegada por la Gerencia del Hospital, que concluyó con la declaratoria de desierta, habría consistido en una maniobra, orientada a desconocer todas y cada una de las observaciones de fondo y de forma advertidas por diferentes vías y ratificadas por esta misma Procuraduría, principalmente en la violación a los principios que rigen la contratación estatal, observaciones que si bien no comportaban la obligatoriedad de acogerlas, tampoco fueron desvirtuadas por parte de la Administración del Hospital.

1 Proceso de contratación directa.

Con relación al cumplimiento de requisitos legales obligatorios que debieron garantizarse por parte de la Administración para adelantar el proceso de contratación que actualmente se cuestiona, y de manera principalísima está el que no se contó con la aprobación de la Junta Directiva de la Empresa. Lo anterior en los términos del artículo 15 del Estatuto de Contratación de la Entidad que señala:

"(...) ARTÍCULO 15. COMPETENCIA

Cuando se trate de iniciar procesos de contratación cuya cuantía supere los cinco mil (5000) SMLV, el Gerente del HU CARI E.S.E. requerirá previamente de la aprobación de la Junta Directiva de la Empresa. (...)

Lo anterior, significa para el Gerente, que, al no contar con la autorización obligatoria, no estaba dotado de la capacidad legal necesaria para comprometer a la Empresa.

De otra parte, el proceso contractual adelantado, independientemente de la denominación conferida, culmina en un contrato de concesión cuya tipología corresponde a la definida en el Estatuto de Contratación de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI:

"(...) 14.3. CONTRATO DE CONCESIÓN: Son contratos de concesión los que celebre el Hospital Universitario CARI con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración. Que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (...).

El Estatuto de Contratación establece frente a la modalidad de contratación directa y al contrato de concesión lo siguiente:

"(...) ARTICULO 18. CONTRATACIÓN DIRECTA.

Se podrán contratar directamente:

- ...Por la naturaleza
- Las alianzas. Asociaciones público-privadas. concesiones con terceros previa autorización de la Junta Directiva.

De igual manera el Gerente del Hospital habría desconocido la modificación introducida al Estatuto de Contratación por la Junta Directiva del HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI ESE por ACUERDO N.º 157 (22 de junio de 2017) "Por medio del cual se modifica el acuerdo 142 de 2014 del Hospital Universitario CARI ESE" que dispuso:

**ARTICULO 15o: COMPETENCIA.** La competencia para ordenar y dirigir el proceso de contratación corresponde al Gerente, previa adopción del Plan Anual de Adquisiciones dispuesto en el artículo 80 del presente Estatuto: quien podrá delegar dicha facultad total o parcialmente en un funcionario del nivel directivo.

Cuando se trate de procesos de contratación cuya cuantía supere los cincuenta (50) SMLMV, se deber contar con la aprobación de la Junta Directiva, antes de la firma del acto correspondiente.

Se requerirá de autorización previa y escrita de la Junta Directiva para iniciar procesos de contratación, suscribir, modificar, prorrogar o liquidar los contratos, suscribir conciliaciones o transacciones cuando se trate de los siguientes negocios jurídicos: a) compraventa o permuta de bienes muebles o inmuebles, b) empréstitos, e) Arrendamiento, **d) concesiones**, e) Inversiones de riesgo compartido: f) Fiducia, g) Leasing: h) Donaciones de bienes de la Empresa, i) investigación j) Docencia servicio. k) Consultoría, l) Adquisición de software. m) Uniones temporales o consorcios o cualquier otra forma de contratos o convenios de colaboración empresarial. (...).

El mismo Estatuto de Contratación de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI prevé que, para dicho tipo de contratos, de igual forma se requiere la autorización de la Junta Directiva del Hospital, la cual no se tramitó, por cuanto se afirmó tener la autorización concedida en reunión de la junta de fecha 16 de agosto de 2019, registrada en el ACTA 224 que pudo confirmarse, tan solo autorizó adelantar un proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA:

"(...) Los miembros de la Junta por decisión unánime escogen adelantar una convocatoria pública para seleccionar un operador especializado de los servicios de Alta Complejidad con obligaciones de inversión, para que en las condiciones que precise la institución se planifique y ejecute la recuperación del hospital y el saneamiento de pasivos. (...)"

Así las cosas y advertidos los incumplimientos legales que antecedieron a la suscripción del contrato N.º 690 del 2019, se hace imperativo conminar al Gerente para que ante una previsible declaratoria de nulidad del contrato, por haberse suscrito con eventual abuso y/o desviación de poder, por cuanto sin tener la competencia suficiente para suscribir el contrato que hoy se reprocha, ejerció un poder para fines y objetivos distintos a la garantía del interés público, a que adopte las medidas contractuales orientadas a la terminación anticipada unilateral del contrato bien por virtud de la facultad excepcional de terminación unilateral consagrada en el Art. 17 de la ley 80 de 1993 que menciona:

"(...) ARTICULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga ... (...)

No obstante, encontrarse contemplado en el contrato N.º 690 de 2019 la facultad de terminación unilateral consignada en la cláusula 26, no consagra como causal cuando las exigencias del servicio público lo requieran, tal y como lo establece el Art. 17 de la Ley 80 de 1993, si establece en el numeral 1) que dicha terminación se puede dar por mutuo acuerdo.

Igualmente, le asiste la posibilidad a la administración del Hospital de terminación unilateral del contrato, por cuanto se prevé la configuración de algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato suscrito.

Acerca del ejercicio de la potestad de terminación unilateral de los contratos estatales por parte de la Administración, en los eventos de nulidad

31

absoluta del contrato, la Corte Constitucional, en pronunciamiento contenido en Sentencia T- 1341 de 2001, sostuvo lo siguiente:

"( .. )"En el caso que se analiza, las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual.(...)"

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071- 01(14390)- al respecto de las causales de nulidad absoluta y de terminación del contrato expresó:

"(...) Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. (subrayado fuera de texto) Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando ... (...)

Así mismo la sentencia dispuso:

"(...) Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección.

Es por ello que la declaratoria de nulidad absoluta se fundamenta en un examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato; su propósito principal es el de eliminar o expulsar, del mundo jurídico, el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos, sin importar lo que en desarrollo del mismo se hubiere ejecutado y, por eso mismo, por regla general, busca devolver las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 C.C.). (...)

Las actuaciones desplegadas por el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI, habrían desconocido flagrantemente los PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA consagrados en el artículo 209 de la Constitución y los PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL a los que están sujetos todas las Empresas Sociales del Estado, tales como PRINCIPIO DE PLANEACIÓN; PRINCIPIO DE LEGALIDAD; PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA y PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Debe advertirse al señor Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI, que debe resolverse a favor de los fines de la contratación estatal y de los intereses de la comunidad con relación a la preservación del ordenamiento jurídico vigente, de la garantía de la prestación de los servicios de salud y de la preservación de los recursos públicos en juego, y de conformidad con las previsiones legales vigentes.

32

*Esta Procuraduría Delegada dará traslado a los competentes<sup>20</sup>, a efectos de que evalúen las conductas presuntamente desplegadas por los funcionarios públicos y particulares, de carácter disciplinario, penal y fiscal, en las que habrían incurrido -incluido el Gerente y otros funcionarios de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI- y que al parecer estarían relacionadas con:*

- 1 *Interés indebido en la celebración de contratos.<sup>21</sup>*
- 2 *Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.<sup>22</sup>*
- 3 *Prevaricato por acción.<sup>23</sup>*
- 4 *Omisión de control en el sector de la salud.<sup>24</sup>*
- 5 *Responsabilidad penal de las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública.<sup>25</sup>*

(...)

Lo anterior, sin desconocer la clara violación al derecho colectivo de los usuarios al servicio público de salud, y al derecho fundamental a la salud de quienes son los grandes sacrificados en la tercerización de los servicios del HU CARI a un particular, a saber, la población usuaria.

Finalmente, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha definido el alcance y las características del denominado perjuicio irremediable, y al respecto, ha señalado cuales deben ser sus características y criterios, así: La Sentencia T-1316 de 2001 T-81 de 2013, T-743 de 2002, T-596 de 2001, T-215 de 2000, T-131 A de 1996, T-343 de 2001 coincide. Sentencia SU-617 de 2013

La urgencia y la gravedad evidenciadas, determinan que la acción popular, con medida cautelar de urgencia sea impostergable, y para que la misma pueda materializarse, no se requiere agotar requisitos procedimentales previos, pues si se acude o agotarlos existen altísimas probabilidades que la protección a los derechos colectivos pierda toda posibilidad y eficacia, máxime si se tiene en cuenta que el HU CARI representado legalmente por el Gerente, señor Ulahi Dan Beltrán López, ni siquiera tuvo en cuenta las serias y graves observaciones efectuadas por un órgano de control tan importante como el Ministerio Público, lo que torna el requisito de procedibilidad en una mera formalidad que para el caso concreto podría conducir a la pérdida de eficacia de los medios de control creados para proteger los derechos de la ciudadanía, y a convertirse en una barrera de acceso injustificada a la efectiva administración de justicia.

Se trata entonces, de proteger de manera efectiva los derechos colectivos y fundamentales vulnerados y seriamente amenazados y de garantizar la eficacia de la actuación de la administración de justicia en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos reconocidas por el sistema constitucional para la convivencia pacífica de los

---

20 Agente con asignación especial del Procurador General de la Nación; Fiscalía General de la Nación y Contraloría General de la República.

21 Ley 599 de 2000. Artículo 409

22 Ley 599 de 2000. Artículo 410

23 Ley 599 de 2000. Artículo 413

24 Ley 1474 de 2011. Artículo 22

25 Ley 1474 de 2011 Artículo 34

33

asociados y la vigencia del Estado de Derecho, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado, a través de la Acción popular presentada y las medidas cautelares de urgencia solicitadas.

### III. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS AMENAZADOS Y/O VULNERADOS

El HU CARI representado legalmente por el Gerente, señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico y el consorcio Gestor Hospitalario del Caribe aquí accionados, por acción u omisión, han amenazado y vulnerado los derechos colectivos reconocidos en los literales: b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) la seguridad y salubridad públicas, i) La libre competencia económica y j) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, reconocidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, entre otros que el señor Juez Constitucional determine; en conexidad con los artículos 1, 48, 49, 88, 365 y 366 de la Constitución Política.

A su vez, solicitamos respetuosamente al Juez constitucional que además proteja los demás derechos colectivos que halle probados en la presente acción.

La presente acción se sustenta en la Constitución Política artículos 78, 88, 95, 229, 277, 282 y 333; así como en la Ley 80 de 1993; la Ley 270 de 1996 art. 36A; la Ley 472 de 1998 y la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 144, 230, 104, 155, 164, 179, 187, 196, 229, 232, 233, 234, 243, 257, 269, 270, 272, 273, 274, 303.

### IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### IV.1. Acciones populares

En el ordenamiento jurídico colombiano la Acción Popular se encuentra consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, concebida como el mecanismo mediante el cual cualquier persona natural o jurídica, puede solicitar ante los jueces de la república la protección efectiva de los derechos e intereses colectivos instituidos en la carta magna, el mencionado artículo reza lo siguiente:

#### *"CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA*

*(...) ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

*También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.*

*Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. (...)"*

Esta disposición fue desarrollada por la Ley 472 de 1998, por medio de la cual se legisla sobre el ejercicio de las acciones populares, de grupo y se dictan otras disposiciones, norma que en su artículo 2º inciso 2, establece la procedencia de esta acción cuando se busque evitar un daño contingente, hacer cesar un peligro, o amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, y/o se pretenda restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Igualmente, dicha Ley en su artículo 4º enlista algunos de los derechos considerados colectivos y respecto de los cuales resulta procedente la acción popular como mecanismo para invocar su protección, los cuales resulta pertinente citar:

*"LEY 472 DE 1998*

(agosto 5)

Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998

Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

(...)

ARTICULO 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

PARAGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley. (...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

(...)

Sumado a lo anterior, el artículo 9º de la Ley 472 de 1998, dispone que la acción popular se ejercerá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan vulnerado o representen una amenaza de vulneración de derechos e intereses

35

colectivos, estableciendo algunos requisitos para la procedencia de la acción mencionada, los cuales se pueden enumerar de la siguiente forma:

- Que exista un interés colectivo que se encuentre amenazado, en peligro o vulnerado por una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.
- Que la acción se promueva durante el tiempo en que subsista la amenaza o peligro al derecho y/o interés colectivo.
- Que la acción se dirija contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo.
- Que se pruebe la relación de causalidad entre la acción y/o la omisión del accionado con la afectación o amenaza del interés colectivo.

Aspectos que se ven evidenciados en este caso en concreto, toda vez que, es latente la vulneración y amenaza de los derechos e intereses colectivos reconocidos en los literales b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) la seguridad y salubridad públicas, i) La libre competencia económica y j) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, reconocidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, entre otros que el señor Juez Constitucional determine, encontrándose probado que, pese a las observaciones realizadas por la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, la ausencia de autorización para iniciar el trámite de contratación directa por parte de la Junta Directiva del HU CARI y sin encontrarse en firme y ejecutoriada la resolución que declaró desierta la convocatoria N.º 001 de 2019, el Gerente del HU CARI y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, suscribieron el contrato de operación N.º 690 del 27 de diciembre de 2019, poniendo en grave riesgo la prestación de servicios de salud de la población usuaria.

Resaltamos que, la presente acción es instaurada mientras subsiste la amenaza y vulneración aquí relatada, y va dirigida en contra el Gerente del HU CARI y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe cuyas actuaciones constituyen la amenaza y vulneración de los derechos e intereses colectivos, dando como resultado, a toda luz, la procedencia de la presente acción, exhortando así a la autoridad judicial en desarrollo de las facultades como Juez Constitucional a proferir las ordenes que sean pertinentes, oportunas y suficientes para detener la vulneración y amenaza constante que están sufriendo los derechos e intereses colectivos cuya protección aquí se solicita.

Como fundamento constitucional de la presente acción y de su contenido, se tiene, entre otros preceptos, lo establecido en los artículos 1, 48, 49, 88, 365 y 366 de la Constitución Política, en los cuales por mandato constitucional se impone al Estado Colombiano y por ende a todas sus autoridades, garantizar el derecho a la salud y garantizar su accesibilidad a todos los residentes del territorio colombiano.

#### IV.2. Derechos colectivos vulnerados

##### IV.2.A. Ley 472 de 1998, artículo 4, b) La moralidad administrativa;

Las conductas desplegadas por el HU CARI y su Gerente, Señor Ulahi Dan Beltrán López en cuanto a la declaratoria de desierta de la Convocatoria pública N.º 001 de 2019, para posteriormente, por medio del mecanismo de contratación directa, contratar con el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, constituyen una violación directa e injustificada a la ley, los reglamentos y la jurisprudencia constitucional, lo que genera serias afectaciones al patrimonio público y a la prestación del servicio, a partir de decisiones ilegales e irregulares, lo que demuestra a su vez vulneraciones graves a la moralidad administrativa.

