Bucaramanga, 5 de diciembre de 2019

Doctor

**JORGE ELIECER GÓMEZ TOLOZA**

Juez Séptimo Oral Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga

Ciudad

*MEDIO DE CONTROL PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS*

RADICADO: 2018-00227-00

ACCIONANTE: MARCO ANTONIO VELÁSQUEZ

ACCIONADO: DEPARTAMENTO DE SANTANDER- MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA.

ESPERANZA BLANCA DILIA FARFAN FARFAN en mi condición de Procuradora 212 Judicial I para Asuntos Administrativos, me permito presentar ante su Despacho concepto de fondo en el medio de control de la referencia:

1. **Antecedentes**
2. **La demanda**

Indica el accionante que solicitó al municipio de Floridablanca y al Departamento de Santander adoptar las medidas necesarias y gestionar las apropiaciones presupuestales para poner en funcionamiento la Unidad Materno Infantil del Hospital San Juan de Dios, el cual se encuentra en ruinas en la actualidad y que las mismas no fueron atendidas. Igualmente afirma que la obra antes referenciada inició con el alcalde de Floridablanca Carlos Roberto Ávila y se tenía calculada la terminación para el año 2016, no obstante a la fecha es una obra inconclusa, por tanto afirma que en esta obra se violaron los principios de la contratación Estatal como la planeación y no existió un estudio de viabilidad financiera del proyecto.

Solicita que se ordene realizar las acciones necesarias para terminar la adecuación de los predios donde funcionara el Hospital Materno Infantil de Floridablanca y se ponga en funcionamiento en un plazo no superior a cinco meses, para lo cual se deberá realizar las apropiaciones presupuestales por parte del Municipio de Floridablanca y el Departamento de Santander.

Señala como vulnerados los derechos al goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

1. **Las contestaciones**

**El Departamento**

La apoderada del departamento de Santander descorre el traslado de la demanda, aseverando que se opone a todas las declaraciones y condenas, por considerar que no existe lugar a la prosperidad de la presente acción por carecer de fundamentos de hecho y derecho. Igualmente, cita el parágrafo 2 del artículo 13 de la ley 1523 de 2012, resaltando que *el alcalde, como conductor del desarrollo local, es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción,* precisando que el Departamento solo le compete contribuir de manera complementaria y subsidiaria, ratificando de esta manera que al Departamento no le corresponde usurpar funciones del municipio de Floridablanca.

Responde los hechos de forma genérica o se abstiene de responderlos aduciendo distintas razones.

En concreto respecto al tema de la UMIF indica que consultada la asesora de la Secretaria de Infraestructura y la Secretaria de Salud Departamental: 1) el proyecto ya tiene asignados recursos 2) está registrado en el sistema de seguimiento y evaluación de proyectos de inversión 3) está inscrito en el plan de adquisiciones, cuenta con presupuesto y cronograma de obra 4) la licitación esta próxima a abrirse.

Plantea como excepción la falta de legitimación en la causa material por pasiva.

**El municipio de Floridablanca**

La apoderada del Municipio contesta la demanda manifestando que se opone a las pretensiones, aduce que el municipio no es el competente en la construcción, dotación, creación de la planta de personal y puesta en marcha del Hospital Materno Infantil, pues corresponde a la ESE Hospital San Juan de Dios de este municipio que es del orden Departamental.

Aunado a ello, plantea como excepciones la falta de competencia funcional del Municipio de Floridablanca en el objeto de la acción, reiterando que el competente es el Departamento de Santander; la inexistencia de vulneración de derecho colectivo, la ineptitud sustantiva de la demanda, pues las pretensiones no guardan coherencia con los hechos; insuficiencia probatoria y carga probatoria en cabeza del accionante alegando que debe rechazarse la acción pues la prueba de oficio por parte del juez solo procede en caso de que el actor no pueda cumplir la carga, lo cual no aplicaría en el presente caso; por último propone la excepción genérica.

1. **Consideraciones del Ministerio Público**
2. **Asunto previo**

Al presente trámite no fue vinculada la E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, no obstante, de los elementos de pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que esta entidad también tiene que ver con los hechos fundamento de la demanda, a partir de lo cual me permito solicitar respetuosamente, se estudie la posibilidad de vincularla al presente trámite, en aras de garantizar la concurrencia de la totalidad de los involucrados en el asunto.

En efecto, el contrato de obra 001-2015 fue suscrito entre la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS y el CONSORCIO FLORIDABLANCA, de manera que fue la entidad inicialmente mencionada la que contrató la cuestionada obra. Además, en el parágrafo de la cláusula novena del contrato se indica que: “(…) PARÁGRAFO. SUPERVISIÓN DE LAS OBRAS. *El Hospital ejercerá la Supervisión del contrato a través del Sub Gerente de la E.S.E. Doctor Daniel Villamil García, quien deberá ejercer el control técnico, administrativo y contable a la ejecución del contrato de obras y funciones de la interventoría”.*

También obra oficio en el que se indica que la Contraloría auditó a la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS analizando el contrato No. 001-2015, sobre la construcción de la Unidad Materno Infantil del Sur en el municipio de Floridablanca Fase II, y como resultado del proceso auditor se estableció un hallazgo fiscal por valor de $1.760.228.036 con presunto alcance disciplinario y penal. En el cuadro consolidado de hallazgos se hace referencia a 9 hallazgos de tipo administrativo, 1 disciplinario, 1 penal y 1 fiscal.

1. **Problema Jurídico**

En el presente caso se busca determinar si el actuar de las entidades involucradas en la contratación de las obras tendientes a la construcción y puesta en funcionamiento de la Unidad Materno Infantil de Floridablanca, vulnera derechos colectivos, conforme lo enunciado en la demanda.

1. **Análisis jurídico**

El artículo 88 de la Constitución estableció las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza y determinó que las mismas debían tener un desarrollo legal, expidiéndose así la ley 472 de 1998.

Sobre la finalidad de las acciones populares y los requisitos necesarios para la prosperidad de la misma, ha indicado el Consejo de Estado:

*(…)*

*En tanto que mecanismos procesales para garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, la prosperidad de la acción popular depende, según ha sido establecido por la jurisprudencia, de la verificación de los siguientes supuestos sustanciales en el caso concreto: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal generado por la actividad humana; y, c) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Estos supuestos deben ser debidamente acreditados en el proceso como presupuesto para que la vulneración del derecho colectivo invocado sea declarada[[1]](#footnote-1).*

Según los parámetros jurisprudenciales establecidos es necesaria la acreditación de estos tres elementos en el caso concreto para la prosperidad de la acción popular.

**1. Derecho a la moralidad administrativa**

Teniendo en cuenta que se aduce como vulnerado el derecho a la moralidad administrativa, es necesario poner de presente el alcance que el Consejo de Estado ha dado al mismo, en sentencia del 5 de julio de 2018, rad. 200012331000 201000478 01, Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Sección Tercera, Subsección A, se indicó:

*(…)*

*El 1 de diciembre de 201565, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, después de realizar un recuento jurisprudencial de las sentencias más importantes que hasta ese momento se habían proferido sobre el derecho colectivo a la moralidad administrativa, destacó tres presupuestos que permiten identificar la amenaza o vulneración de ese derecho desde una concepción más uniforme según su alcance y contenido, lo que, a su vez, brinda seguridad jurídica a las decisiones que en relación con aquél se deban adoptar.*

*En consecuencia, dado que se trata de una sentencia mediante la cual la Corporación unificó su postura frente a lo que debe entenderse por derecho colectivo a la moralidad administrativa66, la Sala debe acogerla para resolver el presente asunto en lo que a ese derecho colectivo corresponde y, por tanto, dada su claridad y pertinencia sobre el tema, se permite transcribir el aparte pertinente de ella (se transcribe como obra en la sentencia):*

*“En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, es importante que la determinación de su vulneración, o no, no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del funcionario, sirven como parámetros la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal; la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función. Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado.*

*“Tales temas son:*

*“2.1. La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. (…)*

*“2.2. Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:*

*“2.2.1. Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.*

*“(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.*

*“Esta conexión ‘moralidad – legalidad’ no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación ‘no se puede colectivizar toda transgresión a la ley’. Esto quiere decir, que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.*

*“(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.*

*(…)*

*“2.2.2. Elemento subjetivo*

*“No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.*

*“Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.*

*“Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.*

*“2.2.3. Imputación y carga probatoria*

*“Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.*

*“En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa.*

*“La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer efectivo el principio constitucional con el que debe cumplirse la función pública.*

*“En efecto, el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente.*

*“Por ello, la concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre los cuales calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes.*

*“Lo anterior significa la concreción de la institución jurídica del debido proceso. De no ser así se estaría juzgando a la administración por violación a la moralidad administrativa sin las formas propias del juicio de acción popular, en el que para su prosperidad se requiere la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo y el tercer presupuesto, no menos importante, consistente en la acusación y prueba tanto del primero como del segundo” (destaca la Sala).*

