



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Acción de simple nulidad
Radicación: 54001-23-33-000-2019-00175-01 (67551)
Demandante: Dumian Medical S.A.S.
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Erasmo Meoz

Tema: Se declara la nulidad de una disposición adoptada en un acuerdo de la entidad demandada en la que se establece una inhabilidad para no contratar a quienes tienen deudas con la entidad. Aunque se hace referencia a un proceso de selección particular, la Sala se pronuncia sólo sobre la petición de nulidad impetrada en la demanda.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por Tribunal Administrativo de Norte de Santander que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander era competente para conocer el proceso en primera instancia de acuerdo con el numeral 1 del artículo 152 del CPACA.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 9 de diciembre de 2021¹. Debido a que no hubo pruebas en segunda instancia, no hubo traslado para alegar. El Ministerio Público no presentó concepto.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 19 de diciembre de 2018 la sociedad Dumian Medical S.A.S. (en adelante, <<la demandante>>) presentó demanda de nulidad simple contra la E.S.E. Hospital Universitario Erasmo Meoz (en adelante <<ESE HUEM>> o <<la demandada>>) para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas²:

¹ SAMAI, índice No. 4.

² SAMAI, índice No. 2 – expediente digital.



<<2.1. Que se declare la nulidad del Acuerdo 015 del 14 de julio de 2017 expedido por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, en consecuencia, indicar de forma precisa que las normas concordantes con dicha disposición, no son aplicables en razón de la declaratoria de nulidad del acto acusado.

2.2. Que se decrete la Medida Cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 015 de 2017, de conformidad con los Artículos 229, 230 y 231 de la Ley 1437 de 2011.>>

2.- La demandante basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- La ESE HUEM abrió el proceso de selección de alianza estratégica de iniciativa privada sin riesgo compartido No. SS17-428, para contratar la operación de las unidades de cuidados intensivos de adultos, pediátricas y prenatales.

2.2.- La demandante presentó estudio de factibilidad el 2 de marzo de 2018.

2.3.- A pesar de que la ESE HUEM declaró la viabilidad de su estudio de factibilidad, negó el proyecto presentado porque la demandante tenía una deuda pendiente de pago con la entidad accionada.

2.4.- Esta decisión fue adoptada con sustento en el Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2017 por medio del cual la ESE HUEM modificó su Estatuto de Contratación y el acto que reglamentó la modalidad de selección de alianzas estratégicas de iniciativa privada sin riesgo compartido, así:

<<ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el artículo 27 del Estatuto contractual – Acuerdo No. 008 de 2013, incorporando un párrafo del siguiente tenor:

PARÁGRAFO: Los contratos de alianzas estratégicas podrán adicionarse en monto superior al 50% previsto con antelación, previa autorización del comité de contratación.

ARTÍCULO SEGUNDO : Modificar el artículo 4, numeral 7 del Acuerdo No. 027 de 2014, reglamentario de las Alianzas Estratégicas, incorporando un párrafo del siguiente tenor:

PARÁGRAFO 2: La capacidad financiera del contrato se analiza teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la carencia de obligaciones pecuniarias pendientes con la entidad por cualquier concepto con mora superior a tres (3) meses. En consecuencia, serán rechazados los estudios de factibilidad presentados por quienes tengan deudas con la ESE HUEM.

ARTÍCULO TERCERO: El presente acuerdo rige a partir de su exposición y será publicado en la página web de la entidad, modifica los Acuerdos No. 008 de 2013 y 027 de 2014, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.>>

2.5.- Este acto administrativo no fue publicado en la página web de la ESE HUEM, razón por la cual era ineficaz e inoponible respecto de la demandante y, en ese orden, no podía sustentar la decisión de negar el proyecto presentado en el marco del procedimiento de selección.



2.6.- Además, la demandante consideró que el acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2017 adolecía de nulidad porque:

a.- Los funcionarios que lo proferieron no tenían competencia para crear una causal de inhabilidad para contratar con la ESE HUEM, como era la relativa a no estar al día en el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la entidad. Sobre el particular, destacó que la creación de causales de inhabilidad e incompatibilidad correspondía de manera exclusiva y excluyente al legislador.

b.- Desconocía el principio de igualdad en la medida en que el beneficio que se obtenía con la exigencia introducida en el acto demandado era considerablemente inferior a la afectación de los derechos fundamentales de los proponentes que derivaba de la imposibilidad de celebrar contratos.

B.- Posición de la parte demandada

3.- La ESE HUEM se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso los siguientes argumentos:

3.1.- El proceso de selección de alianza estratégica de iniciativa privada sin riesgo compartido se regía por las normas del derecho privado. Las normas referidas en el acápite de fundamentos de derecho de la demanda no eran aplicables al caso concreto, por resultar ajenas al régimen especial de las Empresas Sociales del Estado.

3.2.- La ESE HUEM expidió su propio manual de contratación y reglamentos para regular sus procedimientos contractuales, los cuales garantizan la salvaguarda de los fines y principios de la función pública y procuran la satisfacción del interés general. En el acto administrativo demandado se incorporó un requisito de paz y salvo al proceso de selección de alianza estratégica de iniciativa privada sin riesgo compartido, con el propósito de asegurar la inversión privada y garantizar la prestación del servicio de salud, pues era evidente que la mora en el pago de obligaciones ponía en tela de juicio la capacidad de inversión y de ejecución de los proponentes.

