RESOLUCIÓN No: 000912
(Junio 20 de 2018)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No: 000597 del 18 de abril de 2018 que declaró desierto el Proceso de Alianza Estratégica de Iniciativa Privada sin Riesgo Compartido No: SS17-428 cuyo objeto es la operación de las UCI.

EL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ,

en uso de sus atribuciones legales, en especial las conferidas en el artículo 6 del Acuerdo No. 008 de Junio 13 de 2013 - Estatuto de Contratación- , Acuerdo No. 027 de 2.014 y,

CONSIDERANDO:

Que en virtud del numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993, el Hospital Universitario Erasmo Meoz, dada su calidad de Empresa Social del Estado, se rige por el derecho privado en materia contractual; en razón de ello aplica un Estatuto y Manual propio, salvaguardando los principios que rigen la contratación estatal y el interés público.

Que la E.S.E HUEM inició el proceso de Alianza Estratégica de Iniciativa Privada sin Riesgo Compartido No. SS17-428, cuyo objeto es: OPERACIÓN UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO (ADULTOS, PEDIÁTRICAS Y NEONATALES) EN LA E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO
ERASMO MEOZ.

Que el procedimiento de Alianzas Estratégicas se encuentra regulado por el Acuerdo No: 027 de 2014, emanado de la Junta Directiva, dada la autonomía que ostentan las Empresas Sociales del Estado en ese sentido, de esta normatividad se extrae la carencia de derechos para el originador y terceros en la fase de adjudicación o declaratoria de desierto, debido a que el negocio jurídico no se ha perfeccionado, ni ha cumplido los requisitos de ejecución y operación.

Que, encontrándose en la etapa de evaluación de los estudios de factibilidad, presentador por DUMIAN MEDICAL SAS como originador del proyecto y CONSORCIO SAN JOSE DE CUCUTA, en calidad de tercero, se concluyó que ninguno de los estudios de factibilidad reunían los requisitos técnicos y financieros establecidos.

Que mediante resolución No: 000597 del 18 de abril de 2018, se declara desierto el precitado proceso.

Que, el día 20 de abril de 2.018 la Representante Legal de DUMIAN MEDICAL SAS, presenta recurso de reposición contra la Resolución No. 000597 de abril 18 de 2.018 POR LA CUAL SE DECLARO DESIERTO EL PROCESO DE ALIANZA ESTRATÉGICA DE INICIATIVA PRIVADA SIN RIESGO COMPARTIDO NO. SS 17-428 PARA LA CONTRATACIÓN DE OPERACIÓN UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO (ADULTOS. PEDIÁTRICAS Y NEONATALES, en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

Cumplimiento de la capacidad financiera.

Manifiesta que según el informe publicado el día 17 de abril de 2018, su representado cumple con el criterio capacidad financiera y ello se evidencia al resolver las aclaraciones, donde aduciendo un error de digitación se cambia el estatus por no cumple y se vierte una nueva motivación para variar la decisión, lo cual a su criterio constituye falsa motivación del acto administrativo.

Expresa que el 18 de abril de 2018, sin haber transcurrido el plazo para presentar observaciones y sin dar respuesta a las presentadas, se profiere la Resolución 000597 de 18 de Abril de 2018, publicada el 19 de Abril de 2018, por la cual se declara desierto el proceso.

Considera que en el proceso de contratación se vulneraron los principios de selección objetiva y legalidad, haciéndose nugatorio el derecho de defensa y contradicción.

ARGUMENTOS DE FONDO.

Manifiesta que en el aviso de fecha 02 de abril de 2018, correspondiente al proceso SS17-428, se motivó la modificación del cronograma del proceso en el sentido de prorrogar el plazo establecido para la publicación de la evaluación pertinente por diez (10) hábiles contados a partir de dicha fecha, toda vez que se logró determinar que la revisión de la capacidad financiera no se efectúo acorde a lo determinado en el Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2.017, en el sentido de contener lo referente a la carencia de obligaciones pecuniarias pendientes con la entidad por cualquier concepto con mora superior a tres (3) meses.

Advierte que el documento de aclaración el informe de evaluación, publicado el día 18 de abril de 2018, expresa que Dumián no cumple con lo establecido en el Acuerdo No. 015 de 14 de Julio de 2017, que en su parágrafo 2 expresa:

"*PARÁGRAFO 2. La capacidad financiera del contrato se analizare 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.*"

Señala que el citado Acuerdo en su Artículo Tercero expresa que el mismo rige a partir de su expedición y será publicado en la página web de la entidad, ordenándose la publicación del mismo.

Manifiesta que solo con la publicación del Acuerdo, cobrara eficacia y fuerza vinculante frente a particulares y que según pruebas aportadas no se encontró que aún para la fecha de presentación del recurso de reposición, el Acuerdo No. 015 de 2.017 no se encontraba publicado; cita jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la publicación de los actos administrativos de carácter general y refiere al Art. 65 de la Ley 1437 de 2011 que impone a las autoridades administrativas el deber de publicar sus actos de carácter general.

Considera que el Acuerdo No. 015 de 14 de Julio de 2017, no es oponible a Dumian, por falta de publicación, siendo inaplicable por ineficacia del mismo.

INEXISTENCIA DE DEUDAS PENDIENTES CON LA ENTIDAD POR PARTE DE DUMIAN MEDICAL SAS.

Manifiesta que en el informe se menciona de manera genérica y sin detallar o motivar cuales son las presuntas obligaciones pecuniarias pendientes con la entidad, ni tampoco el concepto de las mismas y porque existe una mora superior a tres meses.

Considera que esas presuntas obligaciones pecuniarias no se encuentran soportadas en un título ejecutivo claro, expreso y actualmente exigible, sin que exista a la fecha sentencia judicial ejecutoriada que ordene a Dumian a pagar a favor del Hospital, capital o intereses de mora, aceptando que existe una pretensión en un proceso ejecutivo, del cual no han sido notificados de mandamiento de pago, por lo cual no puede considerarse que Dumian presenta a la fecha obligaciones pecuniarias pendientes con la entidad por cualquier concepto con mora superior a tres (3) meses.

FALTA DE COMPETENCIA DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DEL GERENTE DEL HUEM, PARA ESTABLECER UNA CAUSAL DE INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL HOSPITAL, VÍA ACUERDO.

Señala que vía decisión de autoridad administrativa, se contempló una inhabilidad, cuando existe una clara reserva legal que solo el Congreso de la Republica mediante Ley, puede establecer inhabilidades para contratar con el Estado.

Hace referencia al carácter taxativo y restrictivo, para salvaguardar el interés general inherente en la contratación publica de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado.

Se refiere a la función legislativa que ejerce el Congreso de la Republica, en concordancia con los artículos 114 y 150 de la Constitución Política y excepcional y temporalmente el Presidente de la Reptilita, cuando es revestido de las facultades extraordinarias, de que trata el mismo artículo 150 (numeral 10, ibídem).

Considera que en el caso en estudio puede existir una un extralimitación de funciones por parte de la Junta Directiva del HUEM, al incluir vía acuerdo, una inhabilidad pare contratar con el Hospital acorde con los argumentos expuestos.

CONTRADICCIÓN DEL ACUERDO NO. 015 DE 2.017 CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Señala que el citado Acuerdo desconoce el requisito de proporcionalidad, acorde con la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al ser el beneficio obtenido, el pago de los créditos a favor de las entidades estatales

y el saneamiento de su información contable y de sus finanzas, siendo esto inferior a la afectación de los derechos fundamentales de los proponentes que tengan deudas con el Hospital, cuando se puede hacer uso del proceso ejecutivo regulado en la Ley, tanto por la vía de la llamada jurisdicción coactiva, en las materias en que aquella la contempla, como por la vía jurisdiccional propiamente dicha, sin afectar los derechos fundamentales de los deudores.

Hace referencia a pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre declaratoria de inexequibilidad de apartes del estatuto tributario sobre el boletín de deudores morosos.

Solicita la inaplicabilidad del Acuerdo No. 015 de 2.017 por considerarlo inconstitucional, manifestando que en caso de persistir en la decisión de aplicarlo, solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad del Artículo Segundo del Acuerdo No. 015 de 14 de Julio de 2017, en concordancia con el artículo 4° de la Constitución Política.

Refiere según su criterio un caso similar fallado por la Corte Constitucional, sentencia C-1185-00 que declaró la inexequibilidad del parágrafo 3 del artículo 57 de la Ley 550 de 1999.

PETICIÓN.

Solicita la **REVOCATORIA** de la Resolución 000597 de Abril 18 de 2018, y en su defecto se profiera acto administrativo de adjudicación del proceso a favor de DUMIAN MEDICAL S.A.S.

ANÁLISIS Y PROYECCIÓN DE DECISIÓN DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN EL RECURSO.

Cumplimiento de la capacidad financiera.

Analizados los documentos que hacen parte de la evaluación financiera, publicados en la página web del HUEM el día 17 de abril de 2018, la misma se realizó acorde con los parámetros establecidos en los Acuerdos No. 008 de 2.013, No. 027 de 2.014, No. 007 de 2.016 y No. 15 de 2.017, concluyendo que si bien el proponente DUMIAN MEDICAL SAS, presenta los índices y requisitos financieros exigidos, análisis que debía ser concordante con lo previsto en el Acuerdo No. 015 artículo segundo que modificó el artículo 4º numeral 7 del acuerdo No. 027 de 2.014 que incorporó el siguientes parágrafo:

"*PARÁGRAFO SEGUNDO: La capacidad financiera del contrato se analizará 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.*"

Con fundamento en la anterior disposición y la certificación de fecha 19 de febrero de 2.018, expedida por el Subgerente Administrativo, el Líder de Recursos Financieros y la Auditora Financiera del contrato de asociación de riesgo compartido, detallando la deuda pendiente de pago derivada del contrato suscrito

entre la ESE HUEM y DUMIAN MEDICAL SAS, se emite la evaluación inicial y el informe de aclaración en los aspectos planteados por el oferente originador, dando lugar a la expedición de la Resolución 000597 de Abril 18 de 2018, publicada el 19 de Abril de 2018, por la cual se declara desierto el proceso.

El acto administrativo de declaratoria de desierta, se expide atendiendo los parámetros legales y los soportes documentales, que determinaron la toma de la decisión.

ARGUMENTOS DE FONDO,

Aviso de abril 2 de 2.018.

Este aviso se publica, en la etapa de evaluación de la propuestas y como lo afirma el recurrente, tiene como finalidad ampliar el plazo de evaluación, teniendo en cuenta que la revisión de la capacidad financiera debía hacerse en los términos del Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2.017.

NO PUBLICACIÓN DEL ACUERDO NO. 015 DE 2.017. ANALISIS JURÍDICO ACORDE CON LOS ASPECTOS PLANTEADOS:

Actos administrativos de carácter general.

Dentro de los parámetros trazados por la doctrina y la jurisprudencia, los actos de carácter general, también se conocen como actos regla, reglamentos o actos reglamentarios.

Son actos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general, no relacionada directamente con alguna persona o cosa determinada, como en el caso de los Acuerdos expedidos por la Junta Directiva de la ESE HUEM. Sus supuestos normativos o efectos jurídicos son abstractos, lo cual viene a ser su característica sustancial, debido a que las consecuencias o previsiones normativas que contemplan no están referidos a nadie individualmente identificado, sino que les son aplicables indistintamente a cualquier persona o cosa que llegare a encontrarse dentro de los supuestos descritos en el mismo.

DE LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL.

Como lo expresa el recurrente, el artículo tercero del Acuerdo No. 015 de 2.017, señala que el mismo rige a partir de su expedición y será publicado en la página web de la entidad.

Sobre la publicación de los actos de carácter general, debemos remitimos a lo preceptuado en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2.01, "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" que dispone:*

"Artículo 65. Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. *Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el* ***Diario Oficial*** *o en las gacetas territoriales, según el caso.*
Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.
En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el ***Diario Oficial****, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.*
Parágrafo. *También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular."*

Sobre la publicación del Acuerdo No. 015 de 2.017, se tiene que esta condición se cumplió el día 27 de abril de 2.018, en la página Web de la Entidad, como se acredita en certificación expedida por el Gerente NISSIJ Coordinador de Sistemas ESE HUEM y el Ingeniero de Sistemas de la ESE HUEM.

Queda establecido, que el Acuerdo No. 015 de 2.017 se publica con posterioridad a la fecha de presentación de los estudios de factibilidad y la evaluación de los mismas.

ANÁLISIS SOBRE LOS EFECTOS, VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACUERDO NO, 015 DE 2.017.

Partiendo del concepto de Estado Social de Derecho, determinado en la Constitución Política de Colombia, surge la obligatoriedad de publicar los actos administrativos de carácter general, dado el interés por conocer las decisiones que profieren las autoridades en desarrollo de su función pública, sustentado en el principio de publicidad, lo que implica que las decisiones y actuaciones de sus órganos y autoridades, se deben poner en conocimiento de todos los asociado.

La publicidad del acto administrativo es una garantía para la eficacia del mismo, por ello la norma del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, es clara al señalar que los actos administrativos de contenido o naturaleza general, no pueden ser obligatorios sin que se hayan publicado para el conocimiento de la sociedad, por tanto, si bien el acto existe y es válido, lo relacionado con su eficacia está dependiendo directamente de la publicación de éste y del procedimiento que la ley ha señalado para el efecto, el acto general solo rige a partir de su publicación, o también, cuando para su vigencia se ha señalado una fecha distinta a la de su publicación.

Por lo anterior resulta claro que la fecha de vigencia del acto administrativo, no puede ser anterior a la de su publicación.

En pronunciamiento del Consejo de Estado, sobre publicación de los actos administrativos de carácter general y acorde con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 1437, concluye lo siguiente:

"*1. La regla general es que los actos administrativos de carácter general deben ser publicados.*

2. Así mismo que los actos administrativos de carácter general no son obligatorios mientras no se publiquen en el Diario Oficio o en las gacetas territoriales. Es decir, es válido pero no producirá efectos hasta tanto no estén publicados.

3. Que las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no tengan un órgano oficial de publicación pueden divulgar sus actos a través de la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, siempre que se garantice su divulgación.

3. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se pueden comunicar por cualquier medio eficaz.

4. Igualmente el artículo señala que en caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz."

En este orden de ideas, se puede concluir que la publicidad de los actos administrativos de contenido general corresponde a un principio rector de la actividad de las autoridades administrativas, lo que de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, se trata de una obligación para la entidad estatal de poner en conocimiento de los destinatarios de las decisiones que profieren para que se enteren de ellas y así permitir que sean impugnados a través de los recursos y medios de control contemplados en la ley.

Igualmente, se puede concluir que la falta de publicidad de un acto administrativo de contenido general, no lo vicia de nulidad sino que tiene que ver con su eficacia u oponibilidad frente a terceros".

(Tomado del: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Proceso No. 47001-23-33-000-2014-00247-01 (1000-2016), fallo del seis (6) de abril de 2017, Consejera Ponente la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.)

Es así como en el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que el Acuerdo No. 015 del 14 de julio de 2.007 fue publicado en la página Web de la ESE HUEM el día 27 de abril de 2.018, es decir para la fecha de presentación del estudio de factibilidad y aún en el período de evaluación, dicho acuerdo mantenía su validez, pero la falta de su publicación impedía su eficacia y oponibilidad frente a terceros, razón por la cual la ESE HUEM, no podía exigir a los participantes dentro del proceso de Alianza Estratégica de Iniciativa Privada sin Riesgo Compartido No SS17-428, que la capacidad financiera fuera analizada teniendo en cuanta, entre otros aspectos, la carencia de obligaciones pecuniarias pendientes con la entidad por cualquier concepto con mora superior a tres (3) meses y en consecuencia rechazar los estudios de factibilidad presentados.

Del análisis presentado se concluye que le asiste razón al recurrente en cuanto a la falta de eficacia y oponibilidad del Acuerdo No. 015 de 2.017, por lo cual, se revocara r la Resolución No. 000567 del 18 de abril de 2.018.

INEXISTENCIA DE DEUDAS PENDIENTES CON LA ENTIDAD POR PARTE DE DUMIAN MEDICAL SAS.

Analizados los argumentos expuestos por el recurrente, ninguna razón le asiste sobre la presunta inexistencia de obligaciones pecuniarias a favor del ESE HUEM, las mismas corresponden a obligaciones derivadas del contrato de asociación de riesgo compartido, suscrito entre DUMIAN MEDICAL SAS y la ESE HUEM en el año 2.007, encontrándose acreditado el no pago de facturas causadas y efectivamente recaudadas por el Contratista, así como el no pago de la participación del 11% del recaudo de servicios prestados de UCI a las diferentes entidades, acorde con las actas de liquidación de ingresos suscritas entre las partes, correspondientes a los años 2.014, 2.015, 2.016 y de enero a octubre de 2.017, además adeuda el pago por prestación de servicios complementarios de nutrición, esterilización, banco de sangre, alquiler de equipos y los servicios públicos causados a 31 de octubre de 2.007, deudas que derivados de una relación contractual, por si solas constituyen título ejecutivo y sobre las cuales el recurrente ha propuesto acuerdos de pago.

Los argumentos del recurrente, carecen de fundamento y soporte legal para ser aceptados.

FALTA DE COMPETENCIA DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DEL GERENTE DEL HUEM, PARA ESTABLECER UNA CAUSAL DE INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL HOSPITAL, VÍA ACUERDO.

Se analizan los siguientes aspectos:

La Junta Directiva, acorde con lo previsto en el Decreto 1876 de 1.994, le corresponde aprobar los manuales de funciones y procedimientos, para su posterior adopción, por ello cuenta con plenas facultades para expedir los Acuerdos que reglamenten las funciones que cumple la ESE HUEM.

Los actos administrativos expedidos por la Junta Directiva de la ESE HUEM, tienen plena validez y se expiden dentro de sus funciones por ello resulta inaplicable la excepción de inconstitucionalidad que pretende el recurrente, aduciendo para ello pronunciamientos jurisprudenciales que afectaron normas de carácter general y del nivel nacional.

En este caso, no se está ante una condición o situación dirigida en forma general a quienes aspiren a contratar con la ESE HUEM; se trata de establecer condiciones claras que garanticen el manejo de los recursos de la salud, cuando se adelanten procesos de Alianzas Estratégicas, que conforme lo define el Art. 2º del Acuerdo No. 027 de 2.014, son un instrumento de vinculación de capital privado sin riesgo compartido.

En estos términos y concordante con lo expuesto en el acápite de la eficacia y oponibilidad del citado acuerdo, no resulta procedente acceder a la inaplicabilidad del Acuerdo No. 015 de 2.017.

Por lo expuesto;

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Revóquese la Resolución No. 000597 del 18 de abril de 2.018, por medio de la cual se declaró desierto el proceso de Alianza Estratégica de Iniciativa Privada sin Riesgo compartido No. SS17.428, para la presentación de estudios de factibilidad, con el objeto de contratar la OPERACIÓN UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS (ADULTOS, PEDIÁTRICAS Y NEONATALES) EN LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ.

ARTICULO SEGUNDO: Declarar la viabilidad de los estudios de factibilidad presentados dentro del proceso de Alianza Estratégica de Iniciativa Privada sin Riesgo compartido No. SS17.428, por la Empresa DUMIAN MEDICAL S.A.S., con NIT. 805027743-1, representada legalmente por CAROLINA GONZALEZ ANDRADE, Identificada con la cedula de ciudadanía No. 66.978.749 de Cali, según consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio el 10 de mayo de 2018.

ARTÍCULO TERCERO: En los términos previstos en el numeral 8º del Artículo 4º del Acuerdo No. 27 de 2.014 expedido por la Junta Directiva de la ESE HUEM, continuar con el Proceso de Alianza Estratégica de Iniciativa Privada sin Riesgo Compartido No: SS17-428.

ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución rige a partir de su expedición, debe ser notificada personalmente al representante legal de DUMIAN MEDICAL SAS y publicarse en la página Web de la institución.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en san José de Cúcuta, a los 20 días del mes de junio de 2018.

JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA
GERENTE

Revisó: Judith Magaly Carvajal Contreras, Asesora Jurídica G.A.B.Y.S
Proyectó: Luz Amparo Gelvez, Asesora Jurídica Externa.