Debe entenderse por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que "el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario"<sup>26</sup>, y a que los funcionarios públicos tomen

<sup>26</sup> Exps. AP-166 del 17 de junio y AP-163 del 6 de septiembre, ambas de 2001.

decisiones que garanticen la prestación efectiva y oportuna de servicios públicos, en especial cuando se trata de prestaciones esenciales como sucede con el servicio de salud. De allí que la actuación íntegra y transparente del funcionario público sea una exigencia de la función pública, y su desconocimiento sea una afrenta tanto al principio constitucional de la moralidad en las actuaciones del Estado, como al derecho colectivo a la moralidad administrativa que tienen todos los ciudadanos.

En la celebración del contrato de operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019, por medio del mecanismo de contratación directa; así como el trámite del mecanismo de convocatoria pública N.º 001 de 2019 que fue declarada desierta por medio de la Resolución N.º 969 del 20 de diciembre de 2019 se pueden advertir varias actuaciones contrarias a la diligencia y cuidado de un buen funcionario público, que desconocen la moralidad y la transparencia que deben predicarse de la actividad pública.

Tanto así que, fueron varias las observaciones realizadas por la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo decente a la Convocatoria pública N.º 001 de 2019, en donde se ponían de presente graves falencias existentes en la definición de aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros y cumplimiento de requisitos legales dentro del proceso de convocatoria N.º 01 de 2019, y el no cumplimiento con los estándares de la contratación pública, que al final, la decisión del Gerente del HU CARI fue declarar desierta la convocatoria por unas causas insulsas, para proceder a escudarse en el mecanismo de contratación directa y celebrar el contrato con el mismo y único oferente que se presentó a la convocatoria pública, a saber el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe (quien en la convocatoria pública se presentó bajo la figura societaria Gestor Hospitalario del Caribe S.A.S.). La anterior situación pone de presente:

- Las falencias evidenciadas por la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente en la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019 y que hacían relación a aspectos de fondo (falencias en la definición de aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros y cumplimiento de requisitos legales), con la declaratoria de desierta de la misma, no fueron solucionados, sino que fueron birlados.
- El Gerente del HU CARI adelantó el trámite de contratación directa sin la autorización de la junta directiva de la entidad, la cual era requerida.
- Suscribió el contrato de operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019, por el mecanismo de contratación directa, sin encontrarse en firme la Resolución N.º 969 del 20 de diciembre de 2019 "Por medio de la cual se RECHAZA UNA PROPUESTA y se DECLARA DESIERTA LA CONVOCATORIA N.º 001 de 2019".

Bajo tales consideraciones, el derecho colectivo de la moralidad administrativa, que debe regir todas las actuaciones públicas, se encuentra seriamente afectado, pues el proceder del HU CARI representado por su Gerente, señor Ulahi Dan Beltrán López y del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe no ha sido del todo transparente, ni respetuoso de la ley, y ha estado desprovisto de la debida diligencia, probidad y cuidado que debe observarse en este tipo de actuaciones, máxime cuando se encuentran en juego tan importantes intereses colectivos y millonarios recursos públicos.

En definitiva, a lo largo de todo el proceso de la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019, y del trámite de contratación directa (Resolución N.º 0974 de diciembre 23 de 2019), que desembocó en la celebración del contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, se echa de menos el respeto por el principio de transparencia. La celeridad injustificada del proceso, la omisión de desplegar todas las acciones pertinentes para garantizar la mayor concurrencia y la libre competencia, el desconocimiento de las importantes cuestionamientos proferidos por órganos de control como la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, haber iniciado el trámite de contratación directa sin la autorización de la junta directiva del HU CARI y a su vez, haber dado inicio a la misma sin que se encontrara en firme la decisión de declarar desierta la convocatoria pública, dan cuenta de una actuación administrativa que no se adecúa a los

37

postulados que exige el principio constitucional y a la vez derecho colectivo de la moralidad administrativa.

**IV.2.B. Ley 472 de 1998, artículo 4, e) La defensa del patrimonio público;**

Con respecto a la defensa del patrimonio público, la jurisprudencia ha reiterado que éste se encuentra conformado por todos los bienes, derechos y obligaciones que le pertenecen al Estado, dentro de los que se encuentran, por supuesto, los recursos de la salud. Su protección, a través de la acción popular, está dirigida a garantizar una "administración eficiente y responsable" que debe estar acompañada por "los principios de buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa"<sup>27</sup>.

Ha manifestado el Gerente del HU CARI, señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, que el valor del contrato es la suma de \$0<sup>28</sup>, así quedó plasmado en la Cláusula quinta del Contrato de Operación N.º 690 de 2019:

(...)

*CLAUSULA 5. VALOR DEL CONTRATO: El presente contrato no requiere de presupuesto Oficial por parte de EL HOSPITAL, debido a que este no hará ninguna clase de erogaciones y será EL CONTRATISTA quien haga todas las inversiones. Para efectos de la liquidación de garantías e impuestos se estima que el contrato tiene un valor fiscal anual de DOCE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$12.076.237.000,00) que corresponde al valor proyectado de ventas mensuales para el 2020, con una ocupación del ochenta por ciento (80%).*

(...)

No compartimos en lo más mínimo la posición asumida por el Gerente del HU CARI, señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, ya que la operación del Hospital Universitario CARI E.S.E., es decir: la Infraestructura, personal, usuarios, contratistas, proveedores y todos los demás participantes en la actividad prestadora de servicios de salud que tiene el HU CARI, tiene un valor apreciable patrimonialmente y dicho conjunto de bienes y derechos se entrega a un tercero para su operación, lo mínimo que se espera es que se reciba una contraprestación.

En otras palabras, el contrato de operación N.º 690 de 2019 si tiene un valor y es un valor multimillonario, máxime si se tiene en cuenta que se suscribió por el término de quince (15) años.

Ahora bien, el valor estimado del contrato que asciende a la suma de DOCE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$12.076.237.000,00) mensuales, (que en palabras del Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, es sólo para efectos fiscales) si es un valor que debía tener en cuenta para contratar y por ende para solicitar la autorización de la junta directiva pues el contrato a la fecha de suscripción superó los 5.000 SMLMV.

Señor Juez Constitucional, no sólo es el hecho de que sea una suma enorme de dinero, sino que se puso en peligro y está en peligro recursos de la salud, que, en contexto actual de nuestro país, tienen que ser aprovechados de la mejor manera posible, porque es la única manera de garantizar la salud y vida de los afiliados al Sg-SSS.

27 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C., ocho (8) de jun-10 de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-20-000-2005-01330-01 (AP)

28 <https://www.wradio.com.co/noticias/regionales/contrato-del-hospital-cari-habria-sido--otorgado-contra-recomendaciones-de-procuraduria/20200123/nota/4006745.aspx>

IV.2.B.1. *Moralidad administrativa y defensa del patrimonio público*

Honorable Juez constitucional, acerca de la relación entre los principios de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, resaltamos las consideraciones realizadas por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2.005). Actor: Procuraduría General De La Nación. Demandada: Amadeo Tamayo Morón. Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, en cuya oportunidad manifestó:

(...)

**4. Derechos colectivos invocados: Moralidad administrativa y defensa del patrimonio público**

*Pretender definir normativamente la moralidad administrativa<sup>29</sup> es un cometido complejo que bien podría incluso en esta materia lesionar el pluralismo consignado como una de las características distintivas de nuestro Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.). De allí que la moralidad administrativa prevista como derecho colectivo en el artículo 88 Superior en el literal b) del artículo 4 de Ley 472 de 1998, y en el artículo 209 C. P. como principio que debe inspirar la actividad de la administración, tiene una textura abierta que llama al juez en el caso concreto a configurarla, pero no de forma subjetiva, sino atendiendo a la finalidad legal que ha de orientar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular que haya violado o amenace violar dicho derecho. Hace parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan "conceptos jurídicos indeterminados"<sup>30</sup> o "normas flexibles" que, como advierte García de Enterría,*

*"son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público*

*(...)*

*Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; (...) Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta.*

*(...)*

*La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación"<sup>31</sup>*

*En tal virtud, la Sala ha entendido como contraria a la moralidad administrativa toda*

29 Sobre la moral como fin de la acción administrativa ver GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Administración pública y moral, Cuadernos Civitas, Madrid, primera edición, 1995, p. 45.

Una buena aproximación conceptual de la ética pública en PECES-BARBA, Gregorio. Ética, poder y derecho, Centro de estudios constitucionales, Cuadernos y Debates No. 54, Madrid, 1995, p. 75 y ss.

En torno al debate moral y derecho, puede consultarse SALMERÓN, Fernando. Sobre moral y derecho, apuntes para la historia de una controversia, en Isonomía No. 5, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, octubre de 1996, p. 79 y ss.

30 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual Recurso Ordinario de Reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: "La redefinición, pues, del ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control jurisdiccional es la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cobija incluso a los llamados "conceptos jurídicos indeterminados" que en realidad no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin, únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional, en tanto -como afirma Vedel- discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, es más se trata de conceptos antagónicos."

31 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Cuadernos Civitas, Madrid, Tercera Edición, segunda reimpresión, 1995, p. 33 a 42.

30

actuación no coherente con el interés de la colectividad y, en particular, con los fines que persiguen las facultades asignadas al funcionario que las ejerce. Con esta perspectiva, esta Corporación ha señalado unos parámetros orientadores del proceso de concreción de este concepto jurídico indeterminado al caso concreto por parte del juez de conocimiento:

*"El derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, pues el legislador al desarrollar las acciones populares y de grupo, sólo reconoció su carácter de derecho colectivo (artículo 4º), en los antecedentes de esta ley al precisar como derecho colectivo 'la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos', se consignó la siguiente definición: 'Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario' (Cfr. Gaceta del Congreso N° 277 de septiembre 5/95 Pág. 1).*

*Lo expuesto permite afirmar que, la moralidad administrativa entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente"*<sup>32</sup>.

*Ahora bien, la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, puede comportar afectación de otros derechos colectivos, en especial la preservación del patrimonio público, como lo ha anotado la Sala:*

*"...aunque pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros"*<sup>33</sup>.

*Con apoyo en ello, el patrimonio público ha sido definido jurisprudencialmente en los siguientes términos:*

*"Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia, toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.*

*La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.*

*Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto"*<sup>34</sup>.

*En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sección:*

32 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 14 de noviembre de 2002, Exp. AP-616, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

33 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

"Esta Sala<sup>34</sup>, teniendo en cuenta la textura abierta del principio de moralidad administrativa y con la finalidad lograr su aplicación esbozó una solución que propone la concreción del mismo, mediante ejemplos, de manera que dicha concreción se convierte en el elemento que hace reaccionar al principio con un alcance determinado.

Ahora bien, con el objeto de precisar aún más la aplicación del principio que se estudia, esta Sala en la sentencia AP-170 de 2001, señaló 'que la regla que concreta a la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella.'

*La moralidad administrativa y el patrimonio público: Para la Corte Constitucional<sup>35</sup>, la moralidad, "en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad"*

*Lo expuesto por la Corte pone en evidencia la estrecha relación entre los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, que, en ocasiones, los hace inescindibles, aunque cada uno de ellos posea una naturaleza distinta e independiente.*

*En efecto, la defensa del patrimonio público, como derecho colectivo, hace alusión al interés que tiene la comunidad en general para proteger los elementos que lo componen<sup>37</sup>; a su vez, la moralidad administrativa no tiene un contenido predeterminado, pues como se dijo, se precisa en cada caso.*

*Dada la estrecha relación existente entre los derechos en cuestión, es probable que la vulneración de uno de ellos conlleve la del otro, sobre todo si se tiene en cuenta que 'es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público'<sup>38</sup>; no obstante, la anterior no constituye una regla absoluta."<sup>39</sup>*

*Procede la Sala a estudiar el caso concreto puesto en su conocimiento. Así, en primer lugar, se establecerán los hechos aquí alegados, en concordancia con el material probatorio aportado legalmente al proceso.*

34 Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. AP-300. Consejo de Estado. Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz.

35 Sentencia de 16 de febrero de 2001. exp. AP 170, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

37 La doctrina ha considerado que el patrimonio público está compuesto por tres clases de bienes: el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales (Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo Parte General y Colombiano, Décima Edición, P. 172 a 184)

38 AP-166 de 2001, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

39 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2004, Exp. AP-00336, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

(...)

**IV.2.C. Ley 472 de 1998, artículo 4, g) La seguridad y salubridad públicas;**

Honorable Juez constitucional, por tratarse el HU CARI de una institución prestadora de servicios de salud de alta influencia en la región, al radicar la administración de su operación en manos de un particular "Consortio Gestor Hospitalario del Caribe", por un término de quince (15) años y el control de sumas multimillonarias, por medio del trámite de contratación directa, y previa declaratoria de desierta de una convocatoria pública que no satisfacía los principios de contratación pública de un tema tan relevante, es latente la afectación a este derecho colectivo.

*(...) se entiende la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, merced a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador. (...)<sup>40</sup>*

**IV.2.D. Ley 472 de 1998, artículo 4, h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;**

La celebración del Contrato de Operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, implica el poner a disposición del Consortio Gestor Hospitalario del Caribe, los bienes muebles e inmuebles del HU CARI, con lo cual se estaría radicando su administración en un tercero particular.

En el contrato de Operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, no es claro cómo se realizará el mantenimiento, restitución, recuperación o adquisición de bienes muebles e inmuebles necesarios para la operación y por tanto, es viable la pregunta ¿al finalizar los 15 años del contrato, en qué estado se encontrarán los bienes entregados hoy en operación?

(...)

*El derecho colectivo invocado como vulnerado en la presente acción es el del "acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública". El Diccionario jurídico mexicano dice que la Salubridad Pública es "la parte del derecho de protección de la salud que se otorga a través de prestaciones realizadas por el Estado en beneficio del individuo y de la sociedad en general, tendientes a proteger y restaurar la salud de la persona y de la colectividad a fin de alcanzar un estado físicamente sano de la población del país, de manera individual o concurrente.*

*Es un servicio público a cargo del Estado cuya finalidad es disminuir la morbilidad, es decir, la proporción de personas que enferman en un sitio y tiempo determinado.*

*Ahora bien, el derecho invocado hace alusión igualmente a la palabra "infraestructura" la cual debe entenderse como un conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización, en este caso, para la buena gestión de la salubridad pública.*

40 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. Consejero Ponente (E): MARCO ANTONIO VELILLA MORENO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02728-01(AP). Actor: MARIA TERESA TOVAR ROJAS. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL Y OTRO

42

*Por lo tanto, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública implica, entre otros aspectos, la posibilidad que tienen las personas de beneficiarse de los programas de salud preventivos, de rehabilitación y atención, buscando disminuir el número de personas enfermas en un lugar específico y en un espacio de tiempo determinado.*

*En el presente caso, existe una clara vinculación entre el interés colectivo a la salubridad pública, con el derecho fundamental a la seguridad social, en lo que tiene que ver con la salud, como quiera que éste último es un servicio público esencial y obligatorio cuyo objeto es garantizar el acceso de todos los colombianos al desarrollo, cuidado y atención de su salud.*

(...)<sup>41</sup>

**IV.2.E. Ley 472 de 1998, artículo 4, i) La libre competencia económica:**

**IV.2.E.1. La participación de un oferente único en la convocatoria Pública N.º 001 de 2019 afecta el derecho colectivo a la libre competencia económica**

En línea con lo dicho por la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, el H. Concejo de Estado, ha señalado que:

*"(...) la libre competencia económica, prevista en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, constituye un pilar no solo de economía de mercado, sino del Estado Social de Derecho, e implica necesariamente que para un bien o servicio determinado, exista una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada"*  
(...)<sup>42</sup>

La libre competencia económica no es ajena a los procesos de contratación del Estado, y, por lo tanto, el derecho colectivo a la libre competencia debe asegurarse en el marco de tales procedimientos administrativos.

