CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., tres (03) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación:	**68001233300020140071601 (60.576)**
Actor:	**UNIÓN TEMPORAL DE LA ASOCIACIÓN DE LOS TRABAJADORES SINDICALIZADOS DE JAHSALUD IPS SANTANDER**
Demandado:	**E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER**
Referencia:	**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Ley 1437 de 2011)**

Temas: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA E.S.E / derecho privado – CONTRATO SINDICAL / se determina por el criterio orgánico – COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO / la clasificación por especialidad no la despoja de su naturaleza de CTA – no se cumplieron los requisitos de orden jurídico

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 4 de agosto de 2017, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la actora.

I. A N T E C E D E N T E S

1. Síntesis de la controversia

La presente controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad del acto de declaratoria de desierta de la Licitación No. 001 de 2014, adelantada por la E.S.E. Hospital Universitario de Santander, por cuanto la unión temporal demandante consideró que su propuesta no debió ser inhabilitada con base en la supuesta falta de cumplimiento de requisitos de orden jurídico y financiero. Frente a los primeros

alegó que nada impedía que una cooperativa especializada, como aquella integrante de dicha unión, pudiera participar en el procedimiento de selección y suscribir un contrato sindical y, en relación con los segundos, afirmó que en la evaluación financiera se cambiaron las reglas previstas en el pliego para valorar el capital de trabajo de los integrantes de la unión temporal.

v

2. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 20 de agosto de 2014 por la Cooperativa Jahsalud IPS. Operador Hospitalario y el Sindicato Gremial de Servicios Asistenciales y Complementarios, en calidad de miembros de la unión temporal de la asociación de los trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra la E.S.E. Hospital Universitario de Santander, con el fin de que: i) se declarara la nulidad de la Resolución 0040 de 12 de febrero de 2014, por la cual la E.S.E. Hospital Universitario de Santander declaró desierta la Licitación 001 de 2014; ii) a título de restablecimiento del derecho, por haber desconocido el derecho de la unión temporal demandante a ser adjudicataria de la licitación, se condenara a la demandada a pagar la suma de $1.700'528.779 en su favor, por concepto de utilidades que habrían dejado de percibir por lo no adjudicación del contrato producto de la licitación; iii) la suma de $4'851.538, correspondiente al valor de la póliza de seriedad de la oferta.

2. Los hechos

En el escrito de demanda y de reforma, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos relevantes:

2.1. Que, mediante Resolución No. 004 del 13 de enero de 2014, la E.S.E Hospital Universitario de Santander ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 001 de 2014, cuyo objeto consistió en "*la ejecución colectiva laboral de las actividades misionales de atención en salud en las áreas de medicina general, asistencia general y asesoría de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Santander*". El presupuesto oficial se fijó en la suma de $27.882'403.045.

2.2. Que en el procedimiento de selección participaron dos proponentes, a saber: i) la unión temporal de la asociación de los trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander y ii) Darsalud AT.

2.3. Que en la etapa de evaluación se evidenció la ocurrencia de irregularidades que se concretaron en:

- La valoración de la capacidad financiera de la unión temporal demandante, en razón de que, según afirmó, se alteraron las reglas previstas inicialmente en el pliego de condiciones, en las que no se contempló que los estados financieros se calcularían de manera ponderada o fraccionada, de acuerdo con el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes, sino que se permitía que se cumpliera con el capital de trabajo con uno solo de ellos.

- La apreciación de la capacidad jurídica de la unión temporal demandante fue violatoria del principio de transparencia, habida consideración de que al no permitir que se realizara la contratación a través de las cooperativas especializadas se restringió la participación solamente a sindicatos, como aquel que al cabo continuó prestando el servicio.

- El contratista que venía ejecutando el contrato de la vigencia anterior, Darsalud AT, igualmente presentó propuesta en esta licitación, pero fue descalificado, toda vez que no obtuvo la póliza de seriedad de la oferta, cuestión que lo benefició, pues el anterior contrato le fue prorrogado y continuó así con su ejecución.

2.4. Mediante Resolución No. 040 del 12 de febrero de 2014, la entidad declaró desierta la Licitación No.001, con fundamento en el informe de evaluación de las propuestas.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló que la resolución acusada desconoció el artículo 29 de la Constitución Política, por haber transgredido el debido proceso.

Agregó que su expedición fue falsamente motivada, debido a que la valoración fáctica realizada por el Hospital para declarar desierta la licitación no se ajustaba a la realidad, lo que lleva a la ausencia de motivos verdaderos para proferir esa decisión.

4. Actuación procesal

4.1. Por auto de 27 de agosto de 2014, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

4.2. En providencia de 9 de septiembre de 2014 se admitió la reforma de la demanda y se ordenó su notificación a la parte demandada y al Ministerio Público.

4.3. Contestación de la demanda

La E.S.E Hospital Universitario de Santander contestó la demanda dentro de la oportunidad legal.

Se opuso a las pretensiones formuladas, negó algunos hechos y aceptó otros como ciertos, con las aclaraciones respectivas.

Como argumento de la contradicción replicó que el acto impugnado no fue falsamente motivado. En ese sentido explicó que la resolución que declaró desierta la licitación fue producto de un procedimiento de selección, cuyas etapas fueron plenamente conocidas por los proponentes, quienes fueron informados acerca del contenido de la evaluación que condujo a la expedición de esa decisión.

Sobre la valoración de la capacidad financiera, adujo que no era cierto que con el 100% del capital de trabajo de uno de los miembros de la unión temporal se cumplía con la capacidad exigida, habida cuenta de que su participación fue condicionada a un porcentaje respecto de cada uno de los integrantes.

Agregó que, aun de aceptar que la capacidad de trabajo requerida pudiera cumplirse con el 100% de uno de sus miembros, en el caso de la unión temporal

demandada tampoco resultaba posible habilitar su propuesta, dado que el miembro que la acreditaba era la cooperativa de trabajo asociado Jahsalud IPS Operador Hospitalario, la que por ministerio de la Ley 1429 de 2010 no ostentaba la condición jurídica para suscribir el contrato sindical que emanaba del proceso licitatorio.

Adicionalmente, formuló las excepciones que denominó: "*cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales en el marco de la licitación pública No. 001 de 2014*" y "*culpa exclusiva del proponente*".

4.4. Audiencia Inicial

El 20 de octubre de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento. En esa oportunidad no se inadvirtió la existencia de causal de nulidad que viciara lo actuado y así quedó expresamente convalidado por los intervinientes.

Se puso de presente la ausencia de formulación de excepciones previas por resolver, pues la formulada por la demandada apuntaba a atacar el fondo del asunto.

Luego se fijó el litigio, circunscrito a establecer si había lugar a declarar la nulidad de la resolución No. 040 del 12 de febrero de 2014, mediante la cual la E.S.E Hospital Universitario de Santander declaró desierta la Licitación 001 de 2014, para lo cual debía analizarse si el acto adolecía de falsa motivación o vulneró el debido proceso.

Por último, la Sala Unitaria se pronunció frente al valor de los elementos de prueba aportados al plenario y decretó las pruebas documentales, testimoniales y periciales solicitadas por las partes.

4.5. Audiencia de pruebas

El 25 de abril de 2016[1] se adelantó la audiencia de pruebas, en desarrollo de la cual se incorporaron a la actuación los documentos recibidos como consecuencia de los oficios librados, se recibieron declaraciones testimoniales y el interrogatorio de parte del representante legal de Jahsalud IPS y se allegó el dictamen pericial decretado, para lo cual se oyó a los peritos que lo rindieron, quienes realizaron algunas precisiones sobre su contenido y respondieron las preguntas realizadas por las partes.

4.6. Alegatos de conclusión

Al finalizar la audiencia de pruebas, el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido, las partes presentaron sus respectivos escritos de alegaciones, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

El Ministerio Público guardó silencio.

4.7. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda.