*(…)*

*La Corporación ha reconocido también que la moralidad administrativa y el patrimonio público se encuentran íntimamente relacionados71, en tanto que el correcto y adecuado manejo de los bienes y dineros públicos, que comporta la eficiencia y transparencia en su manejo y administración, constituye una expresión de la moral administrativa y, a la vez, una de las finalidades que se buscan asegurar a través del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.*

*En ese sentido, el Consejo de Estado ha expresado que la afectación del patrimonio público puede implicar la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, ya que, generalmente, supone la falta de honestidad y pulcritud en el manejo de los recursos públicos72; sin embargo, ha advertido también que no siempre la vulneración del derecho a la defensa del patrimonio público comporta la vulneración de la moralidad administrativa73.*

*Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: "la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva"74.*

**2. El principio de planeación en la contratación estatal**

La jurisprudencia ha desarrollado el contenido de los principios que rigen la contratación estatal, en lo atinente al principio de planeación ha indicado:

*(…)*

*3. Los principios de planeación, transparencia, responsabilidad y selección objetiva en la contratación estatal*

*3.1. Según lo tiene ya establecido la jurisprudencia5, dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado6, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la planeación7.*

*Por virtud de ésta la entidad estatal contratante está en el deber legal (Ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa- en su etapa de ejecución8. Reglas que imponen, según lo indicado por la jurisprudencia, que:*

*“[N]o se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume…”9*

*En tal virtud, el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.*

*De otra parte, en cumplimiento también del deber de planeación y del principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25 Ley 80 de 1993); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25 ibídem), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25 ídem).10*

*Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones, en los cuales se detallarán*

*especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30).*

*En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica11, así como la modalidad de proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.*

*De allí que si esta manifestación del principio de economía debe orientar los procesos de contratación, resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general.[[2]](#footnote-2)*

 **c. Caso concreto**

En el presente caso indica el actor que se vulnera el principio de planeación en la ejecución del contrato para la adecuación y funcionamiento de la Unidad Materno Infantil de Floridablanca, por no existencia de viabilidad financiera del proyecto, por falta de estudios de factibilidad y prefactibilidad que llevaron a que la obra quedara inconclusa.

Obra en el expediente oficio de remisión y cronograma de actividades del proyecto Adecuación y habilitación de la infraestructura existente para la puesta en marcha de la Unidad Materno Infantil del Municipio de Floridablanca.

Testimonio de ALFA GÉLVEZ FIGUEREDO, quien indica que se desempeña como Asesora de la Secretaria de Salud de Santander desde el 11 de febrero de 2016. Señala que conoce el proyecto desde el año 2016, que le consta que el mismo tiene viabililidad, que los recursos para la obra no fueron suficientes, que están buscando recursos, que en el presupuesto quedo contemplado el mobiliario, agrega que el proyecto se estaría ejecutando en 6 u 8 meses.

El Departamento allega informe juramentado sobre información requerida por el Juzgado como prueba de oficio, se destaca de ésta:

1. La actual administración departamental encontró irregularidades en la ejecución del proyecto y en el mes de diciembre de 2016 formuló denuncia ante la Procuraduría Regional de Santander y en enero de 2017 ante la Contraloría General de Santander.

2. Certificación Banco de Proyectos del proyecto ADECUACION Y HABILITACION DE LA INFRAESTRUCTURA EXISTENTE PARA LA PUESTA EN MARCHA DE LA UNIDAD MATERNO INFANTIL DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA 16/07/19.

3. Para el 2018 la Administración apropió $7.986.830.610.13, según CDP del 30 de julio de 2018, para la terminación de la construcción de la edificación, se adelanta proceso licitatorio de la obra y de la interventoría, copia del acta de apertura del proceso licitatorio.

4. El inmueble es de propiedad del Departamento, sin embargo la Curaduría autorizó la subdivisión del mismo y la Asamblea autorizó la trasferencia de parte del inmueble al Hospital San Juan de Dios de Floribablanca.

5. El proyecto de Construcción de la Unidad materno Infantil de Floridablanca fue presentado al Ministerio de Salud en el año 2014 para la construcción de la Fase II, la cual obtuvo concepto técnico favorable por parte del Ministerio de Salud en julio de 2014, los dineros fueron girados directamente a la Empresa Social del Estado San Juan de Dios de Floridablanca, en suma de $7.879.941.764.92 y la ESE celebró el contrato de interventoría 001 de 2015 y el contrato de obra 01 de 2015.

6. En los informes de interventoría de la Fase II se indica que 1) debió ajustarse el proyecto a la normatividad hospitalaria (del año 2010) y a la normatividad de redes contraincendio 2) algunas cantidades por encima de las necesidades y otras por debajo 3) no fueron contempladas todas las actividades complementarias de obra civil, suministro e instalación de equipos, obras de urbanismo, necesarias para la terminación de la edificación y su adecuado funcionamiento.

8. El Departamento en la vigencia 2018 destinó los recursos necesarios para la culminación y puesta en funcionamiento de la UMIHF para obras de urbanismo, cerramiento y dotación de mobiliario. En trámite el proceso licitatorio.

En el informe juramentado de la Contraloría General de la República, indica que realizó auditoria especial a la ESE san Juan de Dios de Floridablanca, en la vigencia 2017 y que en esta auditoria se analizó el contrato de obra 01-2015, se destaca:

1) En la resolución de asignación de recursos se asignó al departamento de Santander funciones de seguimiento y vigilancia del proyecto.

2) Como resultado de la auditoria se encontró un hallazgo fiscal por $1.760.228.036 con alcance disciplinario y penal, para lo cual se dispuso la compulsa respectiva.

3) En el informe definitivo de auditoria especial se indica que el presupuesto de obra aprobado por el Ministerio de Salud, en cuanto a las actividades del contrato de obra y suministro de equipos fue modificado al publicar el proceso licitatorio en el SECOP, sin ofrecer argumentación alguna para ello, en cuanto a actividades de obra, cantidades de obra y precios unitarios; también se expresa que las actividades de suministro fueron incluidas en el contrato de obra pública aumentando representativamente los precios en detrimento del alcance de la obra, se concluye que no se contrató de acuerdo con el presupuesto aprobado y que el Departamento no hizo el seguimiento al que estaba obligado.

Del material probatorio allegado al expediente, desde el punto de vista del Ministerio Público, se puede establecer la vulneración de los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Resulta evidente que hubo deficiencias en la planeación de la fase II de la construcción y puesta en funcionamiento de la UMIHF, pues lo que se pretendía era la culminación y puesta en funcionamiento de la misma y en ese sentido estuvo orientado todo el proceso previo a la contratación, en tanto que ejecutado y liquidado el contrato, la construcción de la edificación no se terminó y por ende, tampoco entró en funcionamiento la Unidad.

De acuerdo con el informe de Auditoria de la Contraloría General de la República, hubo modificación de las cantidades de obra, de las actividades de obra y los precios unitarios; así como la inclusión de actividades de suministro en el contrato de obra en la licitación, en relación con el presupuesto aprobado por el Ministerio de Salud, sin que al respecto se presentaran razones que fundamentaran tal determinación, de manera que desde el momento mismo del planteamiento del pliego de condiciones se sabía que la obra quedaría inconclusa y no se realizó gestión alguna ni se tomaron decisiones para conjurarla, siendo para ese momento ya una certeza que la obra no culminaría.

No se desconoce que en este tipo de obras se pueden presentar situaciones que demanden ajustes; no obstante, lo reprochable en este caso es que no se expusieran las razones que justificaran plantear un pliego de condiciones con parámetros distintos a los contenidos en el presupuesto aprobado por la entidad que puso el dinero para la obra y que permitieran verificar la transparencia y objetividad de tal proceder y precisamente por eso resulta una actuación arbitraria no justificada y que lesiona el patrimonio público, porque tales modificación implicaron mayor demanda de recursos en relación con lo planeado previamente, de modo que también se afectó el principio de transparencia.

La violación del principio de planeación también se verifica con la información suministrada bajo juramento por el Secretario de Salud del Departamento, pues se indica que debió ajustarse el proyecto a la normatividad hospitalaria del año 2010 y a la normatividad de redes contraincendios; que se encontró algunas cantidades de obra por encima de las necesidades y otras por debajo; que no fueron contempladas todas las actividades complementarias de obra civil, suministro e instalación de equipos, obras de urbanismo, necesarias para la terminación de la edificación y su adecuado funcionamiento, reconocimiento que confirma deficiencias en la planeación de la obra y que desde el principio del proceso de contratación las mismas resultaban previsibles.

De otro lado, según el informe de auditoría, las especificaciones contenidas en el pliego de condiciones que contienen cambios frente al presupuesto aprobado por el Ministerio de Salud, tuvo implicaciones fiscales, por tanto también se ve comprometido el derecho colectivo al patrimonio público, al punto que tanto la Contraloría General como funcionarios de la Secretaria de Salud compulsan copia para que se adelanten investigaciones penales y disciplinaria, pues al decir de esta última, encontró irregularidades en la ejecución del proyecto, que en su criterio ameritaron tomar esta determinación.

Ahora, resulta reprochable el actuar de los funcionarios que tuvieron a cargo el proceso de contratación por parte de la ESE y del Departamento. Los primeros porque efectuaron modificación en la contratación frente a lo previsto en la fase precontractual, la cual implicó afectación en aplicación de los recursos, pues el dinero con el cual se preveía terminar la obra, resultó insuficiente para ello y aun bajo la trascendencia de estas modificaciones, no se ofreció ninguna explicación al respecto.

Es un actuar inadmisible, pues afecta los principios de planeación y transparencia exigibles en los procesos de contratación estatal e independiente del propósito con el cual hayan actuado los funcionarios encargados, lo cierto es que las consecuencias de dichas actuaciones contrarían los principios de la administración pública, desconoce el interés general y la inversión eficiente de los recursos públicos.

En virtud de la importancia del proyecto y el monto de los dineros comprometidos, era exigible al equipo de trabajo de la ESE y especialmente al Gerente, sumo cuidado y diligencia en cada una de las decisiones que se tomaban en este proceso de contratación, así como brindar las condiciones de transparencia necesarias para el control de las decisiones, si se consideraba pertinente hacer cambios en las especificaciones y valores del contrato frente a la fase previa, lo que no se realizó.

Nótese además que el gerente tenía a cargo, según lo contemplado en el parágrafo de la cláusula novena del contrato, ejercer el control técnico, administrativo y contable a la ejecución del contrato de obra y funciones de la interventoría.

Es también evidente el actuar del Departamento que conllevó la vulneración de derechos colectivos. En efecto, se trata de la entidad que gestionó los dineros para la obra, en la medida que la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA es del orden departamental, prestó el apoyo a la ESE en el proceso de contratación y de conformidad con la resolución 5966 de 2014, a través de la cual se asignan los recursos para el proyecto, correspondía a este ente territorial el cumplimiento de una serie de obligaciones en relación con el seguimiento del proyecto y la verificación de la adecuada inversión de los recursos.

A partir de lo anterior se puede inferir que los funcionarios que actuaron en el desarrollo del proceso de contratación por parte del Departamento, lo hicieron contrariando principios de la contratación estatal, pues si participaron o elaboraron el pliego de condiciones, lo hicieron contrariando decisiones ya tomadas en la etapa precontractual con altas implicaciones económicas para el proyecto y sin aducir razón alguna; si no participaron ni elaboraron el pliego de condiciones, omitieron ejercer las funciones de supervisión, control y vigilancia sobre el proceso contractual, específicamente no controlaron la concordancia entre el pliego de condiciones y lo planeado en la etapa precontractual, punto que determinó que se contara con menos recursos para la obra.

Así, se estima que se encuentran acreditadas las condiciones que hacen procedente acceder al amparo, en cuanto se vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público en la construcción de la UMIHF.

**d.- Concepto del Ministerio Público**

Con fundamento en lo anotado, estima la delegada del Ministerio Público que ha de declararse la vulneración de los derechos colectivos consagrados en los literales b y e del artículo 4 de la ley 472 de 1998, y en consecuencia, debe disponerse la protección de los mismos, con la orden de culminación de las obras y adecuaciones necesarias para terminar la edificación donde debe funcionar la Unidad Materno Infantil del Hospital de Floridablanca y poner en funcionamiento la misma.

Cordialmente,

**ESPERANZA BLANCA DILIA FARFAN FARFAN**

Procuradora 212 Judicial I para Asuntos Administrativos

RELACIÓN DE PRUEBAS

1. ACTO ADMINISTRATIVO POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA LA APERTURA PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA No. IT-LP-18-28: “ADECUACION Y HABILITACION DE LA INFRAESTRUCTURA EXISTENTE PARA LA PUESTA EN MARCHA DE LA UNIDAD MATERNO INFANTIL DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA”.
1. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de mayo de 2013, exp 15001-23-31-000-2010-01166-01(AP), CP GUILLERMO VARGAS AYALA. [↑](#footnote-ref-1)
2. CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de mayo de 2012, exp. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO. [↑](#footnote-ref-2)