Precisamente, *"el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratante"*<sup>43</sup>. En ese sentido, la existencia de una convocatoria pública, que otorgó un plazo perentorio muy corto para presentar ofertas, y que al final tuvo un oferente único implicaría desconocer los efectos positivos derivados de la libre concurrencia, traducida en la pluralidad de oferentes, razón por la cual, la figura excepcional del oferente Único, riñe de manera profunda con la esencia y la naturaleza del mecanismo de convocatoria pública y de los principios de libre concurrencia y moralidad administrativa que deben asegurarse en este tipo de transacciones.

41 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil dos (2002). Radicado número: 25000-23-24-000-2002-0490-01(AP-533). Actor: GLORIA HELENA JARAMILLO DE MUÑOZ. Demandado: CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Referencia: ACCIÓN POPULAR

42 CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA D.E LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 1 1001-03-26-000-2010-0036-01

43 CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA D.E LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 1 1001-03-26-000-2010-0036-01

42

Lo anterior, en cuanto que: i) se otorgó un corto tiempo para la presentación de ofertas y ii) se extraña en la actuación las acciones activas por parte del Gerente del HU CARI para alentar la participación de otros actores del mercado en la convocatoria.

Al respecto la Corte Constitucional ha considerado:

(...)

*Es claro, entonces, que el legislador al diseñar el modelo de seguridad social en salud abrió unos espacios para la concurrencia privada en condiciones de libre competencia, situación que impone un análisis del concepto de libertad económica.*

*Considera del caso la Corte señalar, que la posibilidad que los particulares concurren a la prestación del servicio de salud en condiciones de competencia económica, no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución. Por otro lado, precisamente por las razones que se acaban de esgrimir, resulta claro que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social.*

(...)<sup>44</sup>

Señor Juez constitucional, de los hechos descritos se entrevé una limitación grave al derecho colectivo a la libre competencia:

- En primer lugar, el tiempo establecido para presentar ofertas en la Convocatoria pública N.º 001 de 2019, en palabras de la Procuraduría Delegada fue muy corto.
- Llama la atención que el único oferente de la convocatoria pública, Gestor Hospitalario del Caribe S.A.S., haya sido el único invitado al trámite de contratación directa y simplemente modificó la figura societaria bajo la que se presentó como Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.
- Bajo el cobijo del trámite de contratación directa, las falencias de habilitación jurídica, técnica y financiera puestos de presente por la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente por medio de la comunicación N.º 0333339168 de fecha 17 de octubre de 2019 y descritos en los hechos 1.6 y en el numeral 2.1.1 del presente documento, fueron desconocidos.
- El Gerente del HU CARI, señor Ulahi Dan Beltrán López, no contó con la autorización de la Junta Directiva para iniciar el trámite de contratación directa y suscribir el contrato de operación N.º 690 de 2019, lo cual vicia de nulidad absoluta dicho acuerdo. Este asunto se expone en detalle en el numeral 4.5 de la presente acción.

Así las cosas, ¿Contó el HU CARI, los usuarios, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de las garantías por lo menos suficientes, que les den certeza para haber contratado por 15 años y por una suma multimillonaria la tercerización de la operación del Hospital Universitario CARI E.S.E.?

Si la promesa de sociedad Gestor Hospitalario del Caribe S.A.S., no cumplió con los requisitos de la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019, ¿Por qué fue el único invitado al trámite de contratación directa y simplemente modificó la figura societaria bajo la que se presentó, a saber: Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe?

---

44 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616/01. Referencia: expediente D-3279 Demanda de inconstitucionalidad (parcial) contra los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1.993. Actor: Henry Muñoz Cruz. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil (2001)

44

Honorable Juez constitucional, con la acción popular aquí interpuesta se busca el amparo del servicio de salud de los usuarios del HU CARI y de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Le solicitamos que haga efectiva dicha protección, concediendo las pretensiones solicitadas.

IV.2.F. Ley 472 de 1998, artículo 4, j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

Con la suscripción del contrato de Operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, también se encuentra en grave riesgo el derecho colectivo al acceso a los servicios de salud y su prestación eficiente y oportuna.

En el referenciado contrato, aunque se establecen algunos deberes por parte del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, en cuanto a la oportunidad y calidad de los servicios, los mismos son muy generales y dejan un amplio margen de interpretación.

IV.3. **La función del juez en las acciones populares**

El Juez de las acciones populares tiene el carácter de Juez Constitucional, por lo cual está investido de amplias facultades oficiosas para hacer efectivos los derechos de las personas conforme lo imponen el artículo 2º Constitucional. En efecto, el Juez como autoridad pública en las acciones populares según pronunciamientos de la Corte Constitucional como por ejemplo en las Sentencias T-500 de 1994 y T-813 de 2004 en las cuales se manifiesta que dicha autoridad pública *"no debe esperar (...) a que los ciudadanos instauren las medidas que hagan efectivos los derechos de las personas, pues el deber de las autoridades de hacer efectivos los derechos constitucionales de las personas y proteger los intereses colectivos es un deber oficioso que no está condicionado a la instauración de una acción administrativa o judicial por los particulares.*

En conclusión, en virtud de la fundamentación doctrinal, legal y constitucional citada, así como la demás normatividad concordante, en razón de los hechos relatados, y ante la evidente amenaza y vulneración de los derechos e intereses colectivos, resulta procedente, necesaria y urgente la intervención del juez constitucional, quien en ejercicio de sus amplias facultades y en cumplimiento de sus obligaciones, debe ordenar todas las medidas pertinentes, oportunas, suficientes y efectivas que garanticen el cese del peligro latente, la vulneración y amenaza presentes, y en consecuencia se materialice el goce de todos los derechos e intereses colectivos consagrados constitucional y legalmente, salvaguardando la vida y la integridad personal de todas las personas.

IV.4. **LAS ACCIONES POPULARES FRENTE AL CONTENCIOSO CONTRACTUAL: Posibilidad del Juez Constitucional de declarar la Nulidad del Contrato – Antecedente jurisprudencial del Consejo de Estado.**

Es pacífica la posición reciente de las Altas Cortes en considerar que el Juez constitucional, en virtud de una acción popular, puede pronunciarse en acerca de la Nulidad de un contrato estatal. Sobre el particular reseñamos la "sentencia hito" proferida por el Consejo de Estado:

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2.005). Actor: Procuraduría General De La Nación. Demandada: Amadeo Tamayo Morón. Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01.

(...)

**2. Las acciones populares frente al contencioso contractual**

*No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses*

colectivos le permite adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del juez popular; en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada con la expedición del Acuerdo 55 de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.<sup>45</sup>

(...)

Nótese que la jurisprudencia ha adoptado soluciones disímiles, por no decir antinómicas, que

*"van desde la negativa rotunda a cualquier control -incluido el de la validez- de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal, de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular".<sup>46</sup>*  
(subrayas de la Sala)

No obstante, lo expuesto, debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es,

45 Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003: "El Consejo de Estado conoce, hoy en día, de las acciones populares -en segunda instancia- por la disposición del parágrafo del artículo 16 de la ley 472 de 1998, competencia que, en el enunciado legal, es transitoria, hasta tanto se pongan en funcionamiento los juzgados administrativos que fueron creados por la ley 446 de 1998. Probablemente por la provisionalidad de la atribución legal, el conocimiento de tales acciones se distribuyó por igual, entre las cinco secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo para que las decidieran en última instancia, circunstancia que ha generado interpretaciones diversas, en ocasiones contrapuestas, sobre puntos que merecían idéntico tratamiento, sin que exista posibilidad alguna de unificación jurisprudencial, dado que por decisión de la propia corporación, frente a tales fallos no procede el recurso extraordinario de súplica.

Por ello, el Consejo de Estado, mediante Acuerdo No. 55 de 2003, reformó su reglamento interno para lograr una distribución racional de las acciones constitucionales; concretamente, en cuanto atañe a las acciones populares, la reforma prevé que la sección tercera conocerá de las que versen sobre asuntos contractuales así como de las relacionadas con el derecho colectivo a la moralidad administrativa; en los demás casos, la competencia corresponderá a la sección primera de la Corporación."

vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso"<sup>47</sup>

Ahora, por sabido se tiene que la actividad contractual es una modalidad de la función administrativa, pues como afirma Escola:

"El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal 'que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales' (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado"<sup>48</sup>.

Y así lo ha señalado la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional<sup>49</sup> como del Consejo de Estado<sup>50</sup>, de modo que de la función administrativa contractual se predicen los

47 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

48 ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, Pág. 110 y ss.

En el mismo sentido también la doctrina extranjera ha indicado que: "...así como la concepción vigente crea 'deberes', también ocurre que limita o recorta 'derechos' originados en la autonomía de la voluntad negocial (...) El contrato no puede ser el campo del 'abuso', debe ser el ámbito destinado al 'uso'. El interés particular debe compadecerse con el general o comunitario; el espíritu del lucro, el egoísmo, el afán de especulación, debe encontrar una barrera infranqueable en el bien común, la tranquilidad de todos. El Estado moderno está anoticiado acerca de la importancia de la contratación en orden a la satisfacción de las necesidades -lo cual hace que los contratantes sean, por lo común, 'consumidores' y 'productores' de bienes y servicios- y la trascendencia que las injusticias o los abusos tienen para la paz social. En tal sentido es que se afirma, cada vez con más fuerza, la 'función social del contrato' y la combinación que opera entre intereses privados y públicos". (MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por Daños, Tomo II, El incumplimiento contractual. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, p. 27 y 28)

49 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 449 de 1992: "En cuanto a la excelencia en la gestión, ella se logra mediante la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad en la actuación estatal, todo ello inscrito en una actitud de servicio a la comunidad por parte de los funcionarios. Ello está contenido en los artículos 209 y 123 de la Constitución como parámetro específico de la función administrativa, y en forma genérica en el artículo primero, en cuanto consagra la prevalencia del interés general, así como en el artículo segundo, en la medida en que establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. ( ) la gestión -de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia" (negritas originales)

En el mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 088 de 2000: "Conviene recordar que en la Sentencia C-449 de 1992, esta Corporación enfatizó que la actividad contractual en el Estado Social de Derecho, es una modalidad de gestión pública que ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho. En la ocasión en cita, la Corporación, además, destacó que el Congreso de la República es el órgano competente para expedir el Estatuto Contractual de la Administración Pública, de acuerdo al artículo 150, concordante con el 352 de la Carta Política, habida cuenta que ésta compromete el interés colectivo representado en el patrimonio público. Ciertamente, entonces, la Corte sostuvo: "...La ratio juris del estatuto contractual estriba en el hecho de que en un régimen democrático es preciso asegurar la intervención de un órgano colegiado de representación popular en un proceso que compromete la responsabilidad y el patrimonio nacional." (negritas originales).

50 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Referencia: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central, C.P. German Rodríguez Villamizar: "...la legalidad propia del contrato estatal, ... como tal, constituye expresión nítida de la función administrativa. La conformidad, acatamiento y sometimiento estricto de los agentes del Estado y de sus colaboradores (contratistas) a los procedimientos y reglas previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, es un imperativo ético de todo Estado de Derecho: El ejercicio mismo de las competencias en un Estado liberal está sometido a la ley. Ese es el fundamento moral de la tradición jurídico-política de occidente: El cumplimiento estricto y sin excepción, por parte de las

principios constitucionales de moralidad, eficacia y economía previstos en el artículo 209 Superior.

En consonancia con este mandato fundamental, el artículo 3 de la ley 80 de 1993 establece que con la celebración de los contratos los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, en tanto la actividad contractual es una "forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales", además de "cumplir una función social, la cual implica obligaciones". Resulta claro que el desconocimiento de estos principios constitucionales y legales que deben orientar la contratación estatal, puede comprometer derechos e intereses de contenido colectivos.

(...)

Con esta perspectiva, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista por sobrecostos e irregularidades cometidas en la contratación, en los siguientes términos:

"cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso"

De la lectura de esta norma, se infiere que para el legislador era claro que es posible vulnerar los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa con la celebración de contratos estatales en los dos eventos allí consignados (sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación). Corresponderá al juez, en cada caso en concreto, definir si se configura o no esa trasgresión.<sup>51</sup>

Ahora bien, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra el precepto transcrito la Corte señaló:

"No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo."<sup>52</sup> (subrayas no originales)

En oportunidad precedente, la Sala había entendido que esta afirmación de la Corte Constitucional que prima facie parece excluir del conocimiento del juez popular toda controversia atinente al contrato estatal, en modo alguno resultaría vinculante, por tratarse de un típico obiter dictum, esto es, una aseveración carente de fuerza vinculante obligatoria —en los términos del artículo 48 LEAJ— por ser ajena a la ratio decidendi del fallo de constitucionalidad.<sup>53</sup> Una segunda lectura del párrafo transcrito, independiente de su fuerza vinculante, permite a la Sala concluir que lo que en realidad

autoridades, del derecho público de la nación (constitución, leyes, códigos civil y comercial, decretos, actos administrativos imperativos). A su vez, el principio de legalidad es la razón misma del derecho administrativo, al decir del profesor García de Enterría, para quien esta rama del derecho nació de la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo del ancien régime" (negrillas originales).  
En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual Recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: "...por descontento se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C.N.), tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (art. 3 ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público y ello es así —como afirma Vedel— porque el objetivo perseguido por la Administración "debe ser siempre un objetivo de interés público", por ser éste el fin de la actividad del Estado."

51 HOYOS DUQUE, Ricardo, La acción popular...op. Cit.

52 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 088 de 2000.

la Corte Constitucional señaló fue que las acciones populares no tienen por vocación convertirse en sucedáneo de las acciones contenciosas al efecto previstas por el C.C.A., pero ello no excluye —como en efecto no lo hace la Corte, como tampoco lo hace la ley 472— que un contrato estatal pueda eventualmente vulnerar o amenazar un derecho o interés colectivo y, por ende, tornar procedente su amparo en sede popular.