Después de precisar que el régimen jurídico que informó el procedimiento de licitación adelantado por la E.S.E Hospital Universitario de Santander era el del derecho privado y de referirse a algunas disposiciones consignadas en el manual de contratación de esa entidad, realizó un repaso de lo probado en el proceso.

Al cabo del anterior resumen, el *a quo* concluyó que el acto impugnado no adolecía de falsa motivación, ya que en su contenido se hizo un recuento del proceso licitatorio adelantado por parte de la E.S.E Hospital Universitario de Santander, en el que se determinó que la propuesta de la unión temporal demandante fue rechazada por no cumplir con los criterios jurídicos y financieros de habilitación,

[1] Fls. 35-366 C1.

de acuerdo con la evaluación financiera que fue realizada según lo determinado en el pliego de condiciones. Por lo anterior, estimó que era innecesario volver a consignar en la resolución enjuiciada los argumentos expuestos en la evaluación con base en los cuales se adoptó la decisión de declaratoria de desierta.

Sumó a lo dicho que en la resolución demandada se establecieron las razones por las cuales se rechazaron las propuestas presentadas y no se hallaba acreditada la vulneración al debido proceso, en razón de que las actuaciones adelantadas se ajustaron a la normativa aplicable al caso, al manual de contratación y al pliego de condiciones.

Consideró ajustado el rechazo de la propuesta de la unión temporal demandante en la medida en que en los pliegos se determinó que, con apoyo en lo dispuesto en el Decreto 1429 de 2010, el tipo de contrato a celebrar era de naturaleza sindical, lo cual no se cumplía respecto de su propuesta, dado que uno de sus integrantes, cuya participación era del 85%, era una cooperativa de trabajo asociado que no reunía los requisitos de orden jurídico.

Finalmente, en relación con la falta de capacidad financiera, evidenció que esa conclusión se derivó directamente de la falta de capacidad jurídica, por no cumplir con esta, además de que, la suma de los porcentajes exigidos por cada uno de sus miembros para acreditar el capital de trabajo no se alcanzaba a satisfacer.

4.8. El recurso de apelación

La parte demandante presentó oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como sustento de su inconformidad expuso que en los pliegos de condiciones no existió claridad frente a la restricción según la cual solo podían participar sindicatos o asociaciones sindicales, ya que, de su lectura solo podría desprenderse que se enfatizó la participación de aquellos, sin que se excluyera a cualquier otro tipo de asociaciones.

Agregó que no se tuvo en cuenta que en la oferta presentada por la unión temporal demandante se estableció que el sindicato participaría activamente en la prestación del servicio, dentro de los parámetros establecidos en el contrato a celebrar.

Adujo que la norma que regula el contrato sindical no restringe la participación de las cooperativas para hacer parte de esa figura asociativa y reiteró que el pliego quedó abierto a la intervención de cualquier otro tipo de agrupación.

Señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1429 de 2010, el contrato sindical puede darse entre sindicatos, pero no se establece que debe celebrarse únicamente entre sindicatos, lo cual quiere decir que en su celebración puede concurrir un sindicato y otra clase de grupo.

Alegó que la prohibición legal de contratar con cooperativas hacía referencia a las cooperativas de trabajo no asociado, limitación que no aplicaba a la cooperativa miembro de la unión temporal demandante, por cuanto su naturaleza se identificaba con la de cooperativa IPS especializada en salud, por lo que la entidad no podía crear una inhabilidad que no estaba contemplada en la ley.

Consideró absurdo que se permitiera la participación de uniones temporales o consorcios integrados por sindicatos solamente, por cuanto no era posible acreditar a través de esa agrupación un capital de trabajo de 1.000 millones de pesos.

Advirtió que la verdadera razón que condujo al Hospital a descalificar su propuesta estribó en dar continuidad al contrato que se venía ejecutando con Darsalud AT, proponente que, al presentar oferta en el mismo procedimiento de selección, no pudo obtener la póliza de seriedad, por lo que debió a toda costa declarar desierta la licitación.

En cuanto a la apreciación de la capacidad financiera, indicó que el comité evaluador adicionó un criterio que no estaba incluido en el pliego de condiciones y que consistió en que la ponderación del capital de trabajo debía hacerse de acuerdo con el porcentaje de participación de los integrantes de la unión temporal y el consorcio. Adujo que tal exigencia resultaba injustificada, en tanto bastaba

con que uno solo de los miembros de la unión temporal acreditara el requisito para respaldar su liquidez.

De otro lado, manifestó que, según las pruebas testimoniales recaudadas en el proceso, se acreditó que la unión temporal demandante cumplió con los requisitos técnicos y de experiencia exigidos en el pliego, lo que llevaba a que su propuesta debiera resultar favorecida con la adjudicación.

Con base en lo todo lo plasmado insistió en que el acto demandado adolecía de falsa motivación, por no contener argumentos jurídicos y fácticos acordes con la realidad.

Por último, expresó su inconformidad frente a la condena en costas, en tanto consideró que el demandante no actuó de mala fe o con deslealtad procesal y, por el contrario, se discutía la vulneración de la moralidad administrativa que se trasgredió en el procedimiento de selección que finalizó con el acto acusado.

5. Actuación en segunda instancia

5.1. Mediante providencia del 22 de enero de 2018, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

5.2. Por medio de auto del 18 de abril de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

En el término otorgado, los sujetos procesales presentaron su escrito de alegaciones, en el cual, en esencia, reiteraron los argumentos que soportaron la causa y la contradicción.

El Ministerio Público conceptuó que la sentencia merecía ser confirmada, en tanto no se demostró causal de nulidad que invalidara el acto que declaró desierta la licitación y, de otro lado, pidió revocar la condena en costas proferida en contra de la parte actora, por no existir pruebas que demostraran que en el desarrollo del proceso se causaron gastos propios del trámite.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **3)** legitimación en la causa: **3.1)** la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante; **4)** régimen jurídico de la actividad contractual de las Empresas Sociales del Estado; **5)** análisis del recurso de apelación: **5.1)** requisitos habilitantes de orden jurídico; **5.1.1)** las reglas sobre la participación de oferentes en la Licitación No. 001 de 2014; **5.1.2)** los sujetos llamados a celebrar el contrato sindical; **5.1.3)** la inviabilidad de celebrar el contrato sindical con una cooperativa de trabajo asociado; **5.2)** requisitos habilitantes de carácter financiero: **5.2.1)** la valoración del capital de trabajo ofrecido por la unión temporal demandante y **6)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

Se tiene presente que el artículo 104[2] de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer, "*además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, (...) en los que estén involucradas las entidades públicas*".

---

[2] *"Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*
"Igualmente conocerá de los siguientes procesos:
"(...)
"2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado".

El acto administrativo de declaratoria de desierta de la Licitación No. 001 de 2014, fue proferido por la E.S.E Hospital Universitario de Santander que concurre como demandado en la presente causa.

Así las cosas, al ser la parte demandada, la E.S.E Hospital Universitario de Santander[3], una entidad pública, con sujeción a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 104 del C.P.A.C.A., en concordancia con la Ley 100 de 1993, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor[4] resulta superior al monto equivalente a 300 salarios mínimos legales vigentes[5] a la fecha de presentación de la demanda[6], se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Se somete a consideración de la Sala la nulidad del acto administrativo de declaratoria de desierta de la Licitación No. 001 de 2014, pretendida por un proponente afectado con dicha decisión y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, aspectos que corresponde ventilar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado, al tenor de los dictados del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 que orientan a que: "*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho*".

---

[3]En este punto cabe recordar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, la prestación de los servicios de salud por parte de la Nación o por las entidades territoriales se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, las cuales 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, según el caso.

[4] $1.700'528.779 folio 4 del cuaderno 4.

[5] $616.000. con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2014 ($616.000 X 300 = $184'800.000).