3.3.- La demandante alega la ineficacia e inoponibilidad del acto demandado pero no controvierte su validez. Sobre lo primero, destaca que el acto fue publicado en la página web de la entidad el 27 de abril de 2018. En relación con lo segundo, advierte que el actor no formuló ningún cargo de nulidad que desvirtuara la presunción de legalidad del acto impugnado.

C.- Sentencia recurrida

4.- En sentencia del 12 de agosto de 2021 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda. En síntesis, consideró que:



4.1.- Estaba demostrado que la entidad demandada publicó el acto administrativo en su página web. Y en cualquier caso, la falta de publicación de los actos administrativos no genera su invalidez, sino su ineficacia e inoponibilidad.

4.2.- La ESE HUEM sí tenía competencia para adoptar su propio Estatuto de Contratación, incluyendo la medida cuestionada por la demandante. Su junta directiva estaba facultada para adoptar modificaciones al Estatuto de Contratación de la entidad y para exigir, como parámetro de evaluación de la capacidad financiera del aliado estratégico, el requisito de no encontrarse en mora superior a tres meses en el pago de las obligaciones adeudadas a la entidad. Este era un requisito válido a la luz de la libertad y autonomía privada establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

D.- Recurso de apelación de la demandante

5.- La demandante solicita revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda. En el escrito de apelación plantea los siguientes argumentos:

5.1.- En relación con la publicación del acto demandado, señaló que la modificación introducida al Estatuto de Contratación se realizó dentro del marco de un proceso de selección en el que presentó propuesta bajo unos criterios de participación y de evaluación definidos. La modificación introducida por la demandada alteró uno de los criterios de evaluación y ello conllevó el rechazo de su propuesta de manera automática.

5.1.1.- La ESE HUEM no podía realizar una modificación sustancial al Estatuto de Contratación que afectara su propuesta sin que mediara su consentimiento y la publicación del acto administrativo. En cualquier caso, aun si se reiterara que la falta de publicación no produce la invalidez del acto, los efectos del mismo no podían hacerse extensivos a la demandante.

5.2.- En lo que respecta a la falta de competencia, reconoce la facultad que la Ley 1438 de 2011 y la Resolución 5185 de 2013 le otorgaban a la Junta Directiva de la ESE HUEM para crear y modificar su Estatuto de Contratación. Pero aclara que el cargo de nulidad propuesto se funda en que la Junta Directa no puede crear causales de inhabilidad como la introducida a través del acto demandado, que impida contratar en los eventos en que un oferente tenga obligaciones pendientes de pago.

II. CONSIDERACIONES

E.- Decisión a adoptar



6.- La Sala advierte que la pretensión que se resuelve corresponde a una acción de simple nulidad, razón por la cual procederá simplemente a realizar un control de legalidad del acto demandado con las disposiciones legales. Así las cosas, revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará la nulidad del artículo segundo del Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2017. Esta decisión se adopta porque la Junta Directiva de la ESE HUEM no tenía competencia para crear una casual de inhabilidad mediante acto administrativo.

7.- El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como lo son las Empresas Sociales del Estado, están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

8.- Tal y como lo señaló la demandante, la creación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad está reservada al legislador. Por lo anterior, las entidades públicas no están facultadas para introducir en el pliego de condiciones ni en sus manuales o estatutos de contratación (en el caso de las entidades que tienen régimen especial) causales de inhabilidad o incompatibilidad que no estén previstas en la ley. Sobre el particular la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

*<<Una serie importante de normas constitucionales establecieron directamente el régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades para determinados servidores públicos o para aquellas personas con las que tengan lazos de familiaridad; otras, por el contrario, confiaron en el legislador, la facultad para el diseño normativo de dichas restricciones, al considerar que se trata de materias que, al no haber sido establecidas por el texto superior, tienen reserva de ley y una vez proferida la norma, se impone su interpretación restrictiva. De manera general, la facultad de configuración normativa atribuida al legislador en materia de inhabilidades e incompatibilidades se funda en los artículos **123 de la Constitución Política**, al prever que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y en el **numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política**, que atribuye al legislador la facultad de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas. Por su parte, como se explicó anteriormente, en lo que concierne a la determinación del régimen de inhabilidades para la celebración de contratos con el Estado, se trata de un asunto que el **último inciso del artículo 150 de la Constitución Política** atribuyó al legislador, dentro de la facultad para expedir el Estatuto de Contratación Estatal. Estas normas, confieren a la ley, un fundamento amplio en lo relativo al establecimiento del régimen de inhabilidades, tanto para el ejercicio de funciones públicas, como para la celebración de contratos.>>³*

9.- La exigencia introducida en el artículo 2 del Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2017 constituye una inhabilidad, en tanto limita la capacidad de contratación

³ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-106 del 31 de octubre de 2018. MP Alejandro Linares Cantillo. Expediente: D-11830.



de los oferentes que no están al día en el pago de sus obligaciones con la ESE HUEM.

10.- En el anterior orden de ideas, como quiera que la Junta Directiva de la ESE HUEM no estaba facultada para crear una causal de inhabilidad, la Sala declarará la nulidad del artículo segundo del Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2017.

F.- Condena en costas en segunda instancia

11.- De conformidad con el artículo 188 del CPACA la Sala se abstendrá de condenar en costas porque en este caso se ventiló un interés público.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLÁRASE** la nulidad del artículo segundo del Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2017 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado