

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Veinte (20) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicado	050013333 010 2013 00244 00
Demandante	JUAN FELIPE SPECK MORALES, en calidad de Gerente de la ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA
Demandado	ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA
VINCULADO	ALCALDE MUNICIPAL DE ABRIAQUI - ANTIOQUIA - EN CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA
Medio de control	NULIDAD
Asunto	DECIDE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN

ANTECEDENTES

1. El señor JUAN FELIPE SPECK MORALES, en calidad de Gerente de la ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA demanda en ejercicio del medio de control de NULIDAD, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011 en contra la ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA y a la cual fue vinculado el ALCALDE MUNICIPAL DE ABRIAQUI - ANTIOQUIA - EN CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA. En escrito separado, visible a folios 4 y 5 solicita como medida cautelar, la suspensión provisional del Acuerdo Número 002 de 2012 expedido por la Junta Directiva de la ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA

Fundamenta su solicitud de la siguiente forma:

“...Hechos:

1. Mediante el Decreto Acuerdo No. 002 de 2012 expedido por la Junta directiva de la ESE Hospital Nuevo Horizonte de Abriaquí se le deroga toda disposición institucional que confiera facultades al Gerente de la Entidad para celebrar cualquier tipo de contratos.

2. Se exceptúa la compra de medicamentos y material quirúrgico, combustible y manejo de caja menor.

3. Las normas o atribuciones legales que tiene en cuenta la Junta directiva para expedir este Acuerdo son la Ley 100 de 1993, los decretos 1298 de 1994, 1876 de 1994, decreto Ley 139 de 1996 y los estatutos internos de la ESE.

5. El Decreto Ley 139 de 1996 en ninguna parte de su tenor literal establece que las Juntas Directivas pueda quitar las facultades de contratar a los Gerentes de las ESES,



por el contrario establece la capacidad de contratación del Gerente como nominados y representante Legal de la Entidad. Igual manera sucede en la Ley 100 de 1993.

El Decreto 1298 de 1994 fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia [C-255-95](#) del 7 de junio de 1995. En el numeral 2o. de la parte resolutive de la Sentencia, la Corte expresó: 'Declarase INEXEQUIBLE el Decreto 1298 de junio 22 de 1994 'por el cual se expide el Estatuto Orgánico de Sistema General de Seguridad Social en Salud''

El Decreto 1876 de 1994 al reglamentar los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado, sufre la misma suerte del 1298 que fue derogado.

6. En definitiva, el acto es ilegal porque contraría los preceptos supralegales, al atribuirse atribuciones que no le otorgan la Constitución Nacional y la ley.

Petición

Que, previo traslado a la junta de la ESE Hospital Nuevo Horizonte de Abraqui, y con arreglo a las normas y trámites establecidos en los artículos 152 y 155 del Código Contencioso Administrativo, se sirva decretar la suspensión provisional del (Sic) Acuerdo n 002 de 2012 dictado por la citada entidad.

Fundamentos de la solicitud

Como bien es sabido, los funcionarios públicos solo pueden actuar de acuerdo a las facultades que les de la Ley y las normas, lo que no esté regulado está prohibido.

En este caso los miembros de la Junta directiva de la ESE del Municipio de Abriaqui extralimitaron sus funciones y expidieron un acto que no tiene fundamentación legal alguna. Se basaron en normas inconstitucionales, como El Decreto 1298 de 1994 que fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia [C-255-95](#) del 7 de junio de 1995.

En el tenor literal de la Constitución, la Ley 100 de 1993 y las normas que regulan las ESES no existe autorización alguna para este proceder.

2. Corrido el traslado previsto en el inciso segundo del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011, (Folios 1 del cuaderno de medida cautelar), dentro del término concedido para tal efecto, el ALCALDE MUNICIPAL DE ABRIAQUI - ANTIOQUIA - EN CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA se pronunció manifestando su oposición a que se decrete la medida cautelar.

Señala que la suspensión provisional no tendría efecto alguno ya que el Gerente de la ESE tiene facultades para contratar un sin número de servicios, de acuerdo con los parágrafos 1 y 2 del artículo 1 del Acuerdo Nro. 002 de 2012. Que lo que se restringió fue la facultad para contratar ítems distintos de los que se enumeran en los citados



parágrafos, con el artículo 2. Que para expedir ese acto hubo una discusión interna a nivel de la Junta, según da cuenta el acta 008 de julio 2 de la cual anexa original.

Señala que lo que se ve es la falta de voluntad del Gerente para solicitarle la autorización a la Junta Directiva para los contratos diversos a los enunciados en los parágrafos del artículo 1.

Advierte que contrario a lo sostenido por el Representante Legal de la ESE, el ha podido celebrar contratos los cuales relaciona y que fueron tomados de la Contraloría General de la Nación - Gestión Transparente.

También indica que el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, no ha sido objeto de inexequibilidad, puesto que fue objeto de aclaración por parte del Decreto 1621 de 1995.

Además, no es cierto que con el acto impugnado se esté creando un nuevo estatuto contractual, como lo pretende señalar el actor.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 238 de la Constitución Política atribuye a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competencia para "...suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

Como se ha señalado en varias oportunidades, con fundamento en la ley y en la jurisprudencia, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir en forma manifiesta las normas superiores en que deben fundarse.

Debido a que se trata de una medida cautelar, de naturaleza excepcional y temporal, su finalidad consiste en evitar transitoriamente su aplicación, **y no puede confundirse con los efectos de la sentencia definitiva**. La suspensión provisional constituye entonces, una medida preventiva en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto de la administración.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011 consagra en su artículo 229, la procedencia de medidas cautelares señalando:

"Artículo 229. 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.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.



Parágrafo. **Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.** (Negrilla del Despacho)

Así mismo, el artículo 231 ibídem prevé los requisitos para el decreto de las medidas cautelares, disponiendo:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por **violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.” (Negrillas y subrayas del Despacho)

Sobre el particular, se pronunció recientemente el H. Consejo de Estado, al señalar:

“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: **1°)** la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal – cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** **2°)** Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya **con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.**

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto



administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: **1°)** realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y **2°)** que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

(...)

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis o estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “prima facie”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares-procedencia), conforme al cual: “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.”¹

Se desprende entonces que de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011, para que proceda el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, deberá el juez, realizar un análisis entre los actos acusados y la normatividad que se alega como violada, bien sea en la demanda o en la sustentación misma de la medida; así mismo, deberá estudiar las pruebas allegadas, a fin de verificar la existencia de la trasgresión aludida.

También es importante señalar que de acuerdo con la citada jurisprudencia es claro que la suspensión provisional se puede solicitar en la demanda o por escrito separado. Presentado el ruego de medidas cautelares en el libelo introductor, se abre un

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de septiembre 13 de 2012. Radicado N° 11001-03-28-000-2012-00042-00. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia.



cuaderno aparte para todo el trámite para definir las y que no se requiere que esa pretensión este en memorial diverso al del memorial iniciador.

2. La solicitud de suspensión provisional objeto de análisis, fue presentada en escrito separado de la demanda. Así mismo, dicho acto administrativo fue aportado a la causa.

3. Analizados los anteriores fundamentos de derecho y el material obrante dentro del expediente, encuentra el Despacho que no se puede proceder a decretar la medida solicitada, como pasa a explicarse a continuación:

3.1 Con la información entregada por el Burgomaestre Municipal, es evidente que la entidad ha podido funcionar normalmente, desde \$247.000,00 hasta contratos por \$10.250.000,00, incluso uno reportado por \$3'138.000.00,00, donde se han prestado servicios profesionales, suministro de medicamentos y otros. Esto significa que la parte actora no demostró en que consistía el perjuicio irremediable.

3.2 Si bien es cierto que al expedirse el acto administrativo, se hizo alusión a dos normas, una de ellas que nada tiene que ver con las facultades de las Juntas Directivas, (Decreto 139 de 1996) y la otra fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, (Decreto 1298 de 1994), es verídico que la Ley 100 de 1993 (artículos 194, 195 y 197) y el Decreto 1876 de 1994, (artículo 11) le dan potestades a las Juntas Directivas para establecer procedimientos internos en materia de contratación.

3.3 Es de anotar que el Decreto 1876 de 1994, fue aclarado por el Decreto Nacional 1621 de 1995, en el sentido que el 1876 reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es veraz que esta norma hubiese desaparecido del mundo jurídico.

3.4 El hecho de que se hubieran citado normas jurídicas no aplicables al caso y que al mismo tiempo hay unas que si otorgan facultades, en principio, no generan falsa motivación o desconocimiento del orden jurídico superior. Estos vicios serían aplicables en los casos en que la totalidad de las disposiciones no les diera atribuciones a la Junta Directiva de la ESE para tomar sus decisiones, lo que habrá de analizarse en el proceso.

3.5 El Despacho no ve que con el acto administrativo impugnado establezca un estatuto de contratación, porque no señala cuando opera una contratación directa, una subasta o una licitación pública.

3.6 Lo referente al punto de que este acto administrativo cercena lo indicado por el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, y la remisión al régimen privado, en modo alguno impide que la Junta Directiva establezca algunos requisitos y la obtención de ciertas autorizaciones de orden interno cuando de la celebración de determinados contratos se trate.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN,**



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO
ORAL DE MEDELLÍN
Radicado 2013 -0244
Referencia: NO DECRETA MEDIDA PROVISIONAL
Página 7

RESUELVE

PRIMERO: NO DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACUERDO NÚMERO 002 DE 2012 EXPEDIDO POR LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente auto.

SEGUNDO: RECONOCER PERSONERÍA JURÍDICA AL DOCTOR JUAN CARLOS PINEDA ARAQUE, para que represente los intereses del ALCALDE MUNICIPAL DE ABRIAQUI - ANTIOQUIA - EN CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE HOSPITAL NUEVO HORIZONTE - ABRIAQUI - ANTIOQUIA.

TERCERO: Notifíquese por estados la presente decisión.

NOTIFÍQUESE

DIEGO ALBERTO VÉLEZ GIRALDO
Juez

El auto anterior se notifica en estados
de fecha 21 de mayo de 2013.
Secretaria Judicial:

CATALINA MENESES TEJADA