[6] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 *"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".*

A su turno, el literal c) del numeral 2) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispuso los siguientes términos para presentar la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, *"so pena de que opere la caducidad"*:

> *"c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso".*

La presente demanda se entabló con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 0040 del 12 de febrero de 2014, por la cual la E.S.E. Hospital Universitario de Santander declaró desierta la Licitación No. 001 de 2014. Esta última fue publicada a través de su portal oficial de contratación el 12 de febrero de 2014[7].

Habida consideración de que la Resolución en comento se profirió en vigencia de la Ley 1437 de 2011[8], el respectivo término de caducidad para su impugnación en sede judicial debe computarse con arreglo a lo dispuesto en la norma que se deja transcrita.

Así, dado que la publicación del acto enjuiciado se produjo el 12 de febrero de 2014, la fecha inicial del conteo se ubica al día siguiente, esto es, el 13 de febrero de 2014, por lo que los cuatro meses de caducidad se habrían de cumplir el 13 de junio 2014.

En este punto es imperativo señalar que el 12 de junio de 2014, faltando dos días, inclusive, para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial II 16 para Asuntos Administrativos, trámite que culminó el 19 de agosto de 2014[9], tras expedirse la constancia en la cual daba cuenta de que la audiencia se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio[10]. A partir del día siguiente se reanudó el cómputo de los dos días

---

[7] Folio 1214 del cuaderno 1.
[8] El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entró a regir el 2 de julio de 2012.
[9] Folio 158 del cuaderno 4.
[10] A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la

restantes para completar los cuatro meses, los cuales vencían el 21 de agosto de 2014.

Finalmente, la demanda se interpuso el 20 de agosto de 2014, esto es, dentro del término legalmente establecido.

3.- Legitimación en la causa

3.1. Por activa

Le asiste legitimación en la causa por activa a la Cooperativa Jahsalud IPS Operador Hospitalario y Sindicato Gremial de Servicios Asistenciales y Complementarios, miembros de la unión temporal de la asociación de los trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander, para integrar el extremo demandante, por cuanto, luego de participar en la Licitación 001 de 2014, vio truncadas sus expectativas de resultar favorecida con la escogencia, por cuenta de la resolución de declaratoria de desierta que se acusa.

3.2. Por pasiva

Igualmente, halla la Sala legitimada en la causa por pasiva a la E.S.E Hospital Universitario de Santander, en consideración a que, en su calidad de entidad pre-contratante dentro de la Licitación 001 de 2014, fue la que expidió el acto impugnado.

---

solicitud de conciliación extrajudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:
"Artículo 3°. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:
"a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o
"b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o
"c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.
"En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.
"La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.
"Parágrafo único. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción".

4.- Régimen jurídico de la actividad contractual de las Empresas Sociales del Estado

Aun cuando, en atención a su naturaleza de Empresa Social del Estado, el Hospital Universitario de Santander participa del carácter de entidad pública, no por ello a su actividad contractual o pre negocial le resulta aplicable el Estatuto de Contratación de la Administración contenido en la Ley 80 de 1993, por cuanto, en virtud de lo establecido por el mismo legislador, se encuentra excluida de la cobertura de aquella preceptiva legal.

En efecto, de conformidad con la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud se consagró en los siguientes términos:

> *"**ARTICULO. 195.- Régimen jurídico**. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*
>
> *"(...)*
>
> *"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".*

Con sujeción a la norma legal en referencia, la actividad precontractual y contractual de la E.S.E. Hospital Universitario de Santander se habría de regir por el derecho privado.

Sin perjuicio de lo señalado, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política y el ya citado artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en el caso específico de los contratos de las Empresas Sociales del Estado la contratación debe tener siempre en cuenta que la salud constituye un servicio público y que el objeto social de la "*ESE*" como empresa estatal contratante lo constituye "*la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social*"[11].

---

[11] En sentencia C-655 de 2000, la Corte Constitucional definió la exequibilidad de la creación legal de las Empresas Sociales del Estado realizada en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y se pronunció, así: *"En los términos del artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; al cual corresponde organizarlos, dirigirlos y reglamentarlos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y*

Por ello, cabe recordar que siempre que esté de por medio la contratación pública, con independencia del régimen normativo de aplicación imperante a la actividad negocial, la entidad pública no se encuentra relevada de observar y acatar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política[12], tal cual lo dispuso expresamente la Ley 1150 de 2007[13].

Siguiendo esa dirección, la entidad pública debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

---

solidaridad. Igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley".

[12] Constitución Política de Colombia. Artículo 209. *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*
"Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

[13] *"ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las 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 e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal".*
Así lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación en el caso específico de las Empresas Sociales del Estado al sostener que:
"En conclusión, todo esto significa que ni antes ni después del 2007 las Empresas Sociales del Estado podían inaplicar el artículo 209 de la Constitución Política, porque está inescindiblemente relacionado con la moralidad, la continuidad, la prestación efectiva de los servicios públicos y la garantía de los derechos ciudadanos.
"(...).
"El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
"El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen claridad absoluta –propia del positivismo jurídico- sobre la mezcla de ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C - Sección Tercera del, 8 de abril de 2014, expediente: 25.801, C.P. Enrique Gil Botero).

5.- Análisis del recurso de apelación

Los argumentos de la apelación formulada por la parte actora se sintetizan en que el acto enjuiciado incurrió en falsa motivación, por las siguientes razones:

- Frente a la valoración de la capacidad jurídica, alegó que en las reglas del pliego de condiciones no se establecía que solo fueran elegibles las uniones temporales o consorcios compuestos por sindicatos y tampoco se excluía la posibilidad de que participara cualquier otra forma asociativa, entre ellas las cooperativas especializadas.

  Consideró que se transgredió el principio de transparencia y las reglas del pliego, al determinar que la unión temporal demandante no cumplió los requisitos jurídicos habilitantes para participar en la licitación, puesto que tal decisión en realidad obedeció a la intención de favorecer al otro proponente, Darsalud AT, para dar continuidad a un contrato que ya venía ejecutando con el Hospital.

- En cuanto a la apreciación de la capacidad financiera indicó que el comité evaluador adicionó un criterio que no estaba incluido en el pliego de condiciones y que consistió en que la ponderación debía hacerse de acuerdo con el porcentaje de participación de los integrantes de la unión temporal y el consorcio. Adujo que tal exigencia resultaba injustificada, pues bastaba con que uno solo de los miembros de la unión temporal acreditara el requisito para respaldar la liquidez.

5.1. Los hechos probados

Previo a pronunciarse sobre los argumentos de la apelación, la Sala se referirá a los hechos que, en el marco general del procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala, se encuentran probados:

El 13 de enero de 2014 la E.S.E. Hospital Universitario de Santander publicó la Resolución de apertura de la licitación No. 001 de 2014, con el objeto de contratar la ejecución colectiva laboral de las actividades misionales de atención en salud

en las áreas de medicina general, asistencial general y enfermería en la empresa social del Estado Hospital Universitario de Santander[14].

En el procedimiento de selección adelantado por la E.S.E. presentaron propuesta: i) la unión temporal asociación de trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander[15], conformada por la Cooperativa Jahsalud IPS Operador Hospitalario y por el Sindicato Gremial de Servicios Asistenciales y Complementarios – Sindisalud y ii) la asociación de trabajadores Darsalud AT.

El 4 de febrero de 2014, el comité evaluador presentó informe, en el cual consideró que la propuesta de la unión temporal asociación de trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander no cumplía con los requisitos habilitantes de orden jurídico y financiero, mientras que la asociación de trabajadores Darsalud AT incurrió en una causal de rechazo, consistente en no haber allegado la póliza de seriedad de la propuesta[16].

De conformidad con el numeral 4.9 del pliego de condiciones de la Licitación No. 001 de 2014, la procedencia de la declaratoria de desierta quedó concebida en los siguientes términos[17] (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"Durante el término previsto para la adjudicación del contrato, el Hospital podrá mediante acto administrativo declarar desierta la presente convocatoria, cuando existan motivos o causas que impidan la escogencia objetiva de la propuesta más favorable, acto en el cual se señalaran en forma expresa y detallada, las razones que han conducido a esa decisión".*

Mediante Resolución No. 040 del 12 de febrero de 2014, la E.S.E. Hospital Universitario de Santander declaró desierta la Licitación Pública No. 001 de 2014, argumentando, esencialmente[18](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

---

[14] Folio 1.210 del cuaderno 1.
[15] Folios 24 a 32 del cuaderno 4
[16] Folios 39 a 42 del cuaderno 4.
[17] Folios 108 a 150 del cuaderno 4.
[18] Folios 15 a 17 del cuaderno 4.

> *"Que las propuestas fueron evaluadas de acuerdo a los criterios contenidos en el pliego de condiciones encontrando que la propuesta presentada por DARSALUD AT fue rechazada por incurrir en la causal de rechazo literal n: 'la no presentación de la garantía de seriedad en forma simultánea con la oferta de conformidad con lo establecido en el presente pliego'".*

Así pues, atendiendo al panorama fáctico que se deja plasmado, procede la Sala a resolver los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

5.2. Requisitos habilitantes de orden jurídico

5.2.1. La reglas sobre la participación de oferentes en la Licitación No. 001 de 2014

Al respecto, la Sala evidencia que la previsión del pliego de condiciones que rigió la Licitación No.001 de 2014 que, según el demandante, daba lugar a entender que podían presentar propuestas uniones temporales o consorcios, sin discriminar cualquier otra forma asociativa que pretendiera formular una oferta, es la contenida dentro de los requisitos habilitantes y de participación en la que se estableció[19] (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"En la presente licitación podrán participar los sindicatos o asociaciones de trabajadores consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, que cumpliendo con los requisitos de estos pliegos, no se encuentren incursas en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad especialmente por las establecidas en la Constitución Policita y las que trata el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes.*
>
> *"2.1. REQUISITOS DE ORDEN LEGAL*
>
> *Tener capacidad jurídica para ofrecer y ejecutar las obligaciones previstas en el contrato a celebrarse conforme a su naturaleza jurídica y a la regulación legal y estatutaria. Así, los sindicatos o asociaciones de trabajadores oferentes deberán estar conformados por la rama y actividad económica exclusiva que permita la eficaz ejecución del objeto contractual dentro del marco de la ley; su objeto social deberá comprender las actividades asistenciales de la salud para la ejecución de los perfiles contenidos en el objeto de la presente convocatoria.*

[19] Folio 120 del cuaderno 4.

"(...).

"2.1.1. CONSORCIOS y UNIONES TEMPORALES

"La E.S.E Hospital Universitario de Santander aceptará que la oferta sea presentada por dos o más personas jurídicas, que acrediten poseer las calidades enunciados en los numerales anteriores de forma individual y todos los requisitos contenidos en este pliego de condiciones; y quienes en forma conjunta deben informar si su participación es a título de consorcio o unión temporal, asa como expresar el porcentaje de participación que tiene cada una de sus integrantes".

De su lectura, la Sala estima que, en principio, la forma en que fueron concebidas las citadas cláusulas en la Licitación No. 001 de 2014 admitía la interpretación con arreglo a la cual se permitía la participación de uniones temporales o consorcios conformados por distintas formas asociativas, entre ellas los sindicatos o asociaciones de trabajadores, sin que de entrada se evidenciara una restricción frente al tipo de persona jurídica que pudiera aspirar a integrarlos

Con todo, claro es que su alcance no puede interpretarse de manera aislada en relación con el conjunto de anexos y documentos que se incorporaron a las reglas del procedimiento de selección y que de forma vinculante resultan aplicables.

Así se deriva igualmente de lo prescrito en el manual de contratación de la E.S.E. Hospital Universitario de Santander, instrumentado en el Acuerdo No. 016 de 2012, en el cual se estableció que[20] (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"ARTICULO 9. CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con LA E.S.E. HUS las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con la E.S.E los consorcios o uniones temporales, definidos en el ordenamiento jurídico aplicable de conformidad con las reglas que se establezcan en los documentos precontractuales" (destaca la Sala).

[20] Folios 72 a 106 del cuaderno 4.

Al respecto, no puede perderse de vista que en los estudios previos en los que se fundamentó la necesidad de la contratación se estableció que el contrato a celebrar como producto de la presente licitación era el contrato sindical. Así se consignó[21] (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"3.1. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO A CELEBRAR*
> *"El contrato a celebrar como resultado del presente proceso será el sindical o el colectivo laboral. Teniendo en cuenta el análisis que a continuación se haga".*

El anterior documento fue publicado en la página oficial de la entidad junto con el proyecto de pliegos de condiciones y su carácter vinculante se desprende de la incorporación que del mismo se hizo en la minuta del contrato –*anexa al pliego*- por cuenta de su cláusula vigésima cuarta[22].

Dentro del razonamiento expuesto para fundamentar la escogencia de esa figura negocial, en los estudios previos se consignó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"Según el Decreto Reglamentario 1429 de 28 de abril de 2010, art. 1 'El contrato sindical como un acuerdo de voluntades, es de naturaleza colectivo laboral (...)'.*
>
> *"En el artículo 482 del C.S.T. se afirma en la parte final que la duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual del trabajo'.*
>
> *"Por tanto se colige que la naturaleza jurídica del contrato sindical es de estirpe laboral de la modalidad colectiva. Por su parte el Decreto 1429 de 2010 establece en su artículo 2 que cuando un empleador o sindicato de empleadores requiera contratar la prestación de servicios o la ejecución de obras, evaluará en primera instancia la posibilidad de celebrar contrato sindical.*
>
> *En la sentencia T-457/11 la Corte Constitucional ha señalado:*
>
> *'Como está regulado el contrato colectivo sindical en nuestro país, se busca promover el derecho a la negociación colectiva, a la promoción del derecho de asociación sindical y a generar múltiples empleos más dignos para los afiliados, en procura de dar una dinámica a la actividad sindical. Así mismo,*

[21] Folios 1282 a 1298 del cuaderno 1.
[22] Folios 113 y 149 del cuaderno 4.

busca mitigar el fenómeno de la tercerización reinante en Colombia, evitando de tal forma la deslaboralización de la relación de trabajo o que el empleador acuda a otras formas de contratación como cooperativas, outsourcing o contratos de prestación de servicios, para solucionar determinadas necesidades del servicio. Entonces, podemos afirmar que dicho contrato que se encuentra en pleno auge, marca una pauta de transición hacia una contratación directa de los trabajadores por las empresas, y más aún, propende por garantizar a los afiliados partícipes las mínimas condiciones en materia de seguridad social.

'En este orden de ideas, se colige que el contrato colectivo sindical es de estirpe laboral de la modalidad colectivo. Dicho contrato pretende dar una dinámica amplia a la actividad sindical, mediante la promoción del derecho de asociación y la creación de empleos dignos para los afiliados partícipes, a quienes se les garantizan los diferentes componentes en materia salarial y de seguridad social integral'.

"De todo lo anterior se puede concluir que de acuerdo a las directrices impartidas desde el Ministerio de Trabajo y Salud a las Entidades Públicas del Sector Salud, la alternativa que mejor se ajusta a las necesidades de la ESE HUS y respecta el concepto de trabajo que plantea la comunicación 0448, es el Contrato Colectivo Laboral o Contrato Sindical".

Al analizar las disposiciones que elevaron a estirpe constitucional el contrato colectivo, específicamente los artículos 333 y 39 de la Carta Política, se refirió a este último en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Este último inciso es la manifestación concreta de la autonomía y libertad de asociación, en desarrollo del Convenio 87 del 1948 de la Organización internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 26 de 1976, cuyos derechos han sido reconocidos por la Honorable Corte Constitucional, verbi gratia sentencia 468 de 2008.

"Vía bloque de constitucionalidad se promueve el ejercicio de las actividades de las organizaciones sindicales".

Así mismo, al hacer un recuento de la legislación reglamentaria y de la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado del reflexionar acerca del contrato sindical, el hospital expresó en los estudios previos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"En sus albores el Contrato sindical o colectivo laboral fue regulado por el Decreto 2350 de 1994, artículo 21 a 12, conservando su redacción igual a la de los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo. Posteriormente, (...) se le dio relevancia a la figura toda vez que se convirtió

en una alternativa de generación de empleo para los trabajadores afiliados al sindicato con el ánimo de mejorar los ingresos y bienestar social, amén de crear confianza y relaciones a largo plazo entre empresarios y organizaciones de trabajadores, lo que incidiría necesariamente en la sostenibilidad de las relaciones económica y laborales, fue así como se expidió el decreto 657 de 2006.

"No obstante el avance logrado con el Decreto 657 donde se incrementaron ostensiblemente los contratos sindicales habida cuenta de las experiencias exitosas en sectores tales como eléctrico, salud confecciones, agroindustrial, era insuficiente la reglamentación, ya que de cierta manera se tornaba poco competitivo frente a otras figuras de las contratación, pues no se había definido de manera precisa y concreta la naturaleza jurídica del contrato; situación que se ha resuelto de manera completa con la expedición del decreto 1429 de 2010 que claramente define a este contrato como solemne, nominado y principal y sobre el cual se ha pronunciado la Corte Constitucional precisando que en este tipo de contratos no aparece prescrita la solidaridad laboral que si existe en el contrato individual de trabajo, por cuanto la naturaleza jurídica de los sindicatos o asociaciones de trabajadores difiere de los contratistas independientes, al igual que el vínculo jurídico de los trabajadores con aquellos y con este (sentencia T-303 de 2011 y T-457 de 2011).

"La función económica o finalidad del Contrato Sindical es la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato y se rige por las normas y principios del derecho Colectivo del Trabajo.

"Los objetivos del Contrato Sindical se pueden sintetizar así:
"promoción del bienestar social.
"participación activa de los afiliados en el desarrollo y sostenibilidad de las empresas.

"Promoción del trabajo colectivo o grupal, motivando la contratación colectiva.
"Crear confianza y transparencia en las relaciones de las instituciones contratantes con los filiados participes ejecutores del contrato colectivo.
"Ser aliados en la productividad y la calidad de los contratantes.

"Es justo precisar que para esta contratación en acatamiento a lo establecido por el Gobierno nacional y partiendo de la premisas legales existentes, la E.S.E HUS NO realizará contratación a través de Cooperativas y/o Pre-cooperativas de Trabajo Asociado de acuerdo a lo señalado en la Ley 429 de 2010 (soportada legalmente en la ley 1450 de 2011, por medio de al cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo "2010-2014: Prosperidad para Todos" en donde se acelera a entrada en vigencia el artículo 63 de la referida ley.

"Aunado a lo anterior por aplicación taxativa del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 y en consonancia al alcance de esta modalidad de contratación NO se recibirá para la ejecución de este contrato la presentación de ofertas por parte de Empresas de Servicios Temporales. Con base en los numerales del referido artículo solo permite que sea viable la contratación con estas empresas en los casos taxativos en la referida norma, siendo evidente la imposibilidad que tienen de ejecutar el eventual contrato objeto de este estudio.

"Deviene de lo anterior que el logro obtenido por la clase trabajadora colombiana reconocido por la legislación vigente prohíbe cualquier forma de intermediación laboral, lo cual se ratifica una vez más en lo contenido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, norma según la cual "el personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrolla de las actividades misionales permanentes no podrán estar vinculado a través de Cooperativas de Servicios de Trabajo Asociada que hagan intermediación laboral o bajo ningún otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes".

Así pues, resulta claro que dentro de su motivación el hospital argumentó que el contrato a celebrar a través de la presente licitación sería el contrato sindical, propósito para el cual identificó su naturaleza, las normas que lo regulaban, el régimen jurídico que le resultaba aplicable, así como las disposiciones que imponían su preferencia sobre cualquier otra figura contractual[23].

Igualmente, se indicaron con claridad las razones de orden jurídico que llevaron a la E.S.E Hospital Universitario de Santander a optar por esa modalidad negocial colectiva y que estribaron, principalmente, en evitar la implementación de otros

---

[23] DECRETO 1429 DE 2010. "*Artículo 2°. Cuando un empleador o sindicato de empleadores requiera contratar la prestación de servicios o la ejecución de obras, evaluará en primera instancia la posibilidad de celebrar contrato sindical*".
Sobre el alcance de esta previsión normativa, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos. "*La obligación del empleador de acudir en primera instancia, a esta clase de contratación busca mitigar fenómenos de tercerización laboral. Si bien el empleador deberá acudir en primera instancia ante la necesidad de contratar un servicio o una obra, a la posibilidad de celebrar un contrato sindical, ello no coarta su libertad contractual, pues con ello, tal como se señaló, se busca la realización de los fines colectivos, propendiendo mitigar fenómenos de tercerización laboral. Acorde con lo precedente, la Sala encuentra que el ejercicio de la potestad reglamentaria permitía al Presidente de la República, establecer que cuando el empleador o el sindicato requiera contratar la prestación de servicios o una obra, evaluara en primera instancia la posibilidad de celebrar contrato sindical, en aras de precisar y delimitar el alcance del artículo 482 del Código Sustantivo de Trabajo y sin desconocerlo*". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia 11001032500020100024000 (2019-10), del 6 de julio de 2015, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

modelos de vinculación de personal para realizar labores misionales que abrieran paso o camuflaran la tercerización en la contratación de prestación de servicios o ejecución de obras por medio de las cuales se transgredieran los derechos laborales.

La anterior motivación estuvo soportada tanto en las normas que prohibían las gestiones de intermediación laboral, como la Ley 1429 de 2010[24], así como en la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia T-457 de 2011, a la luz de la cual, a través de la celebración del contrato sindical, se buscaba, además de promover el derecho de asociación sindical y garantizar a los afiliados las mínimas condiciones en materia de seguridad social, combatir el fenómeno de la tercerización o que el empleador acudiera a otras formas de contratación como cooperativas, *outsourcing* o contratos de prestación de servicios.

Con base en esto último, en los estudios previos se consignó que, para la presente contratación, en acatamiento a lo establecido por el gobierno nacional y con sustento en las normas vigentes, la E.S.E HUS NO realizaría contratación a través de Cooperativas y/o Pre-cooperativas de Trabajo Asociado, de acuerdo con lo señalado en la Ley 1429 de 2010 y en la Ley 1450 de 2011.

En relación con el anterior argumento, expuesto en los estudios previos, desde el punto de visto fáctico también la Sala encuentra justificada la escogencia prevalente de esta modalidad contractual como garantía de la protección de los derechos laborales.

En efecto, según lo advirtió la entidad accionada en su escrito de oposición y quedó demostrado en el plenario, los antecedentes de la contratación celebrada por el Hospital Universitario de Santander revelaron que durante los dos años anteriores a la apertura del presente procedimiento de selección, la entidad pre-contratante fue objeto de una investigación administrativa adelantada por el

---

[24] LEY 1429 DE 2010. "*Artículo 63. CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes*".

Ministerio del Trabajo, con ocasión de la contratación de las cooperativas de trabajo asociado CIMED, QUIRURGICOOR, COOMEDES, NEURORED, COOSERVIGSAN.

Como resultado de esa investigación, que culminó con la Resolución No. 01011 del 18 de septiembre de 2012, se ordenó remitir copias a la Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia de Economía Solidaria, a la Procuraduría y a la Contraloría para investigar la gestión de la E.S.E y las mencionadas cooperativas fueron sancionadas por: i) realizar intermediación laboral, ii) incumplir las disposiciones laborales y las normas en materia de cooperativas, iii) elusión en el pago de aportes al sistema de seguridad social.

De lo expuesto hasta este punto, surge con claridad para la Sala que, en los estudios previos que fueron conocidos por los oferentes interesados en presentar propuestas, se informó con suficiencia que el contrato a celebrar como producto de la Licitación 001 de 2014 sería el contrato sindical.

De ahí que la lectura de las reglas del pliego de condiciones que establecieron los requisitos de participación debían necesariamente acompasarse con los lineamientos trazados en aquel documento, sin que fuera posible dar una interpretación aislada del contexto en el cual se hallaban inmersas.

En otras palabras, si bien se abrió la posibilidad de que las propuestas fueran presentadas por consorcios o uniones temporales, sin indicar que tipo de figura asociativa los conformaría, ciertamente esa previsión debía articularse con el hecho de que el acuerdo a celebrar sería el contrato sindical o colectivo laboral, por lo que los sujetos que habrían de integrar las uniones temporales o consorcios debían identificarse con aquellos que, con apego al ordenamiento, podían celebrar esa modalidad de contrato.

5.1.2. Los sujetos llamados a celebrar el contrato sindical

Siguiendo la línea de lo anotado, se tiene que, según el apelante, en cuanto las reglas de participación en la Licitación No. 001 indicaban que podían presentar propuesta uniones temporales o consorcios conformados por cualquier forma asociativa, resultaba válido que el acuerdo lo pudiera celebrar una unión temporal

integrada por un sindicato y otra forma de asociación, como, por ejemplo, una cooperativa, toda vez que, en criterio del libelista, la existencia del contrato sindical no se predicaba exclusivamente de la intervención de un sindicato.

Para resolver este argumento de inconformidad, la Sala encuentra demostrado que al procedimiento de selección presentó propuesta la unión temporal asociación de trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander[25].

Dicha unión se conformó por:

-. La Cooperativa Jahsalud IPS Operador Hospitalario con una participación del 85%. Se precisa que, según su certificado de existencia y representación legal, dicha persona jurídica se constituyó el 3 de diciembre de 2009 como cooperativa de trabajo asociado. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2013, se transformó en cooperativa especializada en salud, acto que fue inscrito en la Cámara de Comercio de Bucaramanga el 16 de enero de 2014.

- El Sindicato Gremial de Servicios Asistenciales y Complementarios – Sindisalud, cuyo porcentaje de participación se pactó en 15%.

En la audiencia de 12 de febrero de 2014, por la cual la entidad resolvió las observaciones a la valoración de los requisitos habilitantes, en relación con los requisitos jurídicos, el hospital sostuvo[26] (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"De otra parte se está de acuerdo en que el estudio previo debe ser suficientemente serio y completo, razón por la cual para el caso específico se hace una clara sustentación del contrato a celebrarse mediante licitación 001 de 2014 estableciendo que el contrato sería el sindical o colectivo laboral.*
>
> *"(...).*
>
> *"En este punto, es pertinente decir que la entidad se mantiene en que de manera clara siempre estipuló que el tipo de contrato a celebrarse sería el sindical y se reitera lo expresado en el Decreto 1429 de 2010 párrafo primero de la parte considerativa que expresa el contrato sindical es una institución jurídica del derecho colectivo del trabajo, a través de la cual los sindicatos*

[25] Folios 24 a 32 del cuaderno 4
[26] Folios 34 a 38 del cuaderno 4

pueden participar en la gestión de las empresas y en la promoción el trabajo colectivo (…).

"Es por lo anterior que para la entidad siempre ha sido claro que se permite para el presente proceso de licitación la presentación de la propuesta conformadas por sindicatos o uniones temporales pero SIEMPRE en el entendido de que cada una de las que conformen ya sea la bien sea el consorcio o la unión temporal cumplan con los requisitos establecidos en el pliego en el punto 2.1 REQUISITOS DE ORDEN LEGAL que deben cumplirse de manera individual para cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal. Dicho de otro modo toda unión temporal o consorcio para que sea admitido en este proceso licitatorio debe estar conformado por dos o más sindicatos o asociaciones de trabajadores, lo cual por su puesto excluye a una institución prestadora de servicios razón por la cual en el informe de evaluación se consideró que la UNION TEMPORAL DE LA ASOCIACION DE TRABAJADORES SINDICALIZADOS DE JAHSALUD IPS SANTANDER conformada en 15% por un sindicato (SINDICATO GREMIAL DE SERVICIOS ASISTENCIALES Y COMPLEMNETARIOS) y por una cooperativa (COOPERATIVA JAHSALUD IPS OPERADOR HOSPITALARIO, la cual se reitera no tiene la calidad de sindicato o asociación sindical) en un porcentaje mayoritario (85%), estaría desvirtuando la capacidad jurídica requerida para suscribir un contrato sindical o colectivo laboral.

"(…).

"Es de anotar que la escogencia del contrato sindical como tipo de contrato no corresponde a un simple capricho de la ESE HUS si no a la necesidad de salvaguardar los intereses de la institución, toda vez que para el año 2012 se recibió una sanción de aproximadamente 2.237 millones de pesos a esta institución por parte del Ministerio del Trabajo por contratar actividades de tipo misional permanentes por cooperativas que a juicio de esa autoridad laboral.

"(…). En este punto la ESE HUS considera que la conformación de los porcentajes de participación es clara y se reitera que el motivo del rechazo no está relacionado con la sola distribución de la participación, ni con la actividad económica de cada uno de los integrantes de la unión temporal, sino más bien con la calidad de la persona jurídica que participa de forma mayoritaria con un 85%, esto es COOPERATIVA JAHSALUD IPS OPERADOR HOSPITALARIO y recordando lo arriba expuesto el pliego exige que debe cumplirse con los requisitos de orden legal de manera individual por cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal, es decir, ser un sindicato o una asociación de trabajadores considerados legalmente capaces".

Al respecto, la Sala considera que le asiste razón a la entidad accionada al sostener que la unión temporal no cumplió los requisitos habilitantes de orden

jurídico, por cuanto el oferente no era un sujeto calificado para celebrar un contrato sindical.

Sobre el particular, se parte de precisar que el contrato sindical se encuentra tipificado en el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

> *"**ARTICULO 482. DEFINICION.** Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo".*

Como se aprecia, uno de los elementos esenciales de esta figura negocial se encuentra determinado por un criterio subjetivo u orgánico que se identifica con la naturaleza jurídica del sujeto que lo celebra. En ese sentido, se tiene que uno de sus extremos debe estar necesariamente conformado por uno o varios sindicatos. En su defecto, no podría considerarse un contrato sindical.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que el contrato sindical *"tiene un carácter solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, y goza de autonomía administrativa e independencia financiera por parte de la organización sindical"*[27].

A su turno, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado:

> *"Siendo uno de los sujetos del negocio jurídico el sindicato y el otro el empresario, empleador o asociación de empleadores, pero sin que opere aquí la subordinación, la autonomía jurídica, propia del contrato civil, es la nota predominante en ese tipo de relaciones"*[28].

---

[27] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia 11001032500020100024000 (2019-10), del 6 de julio de 2015, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.
[28] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 13 de diciembre de 1994. M.P. Hugo Suescún Pujols.

Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en "*el contrato sindical intervienen el empresario-empleador y la organización sindical*"[29].

Así pues, emerge con nitidez que, para estar en presencia de un contrato sindical, una de las partes de la relación negocial debe indefectiblemente corresponder a uno o a varios sindicatos.

Atendiendo a ese mismo esquema, en orden a celebrar el contrato sindical producto de la Licitación No. 001 de 2014, la unión temporal o el consorcio que presentara la respectiva oferta debía estar conformado por varios sindicatos o asociaciones de trabajadores, sin que, por oposición, fuera jurídicamente viable aludir a la existencia de un contrato sindical si uno de los extremos que concurre a su celebración es una unión temporal o consorcio integrado por un sindicato y una cooperativa, dado que en ese evento no se configuraría el elemento subjetivo que por antonomasia lo constituye.

La anterior afirmación se torna aún más categórica en el evento en que la figura por medio de la cual se pretendía aunar esfuerzos hubiera estado integrada por una cooperativa con un porcentaje de participación del 85% y un sindicato con una participación equivalente al 15%, tal y como ocurrió en el caso de la unión temporal demandante, en razón a que, ante ese escenario, la finalidad que envuelve la celebración de un contrato sindical quedaría anulada, en la medida en que no se materializarían sus objetivos[30].

Así pues, contrario a lo manifestado por el recurrente, la Sala encuentra acertada la decisión de la entidad, en virtud de la cual la unión temporal demandante no cumplía los requisitos de orden jurídico que, según la normativa aplicable y las reglas del procedimiento de selección, se exigían para la celebración de un contrato sindical.

---

[29] Corte Constitucional, sentencia T- 457 del 27 de mayo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[30] Ibídem. "*De acuerdo con la cartilla que sobre el contrato sindical realizó el Ministerio de la Protección Social, los objetivos de dicho contrato se sintetizan en: mejorar los ingresos para los afiliados a la organización promoviendo el bienestar social, brindar participación activa a los sindicalizados en el desarrollo y sostenibilidad de las empresas, promover el trabajo colectivo o grupal motivando la contratación colectiva, crear confianza y transparencia en las relaciones de la empresa o empleador con los sindicatos y sus afiliados, y ser aliados en la productividad y la calidad*"

5.1.3. La inviabilidad de celebrar el contrato sindical con una cooperativa de trabajo asociado

Sostuvo igualmente el recurrente que, si bien las reglas de la Licitación No. 001 de 2014, de acuerdo con lo consagrado en la ley, establecían la inviabilidad de celebrar el contrato con una cooperativa de trabajo asociado, alegó que el Hospital no tuvo en cuenta que la cooperativa integrante de la unión temporal demandante no era una cooperativa de trabajo asociado sino una cooperativa especializada.

Sin perjuicio de que lo expuesto hasta ahora resulta suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto se consideró acertada la decisión de no encontrar configurado los requisitos habilitantes de orden jurídico de la unión temporal demandante, la Sala se pronunciará sobre este punto para realizar las siguientes precisiones:

Se reitera que al procedimiento de selección presentó propuesta la unión temporal asociación de trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander[31], integrada por la Cooperativa Jahsalud IPS Operador Hospitalario, cuyo certificado de existencia y representación da cuenta de que dicha persona jurídica se constituyó el 3 de diciembre de 2009 como cooperativa de trabajo asociado y que, luego, el 21 de diciembre de 2013, se transformó en cooperativa especializada en salud, acto que fue inscrito en la Cámara de Comercio de Bucaramanga el 16 de enero de 2014.

Acerca de esta cuestión, debe señalarse que, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 79 de 1988, las cooperativas son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, y se constituyen con la finalidad de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

A su turno, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 70 de ese mismo precepto legal, las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la

[31] Folios 24 a 32 del cuaderno 4.

prestación de servicios. En consideración a que los asociados deben trabajar en la cooperativa, existe una identidad entre los empleadores y los trabajadores, lo que lleva a que ambos extremos de la relación laboral sean los mismos, sin que exista subordinación entre unos y otros.

Así mismo, el artículo 61 establece que las cooperativas, en razón del desarrollo de sus actividades, podrán ser especializadas, multiactivas e integrales.

Las cooperativas especializadas son las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural.

El parágrafo del artículo 5 del Decreto 4588 de 2006 impuso a las cooperativas de trabajo asociado, prestadoras de servicios de salud, entre otros, el deber de especializarse en la respectiva rama:

> *"Las Cooperativas de Trabajo Asociado cuya actividad sea la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada y educación, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad; en consecuencia, las cooperativas que actualmente prestan estos servicios en concurrencia con otro u otros, deberán desmontarlos, especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad*".

Con todo, el cumplimiento del deber normativo de especializarse en el ramo del servicio que prestaban no las despojó de su naturaleza o condición de cooperativas de trabajo asociado.

Así lo explicó la Superintendencia de Economía Solidaria en concepto No. 019931 del 9 de junio de 2009[32], al considerar que las cooperativas podrían clasificarse desde varios ángulos.

Atendiendo a ese esquema, desde su finalidad, pueden ser cooperativas de trabajo asociado o de servicios a los asociados y desde su objeto pueden ser especializadas, integrales o multiactivas.

---

[32] www.supersolidaria.gov.co/es/content/cooperativas-especializadas. Recuperado el 23 de septiembre de 2019. 3:08 pm.

En relación con las cooperativas especializadas, indicó:

> *"**1. Especializadas**: Son cooperativas especializadas las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural. Dentro de estas cooperativas se encuentran las cooperativas de ahorro y crédito, cuyo fin es únicamente captar ahorro de sus asociados para luego colocarlos a través de créditos, las cooperativas de educación, las cooperativas de vigilancia y seguridad privada y las cooperativas de trabajo asociado que de acuerdo con la jurisprudencia pertenecen al grupo de las especializadas.*
>
> *"(...).*
>
> *"De otro lado, a título ilustrativo, le manifestamos que el Ministerio de la Protección Social, con la finalidad de determinar el alcance y los efectos de algunas disposiciones contenidas en el Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006, aplicable a las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, expidió la Circular No. 0036 del 8 de junio de 2007, para unificar criterios y señalar directrices generales que permitan la correcta aplicación e interpretación de la norma.*
>
> *"Respecto a la especialización de estas organizaciones el Ministerio precisó:*
>
> *Son Cooperativas de Trabajo Asociado especializadas en salud las siguientes:*
>
> *"Las que tienen por objeto la prestación de servicios de salud y se han organizado por profesión o especialidad o maestría o doctorado en el área de salud o por tecnologías del área de salud, o por auxiliares del área de salud, en este último caso, conforme a lo definido en el Decreto 3616 de 2005.*
>
> *"(...)*
>
> *"**Las que tienen por objeto la prestación de servicios de salud organizados en procesos o subprocesos de salud.** Se entiende como un proceso o subproceso en materia de salud, todos aquellos relacionados con la prestación de servicios de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.*
>
> *"(...).*
>
> *"**Las que tienen por objeto la prestación de servicios de salud y para tal fin se han constituido como Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS**, para lo cual deberán cumplir con los requisitos de habilitación del Sistema Obligatoria de Garantía de Calidad".*

Atendiendo al orden trazado y descendiendo al caso concreto, se evidencia que, si bien la Cooperativa Jahsalud IPS Operador Hospitalario, miembro de la unión temporal asociación de trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander[33], se constituyó el 3 de diciembre de 2009 como cooperativa de trabajo asociado y que, luego, el 21 de diciembre de 2013, se transformó en cooperativa especializada en salud, acto que fue inscrito en la Cámara de Comercio de Bucaramanga el 16 de enero de 2014, lo cierto es que esta última actuación se dio en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 4588 de 2006 que le impuso el deber de especializarse para prestar el servicio de salud, que no mutó ni desvaneció su naturaleza de cooperativa de trabajo asociado.

Bajo estas circunstancias, es válido concluir que, además de que la mencionada cooperativa no podía concurrir a la celebración de un contrato sindical o colectivo laboral, como el prescrito en las reglas de selección por no identificarse su naturaleza con la de un sindicato, igualmente, al haber correspondido a una cooperativa de trabajo asociado, se encontraba inmersa en la restricción incorporada en los estudios previos[34], la cual halló soporte jurídico por cuenta de lo contemplado en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y en el Decreto 2798 de 2013, así como respaldo fáctico fundamentado en los antecedentes que revelaron la problemática administrativa que enfrentó el hospital accionado por causa de la contratación efectuada en precedencia con las cooperativas de trabajo asociado, en razón a la tendencia irregular que se inclinaba hacia la tercerización laboral.