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en "actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas".

En armonía con estos preceptos, el artículo 34 eiusdem prescribe que la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o no hacer y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.

Es importante advertir que cuando estas normas aluden a acciones de las autoridades públicas, resulta claro para la Sala que este concepto genérico incluye, por supuesto, la celebración de contratos, por lo que no resulta, entonces, difícil admitir el examen de validez del contrato en sede popular.

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso —incluso— examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que —con su ocurrencia— resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo.<sup>54</sup>

53 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Rad.52001233100020001059-01, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque: "no tiene carácter vinculante porque la decisión versó sobre la constitucionalidad de la disposición que ordena a los representantes legales de las entidades públicas responder solidariamente con los contratistas, en los eventos en los cuales se incurra en sobrecostos u otras irregularidades en la contratación estatal, pero no tenía por objeto definir la procedencia de la acción popular para la protección de derechos colectivos cuando su afectación estaba relacionada con la celebración de un contrato estatal. En la sentencia no se justificó por qué los asuntos contractuales no podían ser cuestionados ante el juez de la acción popular a pesar de que los mismos involucraran la vulneración de derechos colectivos y tampoco se condicionó el fallo en esos términos"

"En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un obiter dicta o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal".

54 "La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993; permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absoluta, en otras de manera parcial; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2° de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por "todo el que tenga interés en ello" y por el ministerio público.

Está, pues, proscrita legalmente toda posibilidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta." (HERNÁNDEZ, Alier. Las

CP

*Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso:*

*"Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvencción formuló la administración, la cual deberá resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso."*<sup>55</sup>

*En todo caso, es preciso anotar que en estos casos no es dable hacer aseveraciones de carácter absoluto, sino que, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar con suma atención la procedencia de la medida que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, pilar básico de todo Estado de Derecho.*<sup>56</sup>

(...)

En un sentido similar, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Oswaldo Giraldo López. Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001 3331 003 2009 00157 01. Actor: Fredy Morales Suaza y Otros. Demandado: Municipio de Támesis

acciones populares...op. cit.).

En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en materia contractual: "... mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causales y fundamentos distintos y la legitimación para pedirlos varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo: esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (...) si el propósito que mueve al actor es el interés general de restablecer el orden jurídico violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio público o un tercero con interés directo. No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues, en los términos del artículo 87 del C.C.A., "El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso" y, siempre que en él (en el proceso) "intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".

Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular." (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, conferencia dictada en el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002)

55 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Radicación número: AP- 52001233100020001059-01, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Actor: Jesús Orlando Mejía Yépez, Demandado: Empresa Licorera de Nariño y Otros, Referencia: Acción popular.

56 La Sala de forma reiterada ha señalado la cláusula Estado Social de Derecho no niega los rasgos distintivos clásicos de la cláusula Estado de Derecho, sino que por el contrario participa de ellos. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Universidad, novena reimpresión, 1995, Madrid, p. 56). Vid CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual Recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; en el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central, C.P. German Rodríguez Villamizar.

(Antioquia) y en relación con la protección al derecho colectivo de protección de bienes de uso público y la posibilidad de entregarlos en arrendamiento, se pronunció respecto de la facultad del Juez constitucional de declarar la nulidad del contrato en sede de una acción popular:

(...)

**III. CONSIDERACIONES**

*Considera la Sala importante precisar que el objeto de la solicitud de revisión consiste en determinar si se desconocen las líneas jurisprudenciales que para el efecto ha trazado la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia de la protección del derecho colectivo al goce del espacio público por el cerramiento de un bien de uso público, por virtud de un contrato de arrendamiento que el municipio (arrendador) celebra con un particular.*

(...)

**3.6. Nulidad del contrato**

En el contexto descrito, la celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público con un particular no sólo vulnera el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público en la manera en que se anotó previamente, sino que además conduciría a la declaratoria de nulidad de ese negocio por objeto ilícito, tal y como se ha resuelto en los juicios contractuales adelantados ante la Sección Tercera:

*"A su vez, el artículo 1519 del CC, establece que: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación" y el artículo 1523 del mismo estatuto establece que "Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes."*

*En estas condiciones, está viciado de objeto ilícito el contrato que se celebra contraviniendo el derecho público, como ocurre cuando un ente público se obliga a entregar un bien de uso público a un particular para su uso y goce, con desconocimiento del derecho constitucional y legal que le asiste a todo administrados, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 de la Constitución Política, 674 del Código Civil y 5 de la ley 9 de 1989.*

*Para la Sala es evidente que el contrato de arrendamiento N° 073 de 1990, se suscribió con violación de normas imperativas relativas al régimen de los bienes de uso público, lo que configura la causal de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, prevista en el literal b. de los referidos artículos 78 del Decreto ley 222 de 1983 y 1521 del C. C.*

*Con fundamento en todo lo anterior la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato y definirá las restituciones mutuas a que haya lugar, previo a lo cual se pronunciará sobre otras irregularidades que se advierten en el presente caso".<sup>57</sup>*

(...)

*Vistas así las cosas, es menester también pronunciarse en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales, siempre que se encuentre vulnerado un derecho colectivo, en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo de la remisión que se hace al Código Contencioso Administrativo<sup>58</sup>, en cuanto fuere esta Jurisdicción la competente para conocer de la controversia<sup>59</sup>.*

57 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de dos mil cinco (2005), proferida en el proceso número 25000-23-26-000-1991-07392-01(12249). M.P. Alíer Eduardo Hernández.

58 Artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

59 Se hace la claridad de la remisión normativa, toda vez que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 no hay

Resulta pertinente aclarar que la sentencia proferida por esta Sala, el 13 de febrero de 2018, en el proceso número 25000-23-15-000-2002-02704-01 (SU), en relación con la procedencia de estudio de legalidad de actos administrativos en este tipo de acciones en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984, no es aplicable al caso sub examine, dado que lo debatido en el asunto de la referencia recae sobre un objeto distinto, esto es, sobre un contrato y no un acto administrativo. Así, aún cuando en esa providencia se aludió tangencialmente a la procedencia de la acción popular contra contratos, se tiene que constituye un obiter dicta y no hace parte integrante de la ratio decidendi de aquél fallo, por lo que, en tal carácter, no vincula la decisión de la Sala en esta oportunidad.

Siendo ello así, debe la Sala aclarar que la posición que prohija es la que ha venido asumiendo la Sección Tercera en casos semejantes desde el 5 de octubre de 2005, fallo en el cual se unificó el criterio de la siguiente manera:

**"2. Las acciones populares frente al contencioso contractual**

No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permite adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del juez popular, en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada con la expedición del Acuerdo 55 de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.<sup>60</sup>

Una primera línea jurisprudencial<sup>61</sup>, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual<sup>62</sup>. En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la

lugar a discutir tal aspecto pues existe previsión expresa del Congreso de la República en torno a esa hipótesis no puede el juez anular el contrato, puesto que para conjurar el riesgo o vulneración del derechos o derechos colectivos de que se trate, tiene a su disposición la adopción de cualquier medida que resulte eficaz para lograr ese objetivo.

60 "Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003: "El Consejo de Estado conoce, hoy en día, de las acciones populares -en segunda instancia- por la disposición del párrafo del artículo 16 de la ley 472 de 1998, competencia que, en el enunciado legal, es transitoria, hasta tanto se pongan en funcionamiento los juzgados administrativos que fueron creados por la ley 446 de 1998.//Probablemente por la provisionalidad de la atribución legal, el conocimiento de tales acciones se distribuyó por igual, entre las cinco secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo para que las decidieran en última instancia, circunstancia que ha generado interpretaciones diversas, en ocasiones contrapuestas, sobre puntos que merecían idéntico tratamiento, sin que exista posibilidad alguna de unificación jurisprudencial, dado que por decisión de la propia corporación, frente a tales fallos no procede el recurso extraordinario de súplica.//Por ello, el Consejo de Estado, mediante Acuerdo No. 55 de 2003, reformó su reglamento interno para lograr una distribución racional de las acciones constitucionales; concretamente, en cuanto atañe a las acciones populares, la reforma prevé que la sección tercera conocerá de las que versen sobre asuntos contractuales así como de las relacionadas con el derecho colectivo a la moralidad administrativa; en los demás casos, la competencia corresponderá a la sección primera de la Corporación."

legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.<sup>63</sup>; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto<sup>64</sup>(...).

En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo,<sup>65</sup> de modo que la acción popular en estos eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

(...)

Nótese que la jurisprudencia ha adoptado soluciones distímiles, por no decir antinómicas, que "van desde la negativa rotunda a cualquier control

61 "Se han agrupado en dos grandes tendencias obviando las diferencias de matiz. Quizás es más procedente desde el punto de vista metodológico un estudio en función de cada Sección como el que se encuentra en HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003".

62 "En CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección. // Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768".

63 "Fue el criterio adoptado por la Sección Segunda. Ver CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, C.P. Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 156, C.P. Jesús María Lemos B.; Sentencia de 5 de julio de 2001, AP 068 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897".

64 "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de abril de 2001, Exp. AP 0089".

65 "Es el criterio de otro grupo de providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que "...la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnera o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva. //La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sentencia de 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. AP 1136 y Sentencia de 21 de marzo de 2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que "[a] partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios" (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.), vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

-incluido el de la validez- de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular<sup>66</sup> (subrayas del texto en cita).

No obstante lo expuesto, debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso"<sup>67</sup> (...) -se destaca-

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en "actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas"(...).

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura

---

La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: "el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra" (HERNÁNDEZ, Alier; Las acciones...op. cit.). En sentencia de 10 de julio de 2002, Exp. AP 0465, la misma sección avocó el conocimiento en sede popular del dominio.co. Por auto de 12 de mayo de 2003, Exp. 1300123310002003-90011-01 la misma Sala revocó la decisión del A Quo que rechazó una acción popular por estimar que las pretensiones que discuten la validez de un contrato no son susceptibles de estudio en sede popular.

La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro".

66 "HERNÁNDEZ, Alier; Las acciones...op. cit".

67 "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez".

sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo<sup>68</sup>.

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso (...)<sup>69</sup>.

En relación con el alcance finalístico de esa posición, la Sección Tercera también se encargó de definir tal aspecto, fundando su posición en la necesidad de garantizar de manera efectiva los derechos colectivos inmersos en este tipo de procesos, lo cual responde a la forma en la que constitucionalmente se erige el Estado colombiano como Social de Derecho. El siguiente razonamiento ilustra en detalle lo dicho:

*"En ese orden de ideas, conviene no pasar por alto que Colombia es un Estado social de derecho, fundado sobre la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la superioridad de los derechos*

68 "La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993; permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absoluta, en otras de manera parcial; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2° de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por "todo el que tenga interés en ello" y por el ministerio público.// Está, pues, proscrita legalmente toda posibilidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta." (HERNÁNDEZ, Alier. Las acciones populares...op. cit.). // En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en materia contractual: "... mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causales y fundamentos distintos y la legitimación para pedirlos varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo : esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (...)si el propósito que mueve al actor es el interés general de restablecer el orden jurídico violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio público o un tercero con interés directo.

No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues, en los términos del artículo 87 del C.C.A., "El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso" y, siempre que en él (en el proceso) "intervengan las partes contratantes o sus causahabientes"// Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular." (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, conferencia dictada en el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002).

69 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005, proferida en el proceso número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

55

inalienables y la supremacía de las normas constitucionales. Y que, entre otros fines esenciales a los que sirve, esta forma de organización política, se encuentra el deber de sus autoridades de garantizar la efectividad de los valores y principios que enmarcan los intereses y derechos de los asociados. Todo ello conforme con los artículos 1º, 2º, 4º y 5º, constitucionales.

Una de las razones que sirven para justificar la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su Preámbulo–<sup>70</sup>, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo colombiano. En todo caso, para asegurarse que la titularidad del poder conserve la magnitud pluralista que abarca tanto a las mayorías como a las minorías constitucionales, el ordenamiento superior prevé restricciones al ejercicio del poder de la administración pública –art. 209– y mecanismos de control jurisdiccional que las hacen efectivas, a través de acciones que facilitan la participación ciudadana, para el efecto las acciones populares, instituidas constitucionalmente para garantizar, entre otros intereses colectivos, la moralidad administrativa y el patrimonio público con mayor proyección que las acciones ordinarias.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como "un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales"<sup>71</sup>. De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina– "el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente"<sup>72</sup>.

(...)

Desde este redimensionamiento del orden jurídico, la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige.

(...)

Para la Sala, es prioritario que el juez impregne a la acción popular de los principios de unidad y coherencia del orden jurídico que emanan del carácter normativo supremo de la Constitución, de manera que el derecho objetivo, el derecho colectivo y la acción aseguren los principios rectores de la actividad administrativa, particularmente aquellos que como la moralidad administrativa se erigen, además, como derechos colectivos y su control se confía al actor popular dentro del marco del ejercicio de una acción apropiada para facilitar su ejercicio y garantizar su eficacia.

70 "El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA".

71 ARAGON REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Universidad Externado de Colombia, 1999, p.36.

72 Ibid.

*Así las cosas, aunque el constituyente confió el desarrollo de la acción popular a la ley, ésta no puede menos que otorgar al juez todas las facultades para asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos protegidos constitucionalmente, de forma que pueda corregir las irregularidades que los lesionan, restableciéndolos cuando hayan sido vulnerados e incluso restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998.*

(...)

*Como lo ha reiterado esta Corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.*

*No se trata, entonces, de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, pues ello le corresponde al de nulidad, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias, dado que se trata de proteger derechos de contenido difuso, ensombrecidos por deshonestos y repudiables oportunismos individuales.*

*De modo que si se le resta facultades al juez de la acción popular, pueden resultar igualmente ineficaces las constantes reformas legislativas que procuran conjurar las insospechadas formas de corrupción enquistadas en la actividad de contratación, en amplios sectores de la administración pública.*

(...)

*De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación, en defensa de su transparencia, conforme con lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.*

*Desde esta óptica, considera la Sala que:*

- i) *el juicio a cargo del juez popular, de cara a la eficaz protección de los derechos colectivos, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;*
- ii) *el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;*
- iii) *en ese mismo orden, la nulidad absoluta de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad, sino que ella debe imponerse con mayor razón por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que comprende, además, la nulidad absoluta proveniente de irregularidades que contravienen el derecho público garante de los interés colectivos;*
- iv) *la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos*

colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregonan en el ámbito de las acciones ordinarias; y

v) el régimen jurídico de la acción popular no se agota en la Ley 472 de 1998, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, el derecho común y el estatuto de contratación estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación<sup>73</sup>, pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte<sup>74</sup>.

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos<sup>75</sup> o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible –art. 2º-, con independencia del tiempo transcurrido, desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional<sup>76</sup>.

73 Conforme con las disposiciones del Código Civil, el objeto ilícito constituye nulidad absoluta del contrato –art. 1741- y “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” –art. 1519-. Por su parte, el Código de Comercio prescribe que es nulo absolutamente el negocio jurídico “cuando contraría una norma imperativa” -art. 899-. Y en estos mismos casos es nulo el contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993: “[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...” –art. 44-.

74 Así lo prescribe el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria” –se destaca-.

75 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

76 Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.

*Por ello, bien puede ordenarse ejecutar una actividad o no hacerlo, al igual que condenar al restablecimiento del daño causado a un derecho o interés colectivo y exigir volver las cosas al estado anterior -art. 34-, de acuerdo con la necesidad establecida en el proceso, pues la competencia del juez de la acción popular va más allá de lo pedido, si así lo requiere la protección del derecho constitucional vulnerado.*

*Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, tanto en el trámite, como respecto de las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses en juego”77. (Subrayas de la Sala).*

(...)

Por lo expuesto en las líneas precedentes, consideramos que el Juez constitucional de conocimiento de la presente acción constitucional se encuentra facultado para pronunciarse acerca de la legalidad del contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, y respetuosamente le solicitamos que así lo haga.

**IV.5. Para la fecha de suscripción del contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, los acuerdos 157 y 158 de 22 de junio de 2017 se encontraban vigentes y por tanto el Gerente del HU CARI debía acogerse a lo dispuesto por los mismos**

Respetado Juez Constitucional, vale la pena precisar que para la fecha de suscripción del contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, los acuerdos 157 y 158 de 22 de junio de 2017 se encontraban vigentes y por tanto el Gerente del HU CARI, señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, debía acogerse a lo dispuesto por los mismos en el sentido de solicitar autorización a la Junta Directiva para suscribir contratos por cuantía superior a los cincuenta S.M.M.L.V.

Los acuerdos 157 y 158 de 22 de junio de 2017 proferidos por la Junta Directiva del HU CARI fueron y son objeto de control de legalidad ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como se expone a continuación:

**IV.5.A. Resumen Actuaciones procesales acción de Nulidad contra los Acuerdos 157 y 158 de 22 de junio de 2017**

Despacho: Tribunal Administrativo del Atlántico

Radicado: 08001233300020170142000

- 07-12-2017 Tribunal Administrativo del Atlántico. Reparto y radicación de la acción
- 04-05-2018 07-12-2017 Tribunal Administrativo del Atlántico. Se decretó la medida cautelar suspensión de los actos administrativos Acuerdos 157 y 158 de 22 de junio de 2017

La anterior decisión fue apelada.

- 08-10-2019 Consejo de Estado: mediante Auto decide acerca del recurso interpuesto contra la decisión de decretar la medida cautelar, en los siguientes términos:

(...)

77 Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Fallo del 2 de diciembre de 2013, proferido en el proceso número 16001 23 31 000 2005 02130 01 (AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado en el presente asunto a partir, inclusive, del auto de 4 de mayo de 2018, que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los Acuerdos núms. 157 y 158 de 22 de junio de 2017, expedidos por la Junta Directiva del HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., proferido por el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo del Atlántico.

(...)

- 12-12-2019 Tribunal Administrativo del Atlántico. Profiere el Auto de Obedézcase y cúmplase lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado

Consecuencia de lo anterior, para el día 20 de diciembre de 2019 y posteriores, en decir para las fechas en los cuales el Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, dio inicio al trámite de contratación directa y la posterior suscripción del contrato de operación N.º 690 de 2019, debía observar y dar cumplimiento a las disposiciones de los Acuerdos 157 y 158 de 22 de junio de 2017.

**4.6 Para la suscripción del contrato de operación N.º 690 de 2019 no se obtuvo autorización previa para comprometer vigencias futuras**

El valor del presupuesto oficial estimado fue pactado con un valor fiscal de \$12.076.237.000,00 anuales por un plazo de ejecución de 15 años, así:

“(...)

**VALOR DEL PRESUPUESTO OFICIAL ESTIMADO:**

*Para efectos de la liquidación de garantías e impuestos se estima que el contrato tiene un valor fiscal anual de DOCE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$12.076.237.000, 00) que corresponde al valor proyectado que recibiría EL HOSPITAL por concepto de contraprestación económica derivada del CONTRATO en la vigencia 2020.*

(...)

**PLAZO DE EJECUCION DEL CONTRATO:**

**El CONTRATO tendrá UN PLAZO de ejecución de 15 (quince) años contados a partir de la suscripción de este. La vigencia del contrato comprende el PLAZO de EJECUCION más el término de liquidación contractual que será de seis (6) meses.**

(...)”

El anterior valor así sea estimado solamente para efectos de liquidación de garantías e impuestos, debió contar con autorización para comprometer vigencias futuras, teniendo en cuenta que se iba a reconocer una contraprestación económica al contratista.

El artículo 12 de la Ley 819 de 2003 dispone sobre el particular lo siguiente:

*“Artículo 12. Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.*

*Se podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia*

en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1° de esta ley;

b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;

c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, se excede su capacidad de endeudamiento.

La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno previamente los declare de importancia estratégica.

En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Parágrafo transitorio. La prohibición establecida en el inciso anterior no aplicará para el presente período de Gobernadores y Alcaldes, siempre que ello sea necesario para la ejecución de proyectos de desarrollo regional aprobados en el Plan Nacional de Desarrollo"

Como se puede observar era menester obtener autorización de la duma departamental, previamente para poder comprometer los recursos involucrados en el proceso de contratación, previamente a la suscripción del contrato.

Tampoco se cumplió con lo estipulado en el artículo 1 de la Ley 1483 de 2011 que señala:

"Artículo 1°. Vigencias futuras excepcionales para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las asambleas o concejos respectivos, a iniciativa del gobierno local, podrán autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en

que se concede la autorización, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos.

b) El monto máximo de vigencias futuras, plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5° de la Ley 819 de 2003.

c) Se cuente con aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces.

d) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización, si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, excede la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial, de forma que se garantice la sujeción territorial a la disciplina fiscal, en los términos del Capítulo II de la Ley 819 de 2003.

Los montos por vigencia que se comprometan por parte de las entidades territoriales como vigencias futuras ordinarias y excepcionales, se descontarán de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, teniendo en cuenta la inflexibilidad que se genera en la aprobación de los presupuestos de las vigencias afectadas con los gastos aprobados de manera anticipada.

La autorización por parte de la asamblea o concejo respectivo, para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno, con fundamento en estudios de reconocido valor técnico que contemplen la definición de obras prioritarias e ingeniería de detalle, de acuerdo a la reglamentación del Gobierno Nacional, previamente los declare de importancia estratégica.

Parágrafo 1°. En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo gobernador o alcalde; excepto para aquellos proyectos de cofinanciación con participación total o mayoritaria de la Nación y la última doceava del Sistema General de Participaciones.

Parágrafo 2°. El plazo de ejecución de cualquier vigencia futura aprobada debe ser igual al plazo de ejecución del proyecto o gasto objeto de la misma"

Como se puede apreciar, a pesar que el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado como el CARI ESE sea de derecho privado, las normas presupuestales como las de vigencias futuras antes citadas le son aplicables, y por tal motivo, el desatenderlas puede ocasionar responsabilidad penal, fiscal, administrativa y disciplinaria por parte de los servidores públicos involucrados, tal como ha acontecido en este caso en el que se han desconocido dichas normas presupuestales con la suscripción del contrato de operación.

**IV.6. Imposibilidad legal del Hospital Universitario CARI E.S.E., de contratar con el Consorcio Gestor Hospitalario de Caribe para ejecutar la operación del mismo por tratarse de un bien de uso público**

Ponemos a consideración del respetado señor juez que, el HU CARI se encontraba imposibilitado para suscribir el contrato de operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de

2019, ya que tanto sus bienes muebles e inmuebles, derechos, activos, pasivos y demás bienes que lo conforman tienen la naturaleza de "bienes de uso público".

El objeto del contrato de operación N.º 069 de 2019 es:

(...)

**CLÁUSULA 1. OBJETO.** El objeto del contrato es la OPERACION y la GESTION INTEGRAL a las que se compromete a realizar el CONTRATISTA de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros los complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica industrial en la sede principal, que garantice la apertura progresiva de servicios de alta complejidad y la reapertura de otros, asegurando la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios de salud, garantizando eficiencia, eficacia, accesibilidad, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad. Al mismo tiempo, la contratación de dichos servicios a esquemas y tarifas competitivas del mercado de modo que se garantice el flujo de recursos para la institución hospitalaria. EL CONTRATISTA ejecutará el presente contrato en forma independiente, bajo su cuenta y riesgo, con personal propio, técnica y financiera, de conformidad con las condiciones definidas en el presente contrato y los documentos del contrato. PARAGRAFO TRANSITORIO: Se excluyen transitoriamente los servicios que en la actualidad están a cargo del Contrato de Asociación, No. 1 72/200 7, suscrito con la empresa Timed SA. Y los servicios que presta la Unión Temporal Instituto Cancerológico del Caribe de a cuál EL HOSPITAL Universitario CARI E.S.E. ostenta la calidad de Unido, los cuales continuarán bajo los modelos de contrato que se ejecutan en la actualidad, hasta cuando se termine el plazo de ejecución de cada uno o se culmine por cualquier forma determinación anticipada, de tal manera que su asunción por parte del CONTRATISTA se realizará una vez se cumplan esas condiciones.

(...)

Así las cosas, el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, a través del contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, durante quince (15) años, tendrá el uso y goce de los bienes muebles e inmuebles del HU CARI y como contraprestación pagará el valor establecido en la cláusula quinta del contrato, la cual reza:

(...)

**CLAUSULA 5. VALOR DEL CONTRATO:** El presente contrato no requiere de presupuesto Oficial por parte de EL HOSPITAL, debido a que este no hará ninguna clase de erogaciones y será EL CONTRATISTA quien haga todas las inversiones. Para efectos de la liquidación de garantías e impuestos se estima que el contrato tiene un valor fiscal anual de DOCE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$ 12.076.237.000, 00) que corresponde al valor proyectado de ventas mensuales para el 2020, con una ocupación del ochenta por ciento (80%).

(...)

Señor Juez, el contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019 es un contrato de arrendamiento.

Sobre este tópico, el Honorable Consejo de Estado ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido que, no es procedente el arrendamiento de bienes de uso público y ha considerado:

Consejo de Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Oswaldo Giraldo López. Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001 3331 003 2009 00157 01. Actor: Fredy Morales Suaza y Otros. Demandado: Municipio de Támesis (Antioquia)

(...)

III. CONSIDERACIONES

Considera la Sala importante precisar que el objeto de la solicitud de revisión consiste en determinar si se desconocen las líneas jurisprudenciales que para el efecto ha trazado la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia de la protección del derecho colectivo al goce del espacio público por el cerramiento de un bien de uso público, por virtud de un contrato de arrendamiento que el municipio (arrendador) celebra con un particular.

(...)

Sobre los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado:

*“La definición que del contrato de arrendamiento trae el art. 1973 ibídem indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, que es el que interesa en la litis de que ahora conoce la Corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.*

*“Así el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y oneroso como lo es el de arrendamiento. A su turno, la concesión del uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso.”<sup>78</sup>. (Negritas de la Sala).*

Siendo ello así, y en atención al análisis expuesto en el anterior acápite, es claro que uno de los elementos de la esencia del contrato de arrendamiento, es decir, aquéllos sin los cuales, o no existe, o degenera en un negocio distinto<sup>79</sup>, es la entrega del uso y goce exclusivo del bien, circunstancia que riñe de manera abierta con la naturaleza de inmuebles como el objeto de la presente litis, debido a que, se reitera, están destinados al goce, disfrute visual y libertad de tránsito de todos los ciudadanos de manera libre e impersonal, esto es, no se predica, en manera alguna, exclusividad para un grupo de personas y menos para un sujeto determinado.

Resulta ilustrativo traer a colación un reciente fallo de la Subsección “C” de la Sección Tercera de ésta Corporación, en el que definió con claridad el alcance del contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal; veamos:

**“1.1. El contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal<sup>80</sup>”**

*Son de la esencia del contrato de arrendamiento el que una parte se obligue a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado o renta como retribución por el goce que se le ha concedido.*

*Por consiguiente la demostración de la celebración de éste contrato implicará que se acredite, de un lado, cuál es la cosa cuyo goce se ha*

78 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970.

79 “Artículo 1501. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. 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”.

80 Al respecto ver: Consejo de Estado, sentencias de 28 de marzo de 2012, Exp. 22.168 y de 29 de abril de 2015, Exp. 35.138; M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

concedido, y, de otro lado, cuál es el precio que ha de pagarse por la concesión de ese goce.

Sin embargo, aunque el contrato de arrendamiento es consensual, por cuanto consiste en un acuerdo donde una parte concede el uso y goce de una cosa a cambio de una retribución, precio o renta que la otra ha de pagar por ello,<sup>81</sup> si en este contrato interviene como parte una entidad estatal, su perfeccionamiento y demostración implicará que el acuerdo de voluntades sobre estos elementos esté contenido en un documento que deberá presentarse como única prueba pertinente, se insiste, porque el contrato estatal es solemne por regla general.

Asimismo, entre otras, dentro de las características del contrato de arrendamiento, se encuentra el ser sinalagmático, comoquiera que surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador, principalmente, consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y el goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo.

Otra característica importante es su onerosidad porque ambas partes obtienen utilidad o beneficio de él.

También el contrato de arrendamiento es conmutativo, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes en relación con las asumidas por la otra.

Y, finalmente, es un contrato de tracto sucesivo, en la medida en que las obligaciones que de él surgen no se cumplen instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.

De lo anterior se resaltan las obligaciones que manan del contrato de arrendamiento, especialmente las correspondientes al arrendador que debe entregar la cosa al arrendatario para que, por supuesto, éste pueda usarla y gozarla y "librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada"<sup>82</sup>.

De manera que si por razones diferentes a la mutación o reparación de la cosa arrendada, evento este que cuenta con otra regulación específica<sup>83</sup>, el arrendatario es perturbado por el arrendador en el use y goce de la cosa arrendada, aquel tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados con la turbación<sup>84</sup>.

Ahora, como "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe"<sup>85</sup> y este debe hacerse "bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación", se sigue que el arrendatario debe pagar al arrendador el canon pactado en la forma y momento acordado, así como el arrendador debe entregar la cosa arrendada en la forma y momentos pactados, so pena de incurrir en incumpliendo del contrato, comportamiento que implicará el

81 Artículo 1973 del C. C.

82 Numeral 3º del artículo 1982 del C. C.

83 Artículo 1986 del C. C.

84 Artículo 1987 del C. C.

85 Artículo 1626 del C. C.

deber de indemnizar perjuicios si con él se ha causado un daño al co-contratante".<sup>86</sup>

Paralelamente con estas obligaciones mutuas entre el arrendador y el arrendatario y una vez hecha la entrega del bien a éste último, surge para el arrendatario el derecho de que trata el artículo 1988 del Código Civil, de conformidad con el cual, "Si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la reparación del daño", de tal manera que el arrendatario, que detenta el bien, puede ejercer dicho derecho frente a cualquier tercero que pretenda perturbarlo, para lo cual cuenta con la acción dispuesta en el artículo 978 del mismo Código.

3.5.4.1. Vale la pena aclarar, a esta altura de la disertación, que la regulación prevista en el artículo 674 del Código Civil en lo relativo al inciso tercero sobre los bienes de la Unión, se debe entender en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1981 del mismo Estatuto, es decir, referido a los bienes fiscales<sup>87</sup>. Las normas en cita son del siguiente tenor:

"Artículo 674. Bienes públicos y de uso público. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales". (Subrayas de la Sala).

Artículo 1981. Arrendamiento de bienes públicos. Los arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales." (Subrayas de la Sala).

(...)

Vistas así las cosas, la Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su

86 Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2015 proferida en el proceso identificado con el número de radicación 73001-23-31-000-2003-00634-01 (37.566).

87 El doctor José Alejandro Bonivento Hernández precisó lo siguiente:

"214. Arrendamiento de bienes de entidades de derecho público  
Preceptúa el artículo 1981 del Código Civil: "Los arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales." Quiere significar esta norma que cuando una entidad de derecho público celebra un contrato de arrendamiento, obra como una persona de derecho privado sometiéndose a las disposiciones del arrendamiento en general, salvo aquellas exigencias que normas o código especiales dispongan". (Bonivento Fernández, José Alejandro. "Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales". Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 407).

A estos efectos, deberá entenderse que su referencia a la disposición en cita se circunscribe al bien fiscal, pues el mismo autor en su obra indica que no es posible arrendar bienes de uso público, tal y como se referenció en el siguiente análisis

"c) Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada. El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar. Las excepciones surgen de las prohibiciones de ley. Casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse; por ejemplo: un bien embargado o secuestrado puede ser arrendado, sin autorización del juez o del acreedor, pero no puede ser vendido por tener objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto es el artículo 1521 del Código Civil. La Razón emana de la misma naturaleza del contrato de arrendamiento que excluye cualquier posibilidad de disposición de la cosa.

No se pueden arrendar:

- a) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.
  - b) El derecho alimentario.
  - c) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.
- d) Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc." (Subrayas de la Sala).  
(Bonivento Fernández, José Alejandro. "Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales". Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 406).

aprovechamiento<sup>88</sup>, quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto.

No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 Superiores). Por ende deberá asumirse que además de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, se trata de bienes afectados a una destinación de interés general, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad.

Los anteriores razonamientos permiten concluir que los bienes de uso público tienen un doble ángulo: Por un lado confieren a la colectividad el derecho de usarlos y disfrutarlos, pero con limitaciones; es decir, como cualquier otro derecho, la facultad de aprovecharse de estos bienes no es del todo absoluta, y por ende la Administración tiene la potestad de restringirlo proporcionadamente por razones de utilidad pública o interés social, tal y como ocurre por ejemplo cuando se implementan horarios de acceso a determinados bienes motivados en la seguridad ciudadana o de intereses de mayor envergadura.

(...)

Entonces, se observa que el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público no otorga poder de disposición de manera absoluta de parte de la comunidad sobre los bienes de los que se predica la existencia de ese derecho colectivo, y que el particular facultado para su usufructo tiene también un derecho precario o relativo sobre tal bien. En tal contexto, no resultaría conveniente, ni jurídica ni fácticamente, restringir la posibilidad de que los particulares administren los bienes públicos en una forma contractual o unilateral, cuando en realidad debe partirse de la propia naturaleza de esos bienes y de las ya anotadas características que devienen de su régimen constitucional y legal. La exigencia es la proyección de tales condiciones directamente sobre el contenido del acto o contrato y que las condiciones allí consagradas se encuentren acordes con los principios básicos de la gestión de este recurso de las comunidades, los cuales se verían protegidos siempre que se garanticen los siguientes presupuestos:

- a. Que exista un vínculo jurídico formal, sea mediante acto administrativo o contrato. Si se trata de la celebración de un negocio jurídico, éste no puede ser el de arrendamiento.
- b. Que se otorgue un uso temporal del bien.
- c. Que el objeto sea compatible con la naturaleza del espacio público, es decir, que no se cause afectación de los derechos colectivos.
- d. Que se asegure por parte de la Administración un seguimiento oportuno y adecuado a la ejecución del contrato con el fin de garantizar el uso de parte de la comunidad.

(...)

88 Sobre el punto es preciso traer a colación el análisis del doctor José Alejandro Bonivento Hernández:

“c) Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada. El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar. Las excepciones surgen de las prohibiciones de ley. Casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse; por ejemplo: un bien embargado o secuestrado puede ser arrendado, sin autorización del juez o del acreedor, pero no puede ser vendido por tener objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto es el artículo 1521 del Código Civil. La Razón emana de la misma naturaleza del contrato de arrendamiento que excluye cualquier posibilidad de disposición de la cosa.

No se pueden arrendar:

- e) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.
- f) El derecho alimentario.
- g) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.
- h) Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc.” (Subrayas de la Sala). (Bonivento Fernández, José Alejandro. “Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales”. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 406).

El artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 dispuso la posibilidad de que las Empresas Sociales del Estado puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, en este sentido establece:

*"ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad."*

No obstante, mediante sentencia C 171 de 2012 la H. Corte Constitucional condicionó las disposiciones del mencionado artículo 59, estableciendo:

*"En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica "desdibuja el concepto de contrato" y "porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores" "pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales"" (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

En virtud de lo anterior, es posible establecer que la potestad de contratación otorgada por el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados, en los demás casos, la operación de las Empresas Sociales del Estado a través de la contratación con terceros se encuentra prohibida de manera expresa por la jurisprudencia de las Altas Cortes.

En este sentido, en Concepto 5227 del 13 de octubre de 2011, el Procurador General de la Nación manifestó que la contratación de las Empresas Sociales del Estado a través de terceros, pone en grave riesgo la continuidad, permanencia, idoneidad y calidad del servicio público, al respecto indicó:

"(...)

*(i) Menciona que de conformidad con los artículos 40, 122 y 150 Superiores, las Empresas Sociales del Estado hacen parte de la rama ejecutiva del poder público y tienen la misión de prestar de manera directa los servicios de salud, para lo cual deben crear y proveer los cargos públicos que se requieran, con el fin de garantizar que dicho servicio público sea prestado de manera permanente, en el nivel de atención que corresponda. Dada la continuidad y permanencia del servicio público a su cargo, que siempre debe estar disponible para atender las contingencias que se presenten, las Empresas Sociales del Estado requieren de una planta de personal adecuada a su misión y al nivel de atención que corresponda.*

*(ii) Considera que la posibilidad de contratar con terceras, tareas que correspondan a funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado, pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público, la idoneidad y calidad del servicio, así como la existencia de la carrera administrativa. Por tanto, sostiene la necesidad de que las Empresas Sociales del Estado cuenten con una planta de personal propia, idónea y adecuada, capaz de atender las funciones permanentes de la entidad.*

"(...)"

En la misma línea, el Ministerio de Salud y Protección Social radicado N.º 201511201338651 de fecha 10 de agosto de 2015 expresó:

(...)

*En primer lugar y para proceder a responder su interrogante, se considera preciso transcribir el artículo 59 de la Ley 1438, que prevé: "Artículo 59. Operación con terceros. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad. (Subrayas fuera de texto) Así mismo, se debe señalar que el artículo 59 transcrito, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-171 de 2012, con Ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, conforme lo consagrado en el artículo primero del resuelve: "PRIMERO.-DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados." Subrayas fuera de texto. Al punto, vale la pena traer a colación uno de los apartes del pronunciamiento efectuado por este Ministerio, al intervenir en la demanda de inconstitucionalidad del aludido artículo 59, en el cual expresó:*

"(...)

*(ii) se trata de una potestad otorgada a las Empresas Sociales del Estado y no de una obligación de contratación, para lograr una prestación de servicio eficiente y regida por el principio de coordinación interinstitucional y colaboración armónica; (...)" Subrayas fuera de texto.*

*Del contexto normativo transcrito y jurisprudencia aludida, se tiene que el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, se refiere a la participación que, por virtud del artículo 48 constitucional, el Estado debe realizar con particulares para la prestación del servicio de seguridad social en salud; no obstante, su lectura debe hacerse en el entendido de que la contratación otorgada por el 59 en cita, a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, es potestativa y no imperativa, y sólo podrá efectuarse, cuando no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad, cuando éstas no puedan realizarse por el personal de planta o en el caso de requerirse conocimientos especializados.*

(...)

Por tanto, resulta evidente la prohibición jurisprudencial que se le ha dado a la contratación de terceros por parte de las Empresas Sociales del Estado para la operación permanente de funciones propias de la entidad, pues dicha figura se establece como "tercerización", la cual, bajo estas condiciones, además de menoscabar los derechos de los trabajadores, involucra el adecuado desarrollo del servicio público que viene siendo prestado directamente por la entidad contratante, así como la tergiversación de los recursos públicos destinados.

Lo anteriormente manifestado, nos permite poner de manifiesto al Juez constitucional que, el contrato de operación N.º 690 de 27 de diciembre de 2019, celebrado entre el HU CARI y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe es nulo y así le solicitamos que lo declare en el fallo que ponga fin a esta acción popular.

**V. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA: Suspensión de la ejecución del contrato N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019 y medida cautelar innominada**

En el presente caso, De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 472 1998, solicitamos al Juez constitucional que, de continuidad a la línea jurisprudencia fijada por el Concejo de Estado, y proceda a "ORDENAR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OPOERACIÓN N.º 690 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2019 suscrito entre el HU CARI y el Consorcio Gestos de Servicios Hospitalarios del CARIBE".

- A la convocatoria Pública N.º 001 de 2019, se presentó un solo oferente lo que impidió obtener los beneficios derivados de la optimización del valor producto de la pluralidad de oferentes.
- El Gerente del HU CARI celebró el contrato de operación N.º 0690 de 27 de diciembre de 2019 sin autorización de la Junta Directiva, lo que deviene en su nulidad absoluta.
- La celebración del contrato de operación N.º 0690 de 27 de diciembre de 2019, por medio del mecanismo de contratación directa, genera serias dudas acerca de la observancia de los principios de la contratación pública, máxime cuando existieron serias y fundadas observaciones por parte de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente a la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019 y que en últimas fue declarada “desierta” por razones inocuas.

Según el Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo los jueces de esa jurisdicción tienen plena libertad para decretar las medidas cautelares que consideren necesarias<sup>89</sup>, razón por la cual solicitamos que se decrete la suspensión de la ejecución del contrato de operación N.º 690 de 2019, hasta tanto haya un pronunciamiento sobre su legalidad, lo que a su vez se refleje en garantizar la prestación del servicio en condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad.

Se pide que la medida cautelar a decretar sea de las de urgencia contempladas en el artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues de no decretarse de manera inmediata la suspensión de la ejecución del contrato de Operación N.º 690 e 2019, se ocasionaría un perjuicio irremediable, basado en una actuación administrativa ilegal e inconstitucional, que se ventiló ante la jurisdicción, motivo por el cual se acude a solicitar esta extraordinaria medida cautelar de urgencia.

La arquitectura de las medidas cautelares ha sido definida por la ley y desarrollada por la jurisprudencia contencioso administrativa, y dentro de sus características definitorias se destaca la finalidad que persigue, cual es, la protección de la eficacia del proceso. Garantizar el objeto del litigio y la efectividad del fallo, es el fin último de la institución de las medidas cautelares, lo que significa evitar efectos ilusorios en la sentencia, y fortalecer la confianza de los asociados en las instituciones, pero en particular en la administración de justicia, así como asegurar la vigencia y prevalencia del Estado de Derecho. Por su parte, la jurisprudencia sobre medidas cautelares ha identificado tres presupuestos sustanciales que deben concurrir para su decreto, que son:

- i) Apariencia de buen derecho,
- ii) La Urgencia, o el peligro en la mora, y,
- iii) La ponderación de intereses.

Los referidos aspectos se cumplen a cabalidad en el caso objeto de la acción popular.

La apariencia de buen derecho queda demostrada no solo por la exposición de los numerosos cargos que pesan por la flagrante amenaza y violación de los derechos colectivos cuya protección se solicita, los cuales se encuentran debidamente fundamentados y sustentados mediante argumentación jurídica, y con respaldo jurisprudencial y normativo suficiente. Así mismo, la verosimilitud de los derechos accionados quedo demostrada a partir de los serios cuestionamientos realizados por la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, quien ha emitido sendos pronunciamientos donde pone en evidencia importantes irregularidades que de ninguna manera han sido resueltos por el Gerente del HU CARI, reparos que son graves y tienen sustento en profundas y razonadas fundamentaciones de hecho y de derecho, elementos suficientes

<sup>89</sup> Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

para dar cumplimiento. al requisito de apariencia de buen derecho que exige el ordenamiento para que se expida la protección cautelar.

Sobre el peligro en la mora, es claro que con la ejecución del Contrato de operación N.º 690 de 2019, se advierte la inminencia de, la consolidación de la vulneración y amenaza de los derechos colectivos accionados, los cuales podrían consolidarse, mucho antes que el Juez constitucional pueda pronunciarse de fondo sobre los serios cuestionamientos jurídicos que rodean la actuación del HU CARI y del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

En cuanto a la ponderación de intereses en tensión, resulta claro que para el interés general resulta garantista, tutelar y decretar la medida cautelar, pues continuar la ejecución del contrato de operación N.º 690 de 2019, que es nulo y que muy probablemente así será decretado, pone en riesgo la operación del HU CARI y la prestación de servicios de la población usuaria de los mismos.

Finalmente, es pertinente traer a colación los precedentes sentados por la Corte Constitucional, y los autos de la Sección Cuarta de la Sala del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 14 de mayo de 2015 (M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) y del 28 de mayo de 2015 (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia<sup>90</sup>) que constituyen precedente judicial vertical, y por lo tanto deben tenerse en cuenta en el presente caso, y en los que el Consejo de Estado señaló:

"(...)

*Por, ello, la suspensión del procedimiento o actuación administrativa es una medida cautelar diferente y excepcional que encuentra sustento en aquellos casos en que constituya la única posibilidad de "conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción", como lo prevé el artículo 230 numeral 2º del CPACA. Además, la procedibilidad de la medida siempre estará sustentada en lo necesidad de "proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia" que posteriormente se dicte, como lo establece el artículo 229 del CPACA y lo advirtió el auto recurrido.  
(...)"*

Sobre este punto, el auto del 28 de mayo de 2015 también señala lo siguiente:

"(...)

*Al anterior análisis debe sumarse que en el literal f) explica la irremediabilidad de los daños o el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (periculum mora), toda vez que la decisión definitiva en este proceso podría tardar de dos a tres meses y de no suspenderse el procedimiento, en caso de recaer una sentencia favorable a las pretensiones de los demandantes, sus efectos tendrían una honda repercusión para el Estado y los inversionistas.  
(...)"*

En línea con lo anterior, vale precisar que la Sección Cuarta del Consejo de Estado en auto del 14 de mayo de 2015, con ocasión al proceso de enajenación de las acciones que la Nación tenía en Isagén (expediente 11001032600020140005400), oportunidad en la cual dicha Corporación concedió esa medida cautelar, sin necesidad de caución alguna, y al respecto dispuso:

*"Las razones son estas:*

*En la enajenación de bienes del Estado va envuelto el interés público, que es un amplio concepto jurídico que pretende abarcar tanto los intereses del Estado mismo como los intereses generales de la comunidad, interés público que se podía afectar como cuando se dictan medidas u ocurren hechos que pudieran perjudicar ora el patrimonio del Estado, ora la continuidad, calidad, igualdad y progresividad de los servicios públicos*

o los mismos postulados constitucionales relativos al buen funcionamiento de la economía del país.

b) Ahora bien, en un estado de derecho, máxime en un estado social de derecho, la adopción, la ejecución y el control de las políticas públicas se hace mediante leyes y actos o decisiones administrativas y otros instrumentos como el contrato, y todos esos actos jurídicos están en mayor o menor grado sometidos a no solo controles sociales y políticos sino a controles jurídicos como son las acciones judiciales, denominadas también medios de control judicial.

Si bien es cierto que tanto el legislador como el Gobierno gozan de poderes discrecionales para valorar la adopción de cuanta política pública crean conveniente para alcanzar los altos fines del Estado, ese ámbito discrecional está enmarcado por la Constitución o por la ley o por ambas, según el caso. De hecho, esta sala unitaria no encuentra prohibición alguna para que el Estado pueda desprenderse de los intereses que tiene en Isagén, que, de haberla, conduciría a una suspensión inmediata de los actos. No se trata de eso. De lo que se trata es de que exista la oportunidad de hacer real la tutela judicial efectiva que han reclamado varios ciudadanos en ejercicio de acciones judiciales legítimas.

(...)

Los procesos judiciales acumulados a que se ha hecho referencia en este auto no están en condiciones de recibir sentencia todavía. Aun dando preferencia al trámite judicial correspondiente, el fallo podría recaer en no menos de dos a tres meses. Y de recaer una sentencia en favor de las pretensiones de nulidad, se podría producir un efecto mucho más caótico frente a la seguridad jurídica que los simples efectos de una suspensión de los plazos para adelantar el procedimiento de venta de las acciones.

(...)

Por lo expuesto, esta sala unitaria de la Sección Cuarta del Consejo de Estado considera que hay lugar a la medida cautelar de suspensión de procedimiento o actuación administrativa en los términos siguientes:

*ORDÉNASE la suspensión temporal del procedimiento o actuación administrativa que actualmente se surte con ocasión del cumplimiento del Decreto 7609 del 30 de julio de 2073 dictado por el Gobierno Nacional, que aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en Isagén S.A. E.S.P.*

(...)

*Por tratarse de una acción de simple nulidad contratación de naturaleza reglamentaria y en defensa de intereses públicos, relévese a lo parte actora de prestar caución"*

(...)

Adicionalmente, con la ejecución del contrato N.º 690 de 2019 que se cuestiona, se encuentra envuelto el interés público ya que del mismo depende la prestación continua, efectiva y en condiciones de calidad de un servicio esencial como lo es el servido de salud, como la sostenibilidad financiera del sistema, el cual puede ponerse en peligro.

Con base en las anteriores consideraciones, quedan expuestas las razones que fundamentan la medida cautelar de urgencia solicitada.

**Medida Cautelar innominada**

En todo caso, solicitamos al Juez constitucional que ordene Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir los daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 590 del Código General del Proceso y demás normas concordantes, que los modifiquen o adicionen.

VI. PRETENSIONES

VI.1. PRINCIPALES

VI.1.A. PRIMERA. Que se protejan los derechos e intereses colectivos reconocidos en los literales: b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) la seguridad y salubridad públicas, i) La libre competencia económica y j) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, reconocidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 y los demás que el señor Juez Constitucional determine en virtud de los hechos relatados y los que llegare a demostrarse en el desarrollo del proceso, infringidos por el Hospital Universitario CARI E.S.E., representado legalmente por el señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico o quien haga sus veces, por el actual Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico y por el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

VI.1.B. SEGUNDA. Que se **DECLARE LA NULIDAD** del contrato de Operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019 suscrito entre Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

VI.1.C. TERCERA. Que se ordene al Hospital Universitario CARI E.S.E., representada legalmente por el señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico o quien haga sus veces, que inicie nuevamente el proceso de convocatoria pública para contratar la *"OPERACION y la GESTION INTEGRAL a las que se compromete a realizar el CONTRATISTA de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros los complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede Alta Complejidad, realizando inversiones en infraestructura física, dotación tecnológica, biomédica industrial en la sede principal, que garantice la apertura progresiva de servicios de alta complejidad y la reapertura de otros, asegurando la sostenibilidad financiera a partir de los ingresos por venta de servicios de salud, garantizando eficiencia, eficacia, accesibilidad, seguridad, calidad, integralidad y rentabilidad. Al mismo tiempo, la contratación de dichos servicios a esquemas y tarifas competitivas del mercado de modo que se garantice el flujo de recursos para la institución hospitalaria"*, con observancia de las disposiciones legales y en especial los principios que rigen la contratación pública.

VI.1.D. CUARTA. Condenar en costas y gastos a los accionados.

VI.2. SUBSIDIARIAS

En el hipotético caso de no ser acogidas nuestras peticiones referenciadas como principales, respetuosamente solicitamos al Honorable Juez constitucional se sirva conceder las pretensiones que se enlistan a continuación:

VI.2.A. PRIMERA. Que se protejan los derechos e intereses colectivos reconocidos en los literales: b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) la seguridad y salubridad públicas, i) La libre competencia económica y j) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, reconocidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 y los demás que el señor Juez Constitucional determine en virtud de los hechos relatados y los que llegare a demostrarse en el desarrollo del proceso, infringidos por el Hospital Universitario CARI E.S.E., representado legalmente por el señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico o quien haga sus veces, por el actual Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan

Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico y por el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

- VI.2.B. **SEGUNDA.** Que se **SUSPENDA** la ejecución del contrato de Operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019 suscrito entre Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico y el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe
- VI.2.C. **TERCERA.** Que se ordene al Hospital Universitario CARI E.S.E., representada legalmente por el señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico o quien haga sus veces, que continúe con la prestación del servicio de manera directa.
- VI.2.D. **CUARTA.** Condenar en costas y gastos a los accionados.

**VII. PRINCIPIO PRO ACTIONE**

Así mismo, se solicita dar aplicación al principio *pro actione*, según el cual el examen que se haga de las demandas que se presenten en ejercicio de acciones públicas, debe favorecer el ejercicio de tales acciones presentadas por los ciudadanos, y por ello no puede ser tan exigente que llegue al punto de enervar la efectividad de tales derechos políticos y de acceso a la administración de justicia.

**VIII. SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Por la naturaleza e importancia el asunto que se discute en la presente acción popular, solicitamos comedidamente la participación de la Procuraduría General de la Nación a través del Procurador General de la Nación doctor Fernando Carrillo Flores o la persona que él designe.

Dirección: Carrera 5 N.º 15 – 80 de Bogotá D.C.

Por la naturaleza e importancia el asunto que se discute en la presente acción popular, solicitamos comedidamente la participación de la Contraloría General de la República a través del Contralor General doctor Carlos Felipe Córdoba Larrarte o la persona que él designe.

Dirección: Carrera 69 N.º 44 – 35 de Bogotá D.C.

Sírvase señor Juez Convocarlos para el efecto.

**IX. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

Atendiendo a las voces del artículo 155 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del artículo 16 de la Ley 472 de 1998, es usted competente señor Juez para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

**X. PRUEBAS Y ANEXOS DE LA SUBSANACIÓN**

X.1. Acta N.º 233 de fecha 24 de enero de 2020, de la Reunión Extraordinaria de Junta Directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E., por la cual se requiere al gerente del HU CARI E.S.E., para que se abstenga de ejecutar el contrato de operación N.º 690 de 2019.

X.2. Comunicación Acta N.º 233 de fecha 24 de enero de 2020, de la Reunión Extraordinaria de Junta Directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E., por la

cual se requiere al gerente del HU CARI E.S.E., para que se abstenga de ejecutar el contrato de operación N.º 690 de 2019, de fecha 24 de enero de 2020.

X.3. Comunicación N.º DSPT 000014 SIAF 1890 de fecha 10 de enero de 2020, de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente, Página 13, para que dé por terminado el contrato de operación N.º 690 de 2019.

X.4. Comunicación de fecha 13 de febrero de 2020, OG-0092-2020 y comunicado de fecha 17 de febrero de 2020, OG-0103-2020 el Gerente del HU CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, solicita autorización de la Secretaría de Salud del Atlántico para ejecutar el contrato de Operación N.º 690 de 2019.

### XI. PRUEBAS DE LA ACCIÓN

Las pruebas que se relacionan a continuación, fueron aportadas en el escrito primigenio de la acción popular por lo cual sólo se relacionan en este escrito.

Solicito su señoría, se practiquen y se tengan como pruebas las siguientes:

#### XI.1. Documentales

XI.1.A. Poder a mi conferido.

XI.1.B. Acta de posesión de 1º de enero de 2020 por la cual toma posesión la Gobernadora del Atlántico doctora **ELSA NOGUERA DE LA ESPRIELLA**.

XI.1.C. Certificado de existencia y representación legal del Hospital Universitario CARI E.S.E., expedido por la Sub Secretaría de Asesoría y Asistencia en Seguridad Social en Salud del Departamento del Atlántico.

XI.1.D. Acuerdo Ordenanza N.º 000483 del 10 de diciembre de 1991, "Por el cual se crea un establecimiento Público del Sub Sector Oficial de la salud de carácter especializado: El Centro de Atención y Rehabilitación Integra en Salud".

XI.1.E. Ordenanza N.º 000042 del 5 de septiembre de 1994, "Por la cual se fusionan unas entidades descentralizadas por servicios del Subsector Oficial de la Salud, se organiza su funcionamiento como una empresa Social del Estado y se dictan otras disposiciones".

XI.1.F. Ordenanza N.º 000016 del 31 de agosto de 2016, "Por medio de la cual se modifica la denominación de una Empresa Social del Estado y su nivel de complejidad de atención en salud".

XI.1.G. De la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019:

- XI.1.G.1. Estudios previos
- XI.1.G.2. Pre- términos de condiciones
- XI.1.G.3. Convocatoria pública 001-2019
- XI.1.G.4. Adenda N.º 1 proceso de convocatoria pública no. 001-2019
- XI.1.G.5. Adenda N.º 2 del proceso de convocatoria pública no 001-2019
- XI.1.G.6. Objeciones a la convocatoria 001 del 2019
- XI.1.G.7. Respuesta a las objeciones convocatoria 001 del 2019
- XI.1.G.8. Términos de condiciones
- XI.1.G.9. Resolución N.º 0725 de 2019, Por medio del cual se ordena la iniciación de un proceso de contratación mediante convocatoria publica Anexo minuta de contrato Anexo - listado de activos alta complejidad
- XI.1.G.10. Objeciones a los términos de condiciones
- XI.1.G.11. Adenda N.º 03
- XI.1.G.12. Respuesta a las objeciones
- XI.1.G.13. Objeciones a los términos de condiciones realizadas por Carlos Castro Torres

- XI.1.G.14. Respuesta a la solicitud de aclaración a términos de condiciones presentada octubre 3 - 2019 por Carlos Castro Torres
- XI.1.G.15. Adenda N.º 04
- XI.1.G.16. Observaciones, aclaración y sugerencias a convocatoria 001 2019- Rodrigo Bula
- XI.1.G.17. Respuesta a las aclaraciones y observaciones - Rodrigo Bula
- XI.1.G.18. Objeción N.º 02 a los términos de condiciones realizada por Carlos Castro Torres
- XI.1.G.19. Respuesta no 02 objeciones a los términos de condiciones realizada por Carlos Castro
- XI.1.G.20. Adenda N.º 5
- XI.1.G.21. Acta de cierre y presentación de propuestas proceso de convocatoria pública 001 del 2019
- XI.1.G.22. Adenda N.º 06
- XI.1.G.23. Resolución N.º 0814 de 21 de octubre de 2019: por medio de la cual se suspende una convocatoria pública
- XI.1.G.24. Respuesta a la Procuraduría General de la Nación  
Anexos de la respuesta
- XI.1.G.25. Oficio Procuraduría General de la Nación
- XI.1.G.26. Resolución N.º 0919 del 02 de diciembre del 2019
- XI.1.G.27. Evaluación oferta proceso convocatoria pública N.º 001 del 2019
- XI.1.G.28. Resolución 0931 del 09 de diciembre del 2019: por medio del cual se suspende el trámite del proceso de contratación iniciado
- XI.1.G.29. Resolución 0967 de 2019: por medio del cual se levanta una suspensión y se continua con el proceso de convocatoria
- XI.1.G.30. Acta de audiencia para responder observaciones y de adjudicación o declaratoria desierta del proceso convocatoria N.º 001 del 2019
- XI.1.G.31. Resolución N.º 0969 del 20 de diciembre: por medio del cual se rechaza una propuesta y se declara desierta la convocatoria N.º 001 del 2019
  
- XI.1.H. Copia Derecho de petición de fecha 30 de enero de 2020, radicado en el Hospital Universitario CARI E.S.E, el día 03 de febrero de 2020, por el cual se solicita al Gerente del HU CARI copia de los documentos soportes de la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019 y del Contrato de Operación N.º 690 del 27 de diciembre de 2019.
  
- XI.1.I. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN A. Bogotá D.C. diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019). Magistrada Ponente: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Expediente: 25000232400020170088500. Demandantes: Jorge Enrique Robledo y otro. Demandados: Nación – Ministerio de Salud, Superintendencia Nacional de Salud y Otros.
  
- XI.1.J. Comunicado del Gerente de la ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADA PREVENIR S.A.S., señor Carlos Osorio Chacón, de fecha 13 de enero de 2020, radicado en la gobernación del Atlántico con el consecutivo N.º 20200500016172 de fecha 13 de enero de 2020.
  
- XI.1.K. Comunicación N.º 0333339168 de fecha 17 de octubre de 2019, de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente
  
- XI.1.L. Comunicación N.º DSPT 000014 SIAF 1890 de fecha 10 de enero de 2020, de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente
  
- XI.1.M. Solicitud de apertura de investigación disciplinaria interpuesta ante la Procuraduría General de la Nación, por la Secretaria de Salud del Atlántico, doctora Alma Johana Solano Sánchez, de fecha 10 de enero de 2010, radicada ante la Procuraduría General de la Nación el día 10 de enero de 2019, Radicado: 20200900000201

- XI.1.N. Oficio No. 003684-158016 de fecha 29 de noviembre de 2019 de la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente.
- XI.1.O. Tribunal Administrativo del Atlántico: Auto de fecha 4 de mayo de 2017 por el cual se decretó la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos Acuerdos 157 y 158 de junio de 2017.
- XI.1.P. Consejo de Estado: Auto de fecha 8 de octubre de 2019, por el cual se declara la nulidad de todo lo actuado, incluso el auto de fecha 4 de mayo de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico dentro de la acción de Nulidad y restablecimiento Radicado N.º 08001233300020170142000
- XI.1.Q. Tribunal Administrativo del Atlántico: Auto de fecha 12 de diciembre de 2019 por el cual se ordena obedecer y cumplir lo dispuesto por el H. Consejo de Estado mediante Auto de fecha 8 de octubre de 2019.
- XI.1.R. Gobernación del Atlántico. Gaceta # 8230 de 7 de julio de 2017. Por medio de la cual se da publicidad al Acuerdo 157 de fecha 22 de junio de 2017 "Por medio del cual se modifica el Acuerdo 142 de 2014 del Hospital Universitario CARI E.S.E.", y el Acuerdo 158 de 22 de junio de 2017 "Por medio del cual se modifica el Acuerdo 156 de 2016 del Hospital Universitario CARI E.S.E.
- XI.1.S. Decreto No. 0008 de enero 09 de 2019 "Por medio del cual se hace un nombramiento en una Empresa Social del Estado del Orden Departamental de Carácter Descentralizada"
- XI.1.T. Acta No. 18978 del 9 de enero de 2019 – Posesión del señor Ulahi Dan Beltrán López como Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E.
- XI.1.U. Procuraduría General de la Nación, Concepto 5227 del 13 de octubre de 2011.
- XI.1.V. Ministerio de Salud y Protección Social radicado N.º 201511201338651 de fecha 10 de agosto de 2015

Se anexa a la presente acción:

- Original de la acción con Anexos en físico y CD
- Copia para el archivo del Despacho, demanda en físico y CD.
- Copia para el Ministerio Público, demanda en físico y CD
- Tres Copias para traslados a los accionados:
  - Hospital Universitario CARI E.S.E., representado por el señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico o quien haga sus veces. Demanda en físico y anexos en CD.
  - Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico. Demanda en físico y anexos en CD.
  - Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe. Demanda en físico y anexos en CD.

En cuanto a la prueba documental aportada con la demanda manifiesto:

- Las leyes, decretos y las normas citadas, corresponden a normas de carácter nacional y, por dicha razón, no son objeto de prueba.

- El artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

(...)

*Artículo 211. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.*

(...)

- El Código General del Proceso en su artículo 244 establece las condiciones en las cuales un documento se considera auténtico:

*LEY 1564 DE 2012  
(Julio 12)*

*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*

*"(...) Artículo 244. Documento auténtico.*

*Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*

*Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.*

*También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.*

*Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.*

*La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.*

*Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones. (...)"*

Con fundamento en las normas antes transcritas las pruebas aportadas con este escrito se presumen auténticas, mientras no se compruebe lo contrario por tacha de falsedad.

Con esta demanda, se aporta copia del Derecho de petición de fecha 30 de enero de 2020, radicado en el Hospital Universitario CARI E.S.E, el día 03 de febrero de 2020, por el cual la Secretaria de Salud del Atlántico, le solicitó al Gerente del HU CARI copia de todos los documentos soportes de la Convocatoria Abierta N.º 001 de 2019 y del Contrato de Operación No. 690 del 27 de diciembre de 2019.

A la fecha de presentación de la demanda, el derecho de petición no fue contestado, en consecuencia, solicito aplicar lo dispuesto en el artículo 85 del Código General del Proceso que establece que cuando en la demanda se exprese que no es posible acreditar la prueba de existencia y representación legal, en este caso del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe se libren los oficios y ordene al Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., aportar los documentos y pruebas que permitan la notificación del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe y de no ser remitidos se proceda a su emplazamiento en la forma señalada en el Código General del Proceso.

El artículo 173 del Código General del Proceso establece que el juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición,

hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Considerando que a la fecha de presentación de la demanda el derecho de petición de fecha 30 de enero de 2020, radicado en el Hospital Universitario CARI E.S.E, el día 03 de febrero de 2020, no fue atendido, comedidamente solicito ordenar los siguientes:

**XI.2. Oficios:**

XI.2.A. Al Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia – Atlántico, solicitándole que:

XI.2.A.1. APORTE documento contentivo del Acuerdo No. 189 de 2019 emitido por la Junta Directiva del Hospital Universitario CARI E.S.E.

XI.2.A.2. INDIQUE todos los antecedentes y actuaciones realizadas dentro del proceso de Convocatoria No. 01 de 2019 cuyo objeto hace referencia a la escogencia de un Operador especializado que asuma la gestión integral de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos y financieros de los servicios de la Sede Alta Complejidad.

XI.2.A.3. INDIQUE los datos y aporte la prueba para notificación del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe y del representante legal del mencionado Consorcio.

XI.2.A.4. INDIQUE todos los antecedentes y actuaciones realizadas dentro del proceso Contractual de Operación No. 690 del 27 de diciembre de 2019 suscrito con el Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, y cuyo objeto hace referencia a *"la OPERACION y la GESTION INTEGRAL a las que se compromete a realizar el CONTRATISTA de los procesos asistenciales, logísticos, administrativos, financieros los complementarios de los servicios de alta complejidad que se prestan en la Sede Alta Complejidad (...)"*

XI.2.A.5. APORTE estudio o documento que permitió concluir a la gerencia el valor de la remuneración que debe pagar el operador al Hospital como contraprestación económica durante la ejecución del Contrato N.º 690 de 2019.

XI.2.A.6. INDICAR la metodología utilizada para la definición de la contraprestación económica a favor del Hospital durante la ejecución del contrato.

XI.2.A.7. APORTAR el estudio de conveniencia y oportunidad realizado previamente a la suscripción del Contrato N.º 690 de 2019.

XI.2.A.8. INDICAR como la gerencia del Hospital Universitario CARI E.S.E., subsanó las observaciones realizadas por la Procuraduría Delegada para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente mediante el oficio 03333 139168, en el proceso de Convocatoria Pública N.º 01 de 2019.

XI.2.A.9. APORTAR la evaluación de la propuesta entregada por el CONSORCIO GESTOR HOSPITALARIO DEL CARIBE realizada por el comité evaluador del Hospital Universitario CARI E.S.E.

XI.2.A.10. APORTAR las pólizas de aseguramiento constituidas en favor del Hospital Universitario CARI E.S.E. para la vigencia del Contrato N.º 690 de 2019.

XI.2.A.11. APORTAR el Plan de Saneamiento Fiscal y Financiero del Hospital Universitario CARI E.S.E. previsto en la Ley 1966 de 2019.

XI.2.A.12. APORTAR las autorizaciones, certificaciones, registros, permisos, licencias y demás requisitos exigidos por el Ministerio Salud y de la Protección

Social, las demás entidades del orden nacional que las expidan y/o su(s) entidad(es) delegataria(s) en el orden territorial para la prestación de los servicios convenidos en el Contrato N.º 690 de 2019.

XI.2.A.13. APORTAR la verificación que se realizó de las inhabilidades e incompatibilidades de cada uno de los miembros del CORSOCIO GESTOR HOSPITALARIO DEL CARIBE.

XI.2.A.14. APORTAR los siguientes documentos:

Actuación
Resolución 0969 del 20 de diciembre del 2019: Acto de declaratoria de desierta o de terminación anormal
Resolución no 0969 del 20 de diciembre: por medio del cual se rechaza una propuesta y se declara desierta la convocatoria N.º 001 del 2019
Acta de audiencia para responder observaciones y de adjudicación o declaratoria desierta del proceso convocatoria N.º 001 del 2019
Resolución 0967 de 2019: por medio del cual se levanta una suspensión y se continua con el proceso de convocatoria
Resolución 0931 del 09 de diciembre del 2019: por medio del cual se suspende el trámite del proceso de contratación iniciado
Evaluación oferta proceso convocatoria pública N.º 001 del 2019
Resolución N.º 0919 del 02 de diciembre del 2019
Oficio Procuraduría General de la Nación
Anexos de la respuesta Procuraduría General de la Nación
Respuesta a la Procuraduría General de la Nación
Resolución N.º 0814 de 21 de octubre de 2019: por medio de la cual se suspende una convocatoria pública
Adenda N.º 06 Convocatoria pública No. 01 de 2019
Acta de cierre y presentación de propuestas proceso de convocatoria pública 001 del 2019
Adenda N.º 5 Convocatoria pública No. 01 de 2019
Respuesta no 02 objeciones a los términos de condiciones realizada por Carlos Castro
Objeción N.º 02 a los términos de condiciones realizada por Carlos Castro Torres
Respuesta a las aclaraciones y observaciones - Rodrigo Bula
Observaciones, aclaración y sugerencias a convocatoria 001 2019- Rodrigo Bula
Adenda N.º 04 Convocatoria pública N.º 01 de 2019
Respuesta a la solicitud de aclaración a términos de condiciones presentada octubre 3 - 2019 por Carlos Castro Torres
Objeciones a los términos de condiciones realizadas por Carlos Castro Torres
Respuesta a las objeciones
Adenda N.º 03 Convocatoria pública N.º 01 de 2019
Objeciones a los términos de condiciones
Por medio del cual se ordena la iniciación de un proceso de contratación mediante convocatoria publica
Anexo - listado de activos alta complejidad
Anexo minuta de contrato
Términos de condiciones
Respuesta a las objeciones convocatoria 001 del 2019
Objeciones a la convocatoria 001 del 2019
Adenda N.º 2 del proceso de convocatoria pública N.º 001-2019
Adenda N.º 1 proceso de convocatoria pública N.º 001-2019
Convocatoria pública 001-2019
Pre- términos de condiciones Convocatoria pública N.º 01 de 2019
Estudios previos Convocatoria pública N.º 01 de 2019

XI.3. Testimoniales

80

Respetado señor Juez, sírvase decretar y practicar los siguientes testimonios:

- XI.3.A. Al Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Operadores de proceso externalizados de salud OPEXSALUD, señor Héctor David Andrade Benjumea o quien haga sus veces, en la Calle 84 # 54 - 21, Of 303 de Barranquilla - Atlántico, teléfono: (5)3784808.
- XI.3.B. Al Gerente de ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADA PREVENIR S.A.S., Señor Carlos Osorio Chacón o quien haga sus veces. Carrera 49 C # 82 - 70 Barrio Alto Prado de Barranquilla - Atlántico, teléfono: (5) 3770055 - correo electrónico: [bonnadona@organziacioncbp.org](mailto:bonnadona@organziacioncbp.org)
- XI.3.C. Al Procurador Delegado para la Salud la Protección Social y el Trabajo Decente Gelman Rodríguez o quien haga sus veces. Carrera 5 N.º 15 - 80, piso 19 de Barranquilla - Atlántico. Teléfono: (5) 5878750 ext. 11901
- I.1.A. Al Representante Legal del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, señor Ricardo Mafiol Baute. Desconocemos la dirección del Consorcio, la misma puede ser suministrada por el Gerente del HU CARI. El nombre del Consorcio y el del representante legal lo obtuve del texto del contrato demandado, del cual apporto copia en esta demanda.
- XI.3.D. Juan Carlos Muñoz Pacheco. Ex Secretario de Hacienda y Ex Presidente de la Junta Directiva del CARI. Desconocemos los datos de contacto.

En este sentido, solicitamos al señor Juez constitucional ordene el emplazamiento del señor Juan Carlos Muñoz Pacheco, de conformidad con lo establecido en los artículos 108 y 293 del Código General del Proceso.

#### XI.4. Inspección Judicial y Peritaje

En el evento de no ser aportados los documentos solicitados en el numeral 10.2 de la presente acción, solicitamos a su señoría ordenar y practicar inspección judicial con intervención de los peritos que considere pertinentes, en la sede del Hospital Universitario CARI E.S.E., ubicado en la Calle 57 N.º 23 - 100 de Barranquilla - Atlántico, teléfono (5) 3309000; lo anterior con el fin de constatar la existencia y contenido de dichos documentos.

- XI.5. Las demás que el Juez constitucional considere pertinentes, en ejercicio de sus facultades como Juez Constitucional.

#### XII. NOTIFICACIONES

- XII.1. Al Hospital Universitario CARI E.S.E., en la Calle 57 N.º 23 - 100 de Barranquilla - Atlántico, teléfono (5) 3309000 por medio de su representante legal o quien haga sus veces. Correo electrónico: [gerencia.hucariese@gmail.com](mailto:gerencia.hucariese@gmail.com)
- XII.2. Al Gerente del Hospital Universitario CARI E.S.E., señor Ulahi Dan Beltrán López, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 3.745.316 expedida en Puerto Colombia - Atlántico, en la Calle 57 N.º 23 - 100 de Barranquilla - Atlántico, teléfono (5) 3309000. Correo electrónico: [gerencia.hucariese@gmail.com](mailto:gerencia.hucariese@gmail.com)
- XII.3. Al Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, Representado legalmente por el señor Ricardo Mafiol Baute, identificado con cédula de ciudadanía N.º 8.720.568 expedida en Barranquilla - Atlántico. Desconocemos los datos de contacto del Consorcio, los cuales pueden ser suministrados por el Gerente del HU CARI.

De la revisión de los documentos que reposan en el SECOP relacionados con la Convocatoria Pública N.º 001 de 2019 y con la suscripción del Contrato de

81

Operación N.º 690 de fecha 27 de diciembre de 2019, no se encontraron datos para notificación del Consorcio. Adicionalmente, al tratarse de la figura de consorcio no existe en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de los datos de dicha figura. En este sentido, bajo la gravedad del juramento manifestamos que desconocemos los datos de notificación del accionado Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe.

En este sentido, solicitamos al señor Juez constitucional ordene el emplazamiento del Consorcio Gestor Hospitalario del Caribe, de conformidad con lo establecido en los artículos 108 y 293 del Código General del Proceso.

XII.4. La accionante, puede ser notificada en la dirección Calle 40 # 45 - 46 de Barranquilla - Atlántico, al correo electrónico: [gobernador@atlantico.gov.co](mailto:gobernador@atlantico.gov.co)

XII.5. El Suscrito, podrá ser notificado en la Secretaría de su despacho o en la carrera 66 N.º 76 - 38 de Barranquilla - Atlántico, Correo electrónico [gpardo1972@gmail.com](mailto:gpardo1972@gmail.com)

Del señor Juez



**GIOVANNI FRANCISCO PARDO CORTINA**  
C.C. N.º 72.183.682 de Barranquilla- Atlántico  
T.P. N.º 86.065 del C. S. de la J.