Los razonamientos plasmados igualmente desvirtúan el argumento del recurso de apelación, de conformidad con el cual existió falsa motivación en la resolución que declaró desierta la licitación, por cuanto la verdadera intención del hospital era favorecer al otro proponente para que siguiera ejecutando un contrato preexistente.

---

[33] Folios 24 a 32 del cuaderno 4.
[34] Se recuerda que en los estudios previos se estableció que: "*...para esta contratación en acatamiento a lo establecido por el Gobierno nacional y partiendo de la premisas legales existentes, la E.S.E HUS NO realizará contratación a través de Cooperativas y/o Pre-cooperativas de Trabajo Asociado de acuerdo a lo señalado en la Ley 429 de 2010 (soportada legalmente en la ley 1450 de 2011, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo "2010-2014: Prosperidad para Todos" en donde se acelera a entrada en vigencia el artículo 63 de la referida ley".*

Se insiste, a propósito de este aspecto, que la Sala encontró sustentada la declaratoria de desierta de la Licitación No. 001 de 2014 en razones de orden jurídico y fáctico que no reflejaron interés alguno por favorecer el curso de otro contrato en ejecución, máxime cuando el proponente que supuestamente quería privilegiar el hospital también vio truncado su interés de resultar favorecido con la adjudicación y tampoco se demostró que esa decisión hubiera incidido de alguna forma en la continuidad del contrato que previamente aquel había celebrado con la Administración.

5.3. Requisitos habilitantes de carácter financiero

5.3.1. La valoración de la capital de trabajo ofrecido por la unión temporal demandante

En cuanto a la apreciación de la capacidad financiera, indicó el recurrente que el comité evaluador adicionó un criterio que no estaba incluido en el pliego de condiciones y que consistió en que la ponderación del capital de trabajo debía hacerse con sujeción al porcentaje de participación de los integrantes de la unión temporal y el consorcio. Adujo que tal exigencia resultaba injustificada, pues bastaba con que uno solo de los miembros de la unión temporal acreditara el requisito para respaldar la liquidez.

En el contenido del pliego de condiciones que rigió la Licitación No. 001 de 2014, dentro del grupo de los requisitos habilitantes, se incluyó el factor financiero, compuesto a su turno por el criterio de capital de trabajo[35] (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"2.13. CAPACIDAD FINANCIERA*
> *El Balance General y el Estado de Resultados se deben presentar debidamente firmados por el representante legal, Certificados por el Contador Público; cuando la Ley lo exija dictaminados por el Revisor Fiscal, por tal razón se debe anexar la tarjeta profesional vigente del contador y/o revisor fiscal junto con el certificado de antecedentes de la Junta Central de Contadores Públicos con una vigencia de expedición no mayor de tres meses, la no presentación de lo exigido será causal de inadmisibilidad Financiera.*

[35] Folios 128 y 129 del cuaderno 4.

"(...).

"CAPITAL DE TRABAJO.
El capital de trabajo debe ser igual o mayor a MIL MILLONES DE PESOS (1.000'000.000), de lo contrario será inadmitida la propuesta".

Al valorar la capacidad financiera de la unión temporal asociación de trabajadores sindicalizados de Jahsalud IPS Santander, el comité evaluador, en informe de 4 de febrero de 2014, estimó que sus estados financieros no cumplían con el indicador del capital de trabajo exigido como igual o mayor a mil millones de pesos ($1.000'000.000). La anterior conclusión la obtuvo con base en los datos registrados en el siguiente gráfico:

Nombre	**Capital de trabajo $1.000'000.000**	**Cumple**
JAHSALUD		$1.002'753.485
85%		$852'.340.460
SINDISALUD	$779'021.700	
15%	$116'.853.255	
TOTAL	$969'193.714	NO

Posteriormente, la entidad, al resolver las observaciones formuladas por la unión temporal demandante frente a la capacidad financiera, mantuvo su posición y al respecto indicó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Al respecto debemos señalar que la aplicación de este criterio de evaluación obedece al contenido del pliego al numeral 2.1.1. donde se señala:

'En todo caso uno de los integrantes del consorcio o unión temporal deberá tener una participación mínima del cincuenta por ciento (50%) y ninguno de ellos podrá tener una participación inferior al quince por ciento (15%), de lo contrario, la propuesta no será tenida en cuenta para la evaluación y posterior adjudicación del contrato'.

"Con lo cual se busca que las personas que participan en el proceso de contratación y ejecución del objeto contratado cuenten con una capacidad financiera que permita asegurar el fin de perseguido (la prestación del servicio) lo que significa que su capacidad debe respaldar como mínimo el porcentaje de participación en la ejecución del proceso".

Se observa que, no obstante que en la metodología para valorar el indicador financiero del capital de trabajo prevista en el pliego de condiciones no se ciñó a que su cálculo obedeciera al porcentaje de participación de cada uno de los integrantes de la unión temporal o consorcio, al realizar la evaluación financiera esa fue la dinámica implementada para su cómputo.

Significa lo anterior que, para la valoración de la capacidad financiera – capital de trabajo, la entidad aplicó una regla que no se hallaba determinada en el documento precontractual, dado que, aunque allí se contemplaron los porcentajes mínimos con que cada integrante debía participar en la unión temporal o figura consorcial, tal circunstancia no se sujetó al método de valoración de los requisitos habilitantes, específicamente a la acreditación del capital de trabajo.

Sin embargo, aun cuando lo anotado puede poner en evidencia una irregularidad en la valoración de la capacidad financiera de la unión temporal demandante, tal acontecer no resulta suficiente para anular la decisión de declaratoria de desierta, habida consideración de que, incluso en el evento de que se hubiera habilitado financieramente a aquella, de cualquier manera, según quedó expuesto en acápites precedentes, no cumplió con los requisitos habilitantes de orden legal o jurídico, tornando en improcedente la elegibilidad de su propuesta.

Por otro lado, la Sala no desconoce que, según el apelante, con las pruebas testimoniales recaudadas en el proceso se acreditó que la unión temporal demandante cumplió con los requisitos técnicos y de experiencia exigidos en el pliego, lo que llevaba a que su propuesta debiera resultar favorecida con la adjudicación.

Con todo, a esta altura de la decisión, resulta infructuoso abordar el análisis del cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia de la unión temporal demandante, habida cuenta de que, al no cumplir con los factores de habilitación de orden jurídico, la decisión de declaratoria de desierta habrá de mantenerse incólume, al margen del cumplimiento de los requisitos de ponderación de las propuestas.

Conclusión

En estas circunstancias, se impone despachar desfavorablemente los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia proferida el 4 de agosto de 2017, por el Tribunal Administrativo de Santander denegatoria de las pretensiones de la demanda.

6. Costas

Finalmente, la parte actora argumentó que no resultaba procedente la condena en costas dictada en su contra, por cuanto su actuación no fue temeraria ni adolecía de mala fe.

Sobre el particular se precisa que el artículo 188 del C.P.A.C.A. consagra que "*la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*".

De esta manera, contrario a lo sostenido en la impugnación, con independencia de la buena fe con la que las partes hubieran obrado en el presente recurso, por regla general, debe ser condenado en costas el extremo vencido o al que se le resuelve desfavorablemente el recurso, con apego a los dictados del artículo 365 del Código General del Proceso.

Como consecuencia, la liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para efectos de la fijación de agencias en derecho, separadas para la segunda instancia, el Despacho conductor del proceso dictará un auto posterior una vez quede en firme la sentencia.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2017 por el Tribunal Administrativo de Santander, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante a pagar las costas y las expensas del proceso.

Para la fijación de las agencias de derecho de la segunda instancia, una vez en firme la sentencia, se ordena a la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación regresar el expediente al despacho.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA