



Radicado: 88-001-23-33-000-2014-00012-01 (55700)

Demandante: BEMOR S.A.S. Y OTRO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 88-001-23-33-000-2014-00012-01 (55700)
Demandante: BEMOR S.A.S. Y CLÍNICA DE MANIZALES S.A.
(INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL)
Demandado: DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA

Temas: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Es el idóneo para cuestionar la legalidad de actos administrativos contractuales. CONTRATO DE CONCESIÓN - Concepto. DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Concepto - Alcance - Características. CARGA DE LA PRUEBA - Quien demanda tiene la carga de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que cuestiona. COMPETENCIA DEL JUEZ EN SEGUNDA INSTANCIA - Por regla general se limita a los aspectos que fueron apelados. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto - Le está vedado al juez pronunciarse acerca de aspectos que no fueron pretendidos en la demanda o que no hayan sido expuestos en los hechos.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 31 de diciembre de 2007, el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Unión Temporal Misión Vital, celebraron el contrato de concesión n.º 342, cuyo objeto consistió en la "entrega en CONCESIÓN que hace el Departamento al Concesionario del Hospital Departamental de San Andrés y Providencia Islas, para la prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la



demanda de los niveles 1, 2 y 3 raizal del Sisben, regímenes especiales y particulares, así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios [...]". Por medio de la Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010, modificada en ciertos apartes¹ mediante Resolución n.º 006295 del 28 de noviembre de 2011, el Departamento declaró la caducidad del contrato ante el incumplimiento grave del contratista, quien dejó de ejecutar el contrato.

Las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica de Manizales S.A., integrantes de la Unión Temporal Misión Vital, solicitan que se declare la nulidad de las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011, y su consecuente restablecimiento del derecho, pues aducen que fueron proferidas con infracción de ley y desviación de poder.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 7 de febrero de 2014², las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A., integrantes de la Unión Temporal Misión Vital, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentaron demanda en contra del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

1.2. En la demanda la parte actora formuló las siguientes pretensiones, que se transcriben textualmente, incluso con eventuales errores:

"DECLARACIONES Y CONDENAS

Sírvanse señores Magistrados, previos los trámites legales pertinentes, hacer las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: *Que es NULA la Resolución 5404 del 9 de Diciembre de 2010 proferida por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se declaró la caducidad del Contrato de Concesión No. 342 de 2007 suscrito entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Unión Temporal Misión Vital.*

¹ El acto referido modificó la decisión inicial, puntualmente en cuanto: (i) hacer efectiva la cláusula penal de forma proporcional; y (ii) ordenar la liquidación del contrato. Por lo demás, la decisión se mantuvo incólume.

² Fl. 1 a 26, C. 1.



Nulidad que, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 163 del C.P.A.C.A., solicito se haga extensiva a la Resolución No. 6295 del 28 de noviembre de 2011, mediante la cual el Departamento confirmó en su totalidad la Resolución 5404 ídem.

Segunda: *Que, como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al pago de los perjuicios causados a mis representadas, las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A. en Liquidación Forzosa Administrativa (en su condición de miembros de la Unión Temporal Misión Vital) con ocasión de la expedición y ejecutoria de las resoluciones demandadas, así: [...]*

Tercera: *Condenar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a ajustar las sumas que resulten a favor de las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A. en liquidación forzosa administrativa (en su condición de miembros de la Unión Temporal Misión Vital), de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a partir del momento en que debió realizarse el pago de cada una de las obligaciones adeudadas por la entidad demandada, y dando aplicación a la siguiente fórmula, [...]*

Cuarta: *Condenar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a cancelar a las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A. en liquidación forzosa administrativa (en su condición de miembros de la Unión Temporal Misión Vital) por concepto de agencias procesales, el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas en la demanda de conformidad con el numeral 3.1.2 del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o por las normas que lo deroguen, modifiquen o adicionen.*

Quinta: *Condenar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a cancelar a las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A. en liquidación forzosa administrativa (en su condición de miembros de la Unión Temporal Misión Vital) las costas procesales en que incurran, de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.*

Sexta: *Ordenar Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a cancelar a las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A. en liquidación forzosa administrativa y dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.*

1.3. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Afirmó que el 31 de diciembre de 2007, el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Unión Temporal Misión Vital celebraron el contrato de concesión n.º 342, cuyo objeto consistió en la "entrega en CONCENSIÓN que hace el Departamento al Concesionario del Hospital Departamental de San Andrés y Providencia Islas, para la prestación, operación, explotación, organización y



gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la demanda de los niveles 1, 2 y 3 raizal del Sisben, regímenes especiales y particulares, así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios, bajo las condiciones expresas definidas en este documento, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la ENTIDAD CONTRATANTE a cambio de una remuneración, de conformidad con las condiciones definidas en los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 12 de 2007, y sus anexos, que forman parte del presente contrato así como la propuesta presentada por el concesionario".

1.3.2. Adujo que el plazo de ejecución del contrato fue de 12 años contados a partir de la firma del acta de inicio y que su valor, para el primer año, correspondió a la suma de \$5.000.000.000, que incrementaría cada año de conformidad con el IPC promedio anual.

1.3.3. Indicó que el 11 de febrero de 2008 se firmó el acta de inicio, fecha a partir de la cual el concesionario asumió la operación del Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y del Hospital Local de Providencia.

1.3.3. Puso de presente que al "inicio" la operación fue adecuada y "armoniosa", pero "en su evolución se fueron presentando dificultades de tipo operativo, administrativo y burocrático que tomaron más difícil y entrabada la administración y operación del centro hospitalario para la UNIÓN TEMPORAL. Dificultades, en su mayoría, imputables de manera directa a la administración departamental", tales como: inconvenientes para la movilización y vinculación del personal, falta de entrega de los bienes e infraestructura requeridos para la operación y dificultades financieras.

1.3.4. Añadió que el 15 de abril de 2009, ante las dificultades administrativas y financieras en la operación, el concesionario celebró un convenio con Caprecom, que se extendió hasta el 18 de abril de 2010, para que esta última administrara el Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y el Hospital Local de Providencia.



1.3.5. Manifestó que el 9 de abril de 2010, Caprecom le informó al concesionario que no prorrogaría el convenio, de tal suerte que la Unión Temporal debió asumir nuevamente la operación de las instituciones hospitalarias mencionadas.

1.3.6. Dio cuenta que el 18 de abril de 2010, el Departamento declaró la urgencia manifiesta por cuenta de la supuesta afectación en la prestación del servicio de salud otorgado en concesión a la Unión Temporal Misión Vital.

1.3.7. Adujo que, con ocasión de la declaratoria de urgencia manifiesta, el Departamento ordenó entregar a Caprecom la operación del Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y del Hospital Local de Providencia.

1.3.8. Refirió que el 29 de abril de 2010, el Departamento le notificó a la Unión Temporal el inicio de una actuación administrativa que podría llevar a declarar la caducidad del contrato.

1.3.9. Precisó que el 13 de mayo de 2010, la Unión Temporal presentó descargos.

1.3.10. Manifestó que mediante Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010, modificada en ciertos apartes mediante Resolución n.º 006295 del 28 de noviembre de 2011, el Departamento declaró la caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007.

1.4. Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora indicó que las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011 son nulas, pues se expidieron: (i) con infracción de los artículos 1, 2, 3, 29, 83, 85, 86, 90, 209 de la Constitución Política, 1594, 1600, 1602, 1603, 1604, 1606, 1614 y 1615 del Código Civil, 835 y 871 del Código de Comercio, 60 de la Ley 80 de 1993, y 2, 3, 14, 28, 30, 34 y 35 del Decreto 01 de 1984; y (ii) con desviación de poder. Al respecto, la parte demandante formuló los siguientes cargos:



1.4.1. Frente al primer cargo, que denominó "*inexistencia de los supuestos de hecho y derecho contemplados en la ley y la jurisprudencia para decretar la caducidad de contratos públicos*", afirmó que unas fueron las razones expuestas por la entidad para iniciar la actuación administrativa y otras las que finalmente dieron lugar a la medida.

Igualmente, adujo que el Departamento no entregó formalmente el horno incinerador, parte de las instalaciones e infraestructura del Hospital Departamental Amor de Patria, ni los equipos biomédicos, todo lo cual impidió la correcta ejecución del contrato.

De otro lado, afirmó que para el momento en el que se declaró la caducidad del contrato no existía ninguna afectación grave y directa en la prestación del servicio de salud, pues el Departamento había contratado con Caprecom la operación del Hospital Departamental Amor de Patria y del Hospital Local de Providencia. A este efecto, precisó que "*declarada la urgencia manifiesta y siendo ejercida la administración del Hospital por CAPRECOM, ya no por efecto de la UNIÓN TEMPORAL sino contratado directamente por el DEPARTAMENTO queda superado el requisito habilitante que faculta al Estado a declarar la caducidad de contratos*".

Finalmente, adujo que si el Departamento quería asumir directamente la prestación del servicio de salud, pudo haber ordenado la liquidación del contrato.

1.4.2. Frente al segundo cargo, que tituló "*inaplicación del procedimiento pactado en el contrato de concesión para decretar la caducidad*", refirió que el Departamento desconoció el procedimiento establecido en la cláusula vigesimoquinta del contrato, pues, según dicha estipulación, el concesionario contaba con 30 días para subsanar el incumplimiento endilgado o para ejercer su derecho de defensa y, vencido este plazo, la Administración tenía 10 días para resolver si declaraba o no la caducidad del contrato, lo que no ocurrió en el presente caso, pues los tiempos se superaron.



1.4.3. En lo que atañe al tercer cargo, que denominó "*violación del derecho de defensa y debido proceso*", manifestó que el Departamento "*solo valoró las pruebas que consideró pertinentes y conducentes para imputar responsabilidad a mi poderdante, incluso, otorgándoles a las mismas el alcance y significado -parcializado- que sirviera a su propósito de inculpar. Así mismo, no practicó las solicitadas y decretadas para esclarecer hechos, ni valoró en contexto el acervo que reposaba en el expediente*".

1.4.4. Finalmente, como cuarto cargo, que tituló "*insostenibilidad financiera del centro hospitalario por la situación del sistema de salud colombiano -causa extraña*", afirmó que el Departamento no efectuó un adecuado análisis financiero antes de entregar en concesión la prestación del servicio de salud, lo que a su modo de ver configura una violación al principio de planeación.

2. Contestación de la demanda

2.1. Mediante auto del 1º de abril de 2014³, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió la demanda y ordenó su notificación al departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y al Ministerio Público.

2.2. El 3 de julio de 2014 el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina contestó⁴ la demanda, mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó unos, negó otro tanto e indicó no constarle los restantes.

2.2.1. A este efecto, con relación al primer cargo invocado por la actora, precisó que el Departamento inició el procedimiento administrativo por cuenta del incumplimiento grave del contratista, puntualmente en cuanto a: (i) modificar la composición de la Unión Temporal Misión Vital sin el consentimiento del ente territorial; (ii) cesar los pagos de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado

³ Fl. 51 a 53, C. 1.

⁴ Fl. 64 a 76, C. 1.



y energía eléctrica, así como también el pago de impuestos; (iii) cesar el pago de salarios y honorarios; (iv) paralizar el contrato de concesión y afectar la prestación del servicio de salud; (v) omitir la presentación de informes obligatorios; y (vi) manejar de forma inadecuada los residuos hospitalarios y el horno incinerador, cargos que no fueron desvirtuados por la Unión Temporal durante la actuación adelantada en su contra.

2.2.2. Frente al segundo cargo de la demanda, indicó que a pesar de que la Administración no tuvo en cuenta el plazo previsto en el contrato para declarar su caducidad, dicha circunstancia no afecta los actos acusados, pues a lo largo de la actuación se respetaron las garantías procesales del concesionario.

2.2.3. Con relación al tercer cargo, reiteró que a lo largo de la actuación administrativa adelantada en contra del concesionario se garantizaron sus derechos, puntualmente el debido proceso.

2.2.4. En cuanto al cuarto cargo aducido por la actora, manifestó que la Unión Temporal conocía claramente las condiciones del contrato, de tal manera que *“no puede ser de recibo que a estas alturas la Concesionaria alegue en su favor esta causal”*.

2.2.5. Finalmente, propuso como excepción la que denominó *“legalidad de los actos administrativos que declararon la caducidad administrativa y su confirmación”*, bajo el entendido de que los actos acusados se profirieron de conformidad con la Ley.

3. Audiencia inicial y audiencia de pruebas

3.1. El 24 de octubre de 2014⁵ y el 13 de abril de 2015⁶ se llevó a cabo la audiencia inicial⁷, en el marco de la cual el Tribunal adelantó las etapas de saneamiento del

⁵ Fl. 186 a 188, C. 1.

⁶ Fl. 239 a 257, C. 1.

⁷ Fl. 425 a 429 y 430 (CD), C. 1.



proceso⁸, excepciones previas⁹, fijación del litigio¹⁰, conciliación judicial¹¹, medidas cautelares¹², decreto de pruebas¹³ y fijó fecha para la audiencia de pruebas.

3.2. El 11 y 29 de mayo de 2015 tuvo lugar la audiencia de pruebas¹⁴, en la que se practicaron aquellas que fueron decretadas en la audiencia inicial, puntualmente los testimonios solicitados por ambas partes.

4. Alegatos de conclusión

Una vez finalizada la práctica de pruebas se declaró cerrada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto por escrito, respectivamente¹⁵.

4.1. La parte demandante¹⁶ reiteró lo manifestado en el libelo introductorio, para lo cual trajo al caso nuevamente los cuatro cargos invocados en la demanda.

4.2. El departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹⁷ manifestó que los cargos referidos por la actora no están llamados a prosperar.

4.3. El Ministerio Público guardó silencio.

⁸ En esta etapa el Tribunal dispuso sanear el proceso en el sentido de correr traslado a la parte demandante respecto de la excepción formulada por la parte demandada y resolvió negar la solicitud del demandante de integrar el contradictorio citando a las sociedades Distribuimos Representaciones Médicas S.A. y Map Medios S.A., integrantes de la Unión Temporal Misión Vital.

⁹ A este efecto, el Tribunal indicó que la excepción formulada por la parte demandada sería resuelta en la sentencia.

¹⁰ El Tribunal, tras mencionar los hechos y pretensiones de la demanda, así como lo expuesto en la contestación de la demanda, fijó el litigio de la siguiente manera: "*Al existir oposición a todas y cada una de ellas [se refiere a las pretensiones de la demanda] en el escrito de contestación se evidencia una oposición total a estas por lo tanto se ha de fijar el litigio sobre las mismas. Es decir ha de centrarse el asunto de fondo en el estudio de la legalidad o ilegalidad del acto contractual que contiene la declaratoria de caducidad del contrato referido en la demanda. Para luego si hay lugar a ello determinar la existencia de los perjuicios a que haya lugar*".

¹¹ El *a quo* declaró fallida esta etapa ante la falta de ánimo conciliatorio de las partes.

¹² En la audiencia se dejó constancia que en el presente caso no se solicitó medida cautelar alguna.

¹³ El Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que consideró necesarias, conducentes y pertinentes.

¹⁴ Fl. 267 a 276 y 319 a 324, C. 1.

¹⁵ Fl. 500, C. 1.

¹⁶ Fl. 327 a 332, C. 1.

¹⁷ Fl.333 a 348, C. 1.



4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 20 de agosto de 2015¹⁸, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina negó las pretensiones de la demanda.

4.3. En cuanto a la inexistencia de requisitos para declarar la caducidad del contrato, el Tribunal empezó por referirse al incumplimiento alegado por la actora, consistente en la omisión del Departamento en el sentido de entregar formalmente la infraestructura y bienes que comprendieron el objeto contractual, frente a lo cual adujo que dicho incumplimiento no fue grave y, por tanto, no puso al concesionario en una situación que le impidiera ejecutar el contrato, y recalcó que, si bien las partes estipularon que el Departamento debía entregar los bienes e infraestructura a través de un acta, en el presente caso no se probó que dicha omisión hubiese afectado la ejecución del contrato.

Con relación a lo aducido por la parte demandante frente a la extemporaneidad de la declaratoria de caducidad del contrato, el Tribunal indicó que el Departamento hizo uso de la facultad exorbitante en vigencia del contrato.

4.4. Frente al desconocimiento del plazo para declarar la caducidad del contrato previsto en la cláusula vigesimoquinta del acuerdo de voluntades, el Tribunal afirmó que, a pesar de que el Departamento excedió el término estipulado por las partes para adoptar la medida, dicha circunstancia no genera la nulidad de los actos administrativos acusados, pues, en todo caso, la caducidad se declaró en vigencia del contrato.

4.5. En punto de la alegada violación de los derechos de defensa y debido proceso, manifestó que lo afirmado por la parte actora *“constituye en primer lugar una apreciación subjetiva del demandante sobre la cual no ofrece explicación alguna y que halla en consideración de esta Sala una respuesta negativa en cuanto a la necesidad de las pruebas solicitadas por el demandante en sede administrativa, si se tiene en cuenta el vasto cúmulo documental arrimado a este proceso que da fe*

¹⁸ Fl. 348 a 365, C. Ppal.



sobre la irregularidad, deficiencia y precariedad en la prestación del servicio por parte del Demandante”.

4.6. Finalmente, frente al cuarto cargo formulado por la parte demandante, atinente a la insostenibilidad financiera del centro hospitalario por la situación del sistema de salud colombiano, manifestó que de conformidad con el contrato de concesión el riesgo de la prestación del servicio estaba a cargo del concesionario. Además, recalcó que la situación del sistema de salud de Colombia no era una circunstancia imprevisible que afectara la ejecución del contrato.

5. Recurso de apelación

5.1. El 10 de septiembre de 2015, las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A., integrantes de la Unión Temporal Misión Vital, interpusieron recurso de apelación¹⁹, el cual fue concedido el 25 de septiembre de 2015²⁰ y admitido el 27 de enero de 2016²¹.

5.2. En su recurso la parte demandante solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, para lo cual formuló los siguientes reparos:

5.3. En lo que se refiere al primer cargo de la demanda, atinente a la inexistencia de requisitos para declarar la caducidad del contrato, precisó que el Tribunal no tuvo en cuenta que la afectación grave y directa de la prestación del servicio de salud fue superada, dado que el Departamento le entregó a Caprecom la operación del Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y del Hospital Local de Providencia, de tal suerte que no estaban dados los presupuestos para hacer uso de la facultad excepcional.

De igual forma, indicó que el *a quo* no advirtió que la medida sancionatoria fue extemporánea *“en razón a que el Contrato de Concesión fue terminado unilateralmente por el DEPARTAMENTO, remplazando al Contratista por*

¹⁹ Fl. 370 a 374, C. Ppal.

²⁰ Fl. 380, C. Ppal.

²¹ Fl. 387, C. Ppal.



CAPRECOM [...] y no es posible fáctica ni jurídicamente caducar un contrato ya terminado”.

5.4. Con relación los cargos segundo y tercero de la demanda, relacionados con la inaplicación del procedimiento pactado en el contrato para declarar la caducidad y la violación de los derechos de defensa y debido proceso, la parte recurrente afirmó que la Administración no le brindó la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, pues terminó unilateralmente el contrato.

6. Actuación en segunda instancia

Mediante providencia del 2 de marzo de 2016²² se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. La parte demandante²³ solicitó revocar la sentencia apelada y acceder a las pretensiones de la demanda. A este efecto, en lo que guarda relación con la inexistencia de requisitos para declarar la caducidad del contrato, indicó: (i) *“que no hubo congruencia entre el escrito de inicio del procedimiento de caducidad (oficio SAL-2476 del 29 de abril de 2010, a fls de 2010, a fls 001, Cuaderno de Pruebas No. 1) y las resoluciones que la decretaron, toda vez que éstas no se pronunciaron frente a los argumentos y pruebas aportadas y solicitadas”*; (ii) que el departamento incumplió obligaciones a su cargo, que eran indispensables para la ejecución del contrato; y (iii) que el trámite de caducidad se inició con posterioridad a que el contratista fuese excluido de la ejecución del contrato con ocasión de su terminación unilateral.

Con relación a los cargos segundo y tercero, correspondientes a la inaplicación del procedimiento establecido en el contrato para decretar la caducidad y a la violación del derecho de defensa y el debido proceso, indicó que el Departamento: (i) no le permitió al concesionario ejercer su derecho de defensa ni le permitió ajustar la prestación a los nuevos requerimientos exigidos para tal efecto, porque terminó unilateralmente el contrato; (ii) no se pronunció respecto de lo afirmado por el

²² Fl. 389, C. Ppal.

²³ Fl. 390 a 393, C. Ppal.



concesionario en cuanto a que estaba en condiciones de continuar con la operación del servicio otorgado en concesión; (iii) que no obstante no estar en firme la declaratoria de caducidad, presentó a la Asamblea Departamental autorización para celebrar un nuevo contrato de concesión; (iv) en lugar de declarar la caducidad debió proferir multas ante un eventual incumplimiento; y (v) no prestó colaboración al concesionario durante la ejecución del contrato, lo que generó el incumplimiento.

6.2. El Ministerio Público²⁴ manifestó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. Al efecto, precisó que lo afirmado por el apelante en cuanto a la inexistencia de los supuestos para decretar la caducidad del contrato carece de fundamento, *"pues la condición sine qua non, afectación grave y directa en la prestación del servicio de salud y la evidencia de su paralización por razón del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Unión Temporal Misión Vital, se probó de manera fehaciente"*.

De otro lado, afirmó que la declaratoria de caducidad del contrato no fue extemporánea, pues el Departamento adoptó la decisión en el marco de la ejecución del contrato. En tal sentido, precisó que la Administración tiene la potestad de continuar con la ejecución del contrato cuya caducidad se declara, a través de la celebración de otros contratos, como ocurrió en el presente asunto, en el que, previa declaratoria de urgencia manifiesta, el Departamento celebró un contrato con Caprecom.

Frente a la inaplicación del procedimiento establecido en el contrato para decretar la caducidad y la violación del derecho de defensa y el debido proceso, manifestó que al contratista se le comunicó el inicio de la actuación de manera oportuna, quien ejerció su derecho de contradicción y defensa *"en tanto presentó sus descargos ante la entidad contratante y solicitó la práctica de pruebas, las cuales fueron decretadas y practicadas"*, y una vez agotado el trámite se profirió el acto declarando la caducidad del contrato, el cual fue recurrido por el concesionario.

Finalmente, precisó que si bien el Departamento no dio cumplimiento a los plazos pactados en la cláusula vigesimoquinta del contrato, atinente al procedimiento para

²⁴ Fl. 394 a 402, C. Ppal.



declarar la caducidad del contrato, lo cierto es que el ente territorial otorgó todas las garantías al contratista durante la actuación administrativa.

6.3. El departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) caducidad; (5) problema jurídico; (6) solución al problema jurídico; (6.1) régimen del contrato; (6.2.) caducidad del contrato estatal; (6.3.) análisis de la Sala; (6.3.1.) hechos probados y pruebas relevantes; (6.4.) examen de validez de los actos acusados; y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

Con fundamento en el artículo 104 del CPACA²⁵, se advierte la facultad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto, el cual versa sobre la legalidad de actos contractuales, esto es, de las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011, proferidas por el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el cual ostenta la calidad de ente territorial²⁶, de donde se desprende claramente su naturaleza pública.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 20 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que negó las

²⁵ "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."

²⁶ Constitución Política. "ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas".



pretensiones de la demanda, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para el año 2014²⁷ supera los 500 SMLMV, que corresponden al medio de control de controversias contractuales, de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152-4²⁸ del CPACA, vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

2. Del medio de control procedente

De acuerdo con el artículo 141²⁹ del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (iv) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (v) que se hagan otras

²⁷ Para el año 2014 el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$616.027. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Por tanto, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$308.013.500. En este caso, las pretensiones de la demanda se estimaron en 2000 SMLMV, que corresponden a \$1.232.000.000.

²⁸ "ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 4. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

²⁹ "ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."



declaraciones y condenas. De igual manera, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

En el presente caso se estima que el medio de control de controversias contractuales ejercido por la parte actora es adecuado, por cuanto a través de su demanda persigue la declaratoria de nulidad de las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011, proferidas por el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, y se solicita su consecuente restablecimiento del derecho.

3. Legitimación en la causa

De conformidad con lo establecido en el artículo 141 del CPACA, según el cual la legitimación en las acciones contractuales se encuentra, en principio³⁰, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A., integrantes de la Unión Temporal³¹ Misión Vital, y el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina están legitimadas en la

³⁰ Es menester señalar que además de las partes del contrato, tanto el Ministerio Público como los terceros que acrediten un interés directo podrán acudir al medio de control de controversias contractuales para solicitar la nulidad absoluta del contrato.

³¹ Al efecto, conviene recordar que sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, Rad.: 19933, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su jurisprudencia y dispuso que los consorcios y las uniones temporales están facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales originados con ocasión del procedimiento de selección, la celebración o la ejecución del contrato. Al respecto, en este providencia se indicó que, "a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda".



causa por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la expedición de las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011 (hecho probado 6.3.1.1.3.).

4. Caducidad

Comoquiera que la parte demandante pretende la nulidad de las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011, y su consecuente restablecimiento del derecho, la Sala abordará el examen de caducidad teniendo en cuenta para ello el plazo previsto en el numeral 10 del artículo 136 del CCA, aplicable al caso concreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887³², según el cual en las demandas relativas a contratos el término de caducidad será de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

De acuerdo con lo anterior, en el *sub judice* se advierte que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, esto es, dentro de los dos (2) años contados a partir del día siguiente a la notificación de la Resolución n.º 006295 del 28 de noviembre de 2011, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010, teniendo en cuenta: (i) que el acto administrativo fue notificado personalmente al apoderado de la Unión

³² Según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que fue modificado por el artículo 624 del CGP, los términos que hubieren empezado a correr se deben regir por las normas vigentes para el momento en que estos iniciaron a correr. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera en auto del 24 de abril de 2017 dentro del expediente Rad.: 50602, indicó lo siguiente:

“En punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente”.



Temporal el 29 de noviembre de 2011 (hecho probado 6.3.1.1.28.), de manera que el término para demandar empezó a computarse a partir del 30 de noviembre de 2011; (ii) que el 28 de noviembre de 2013, esto es, faltando 2 días para que expirara el plazo preclusivo, se radicó la solicitud de conciliación extrajudicial³³ -que suspende el término de caducidad³⁴-, trámite que fue declarado fallido el 5 de febrero de 2014³⁵; y (iii) que el 7 de febrero de 2014, fecha en la expiraba el plazo para demandar³⁶, la parte actora radicó el libelo introductorio³⁷.

5. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si, de conformidad con lo hechos probados, los actos administrativos demandados adolecen de los vicios alegados en el recurso de apelación y si, con fundamento en ello, hay lugar a declarar su nulidad y a reconocer el restablecimiento solicitado en la demanda.

6. Solución al problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico planteado, conviene referirse brevemente acerca del régimen del contrato sometido a juicio y la declaratoria de caducidad del contrato como potestad excepcional al derecho común.

6.1. Régimen del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007

A este efecto, teniendo en cuenta que el contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, en marco del cual se expidieron los actos administrativos contractuales que se cuestionan en la presente demanda, fue suscrito por el

³³ Fl. 36, C.1.

³⁴ Ley 640 de 2001. "Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable".

³⁵ Ibidem.

³⁶ Lo anterior, comoquiera que los 2 días restantes para el vencimiento de la caducidad, que permaneció suspendida mientras se adelantaba el trámite conciliatorio, empezaron a computarse a partir del 6 de febrero y hasta el 7 de febrero de 2014.

³⁷ Fl. 1 a 26, C. 1.



departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina con el objeto de entregar en concesión el *“Hospital Departamental de San Andrés y los otros puntos de atención incluidos en la red en San Andrés y Providencia Islas, para la prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la demanda de los niveles 1, 2 y 3 raizal del Sisben, regímenes especiales y particulares así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios, bajo las condiciones expresas definidas en este documento, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la ENTIDAD CONTRATANTE, a cambio de una remuneración, de conformidad con las condiciones definidas en los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 12 de 2007, y sus anexos, que forman parte del presente contrato así como la propuesta presentada por el concesionario”*, se colige que el régimen aplicable al negocio jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 *ibidem*, estatuto vigente al tiempo de su celebración³⁸, de modo que este será el marco normativo bajo el cual se abordará el análisis de las pretensiones de la demanda.

Cabe añadir que el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión como aquel que *“celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.*

De igual manera, en cuanto a su contenido, es de resaltar que el estatuto general de contratación de la administración pública establece que las estipulaciones

³⁸ Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*.



contractuales han de ajustarse a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del negocio jurídico de que se trate, pudiendo la partes acordar libremente, en el marco de su autonomía de la voluntad, las cláusulas que consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento jurídico³⁹.

6.2. De la declaratoria de caducidad del contrato como potestad excepcional

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que consagra los medios que pueden utilizar las entidades públicas para el cumplimiento del objeto contractual, prevé las denominadas cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, las cuales, en pro del interés general, se encuentran reservadas a la Administración⁴⁰.

Al efecto, tal y como lo ha referido esta Subsección, existen tres grupos de contratos que se rigen de forma diferente en cuanto a la estipulación de cláusulas excepcionales: en el **primer grupo** están los contratos que tienen por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado -como ocurre en el presente caso- y los contratos de obra, en los cuales se entienden pactadas dichas cláusulas aun cuando no se hubiesen acordado expresamente; en el **segundo grupo** se ubican los contratos de suministro y de prestación de servicios, en los que es potestativo para la administración, mas no obligatorio, pactar estas cláusulas; y finalmente, en el **tercer grupo** se encuentran los contratos que se celebran con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, los interadministrativos, los de empréstito, donación y arrendamiento y los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades

³⁹ El artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en efecto dispone: "*Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. / Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. / En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.*"

⁴⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Rad.: 24697.



estatales diferentes a las señaladas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas y los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, en los que se encuentran prohibidas las cláusulas excepcionales⁴¹.

Ahora bien, según el artículo 18 *ibídem*, la caducidad es entendida como aquella estipulación contractual en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que pueda conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo motivado, que debe ser detallado -artículo 24.7 Ley 80 de 1993- y resultante de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso -artículo 86 Ley 1474 de 2011-, lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado que se encuentre. Además, la caducidad es constitutiva del siniestro de incumplimiento y cuando se declara no hay lugar a indemnización para el contratista, el cual se hará acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en la ley.

En este orden, la declaratoria de caducidad del contrato dará lugar a: (i) la terminación del vínculo contractual sin ningún reconocimiento indemnizatorio a favor del contratista; (ii) ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles las garantías por la configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, cuando esta se haya pactado; (v) la renuncia a los contratos que el contratista tenga en ejecución -inhabilidad sobreviniente-⁴²; y (vi) finalmente configura para el contratista una inhabilidad para participar en procesos y celebrar contratos con entidades públicas por el término de cinco (5) años⁴³.

6.3. El caso concreto

En el recurso de apelación presentado por las sociedades Bemor S.A.S. y Clínica Manizales S.A., integrantes de la Unión Temporal Misión Vital, contra la sentencia

⁴¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia aprobada en Sala del 21 de octubre de 2021. Rad.: 36697.

⁴² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Rad.: 24697.

⁴³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. Rad.: 45121.



del 20 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que negó las pretensiones de la demanda, la parte recurrente centró su reproche en dos aspectos: el **primero**, relacionado con el primer cargo de la demanda, que denominó "*inexistencia de requisitos para declarar la caducidad del contrato*", frente a lo cual afirmó, por un lado, que para el momento en el que la entidad pública declaró la caducidad del contrato se encontraba superada la afectación grave y directa de la prestación del servicio de salud, de tal suerte que no procedía la medida y, por el otro, que la declaratoria de caducidad fue extemporánea, puesto que, previo a la adopción de la medida, la entidad terminó unilateralmente el negocio jurídico; y el **segundo**, atinente a los cargos segundo y tercero de la demanda, esto es, la "*inaplicación del procedimiento pactado en el contrato para decretar la caducidad*" y la "*violación del derecho de defensa y debido proceso*", frente a lo cual afirmó que la Administración, al terminar unilateralmente el contrato, no le brindó al concesionario la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales.

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320⁴⁴ y 328⁴⁵ del C.G.P.⁴⁶, se resolverá el asunto *sub lite* únicamente en relación con los dos reparos expuestos por la recurrente.

Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de esta Sección, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012⁴⁷, unificó su jurisprudencia refiriendo que el mencionado recurso se encuentra

⁴⁴ "Artículos 320: "El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]".

⁴⁵ "Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

⁴⁶ La aplicación del Código General del Proceso en el caso concreto se fundamenta en lo resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 5 de junio de 2014, mediante el cual se unificó la jurisprudencia para señalar que el Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo entró a regir a partir del 1º de enero de 2014 y que "*en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal*", sin perjuicio del régimen de transición previsto en el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad.:49299.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060.



Radicado: 88-001-23-33-000-2014-00012-01 (55700)

Demandante: Bemor S.A.S. y otro

sujeto o limitado a los argumentos planteados por el recurrente y que, por tal motivo, toda inconformidad con lo resuelto por el *a quo* que no se alegue en la alzada, está llamada a excluirse del debate de segunda instancia en virtud del principio dispositivo y de congruencia. Así lo refirió esta Sección en aquella oportunidad:

"(...) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro – y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'".

En esa misma sentencia de unificación, la Sala Plena reiteró que mediante el recurso de apelación se garantiza el derecho de impugnación contra una decisión judicial, y por ende es obligación del recurrente controvertir los argumentos del juez de primera instancia con sus propias consideraciones, en aras de solicitarle al superior que decida sobre el asunto que presenta ante la segunda instancia

Así las cosas, en el presente caso la Sala no entrará a pronunciarse respecto de los cargos y reparos que no fueron objeto de apelación, en razón a que es la parte afectada quien en ejercicio de su poder dispositivo se abstiene de recurrir algunos puntos de la decisión, bien por encontrarlos ajustados a sus intereses o a derecho, o por desidia o descuido, de tal suerte que cuando el superior resuelve la apelación presentada por una sola de las partes del litigio le está permitido pronunciarse exclusivamente sobre los argumentos expuestos en el recurso, excluyéndose de dicho estudio lo que no se proponga en la alzada, en virtud del principio dispositivo y en aras de garantizar el derecho al debido proceso y de defensa, salvo aquellas excepciones que se derivan de las normas o principios consagrados en la Constitución Política o de las normas legales de carácter imperativo, *v.gr* los presupuestos procesales para proferir sentencia de mérito.

Bajo esta óptica, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que



resultan relevantes para decidir la controversia sometida a juicio. De igual manera, se relacionarán las pruebas adicionales para resolver el caso *sub judice*.

6.3.1. Hechos probados y pruebas adicionales relevantes

En el caso concreto la Sala analizará los documentos aportados al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 246⁴⁸ del C.G.P.

6.3.1.1. Hechos probados

6.3.1.1.1. Está acreditado que el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina adelantó la Licitación Pública n.º 12, cuyo objeto consistió en *“la entrega en CONCESIÓN que hace el Departamento al Concesionario del Hospital Departamental de San Andrés y los otros puntos de atención incluidos en la red en San Andrés y Providencia Islas, para la prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la demanda de los niveles 1, 2 y 3 raizal del Sisben, regímenes especiales y particulares así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios, bajo las condiciones expresas definidas en este documento, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la ENTIDAD CONTRATANTE, a cambio de una remuneración, de conformidad con las condiciones definidas en los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 12 de 2007, y sus anexos, que forman parte del presente contrato así como la propuesta presentada por el concesionario”*, según da cuenta copia simple del pliego de condiciones⁴⁹.

6.3.1.1.2. Se probó que por medio de la Resolución n.º 07095 del 28 de diciembre de 2007, el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina adjudicó la

⁴⁸ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

⁴⁹ Fl. 96 a 161, C. Pruebas 1.



Licitación Pública n.º 12 a la Unión Temporal Misión Vital, según da cuenta copia simple del acto administrativo de adjudicación⁵⁰.

6.3.1.1.3. Consta que el 31 de diciembre de 2007, el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Unión Temporal Misión Vital suscribieron el contrato de concesión n.º 342, cuyo objeto, al tenor de lo previsto en su cláusula primera, consistió en *"la entrega en CONCESIÓN que hace el Departamento al Concesionario del Hospital Departamental de San Andrés y los otros puntos de atención incluidos en la red en San Andrés y Providencia Islas, para la prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la demanda de los niveles 1, 2 y 3 raizal del Sisben, regímenes especiales y particulares así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios, bajo las condiciones expresas definidas en este documento, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la ENTIDAD CONTRATANTE, a cambio de una remuneración, de conformidad con las condiciones definidas en los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 12 de 2007, y sus anexos, que forman parte del presente contrato así como la propuesta presentada por el concesionario. PARAGRAFO: Los bienes muebles e inmuebles inherentes a los servicios y a la infraestructura necesaria para su prestación, se describen en los Anexos del Pliegos (sic) de Condiciones de la Licitación Pública No. 12 de 2007. El concesionario se sujetará a los términos establecidos en los Pliegos de Condiciones, a su propuesta y al presente contrato, a las normas de contratación administrativa así como a las demás disposiciones que, por su naturaleza, sean aplicables."*, según da cuenta copia simple del contrato⁵¹.

Frente a las obligaciones a cargo del concesionario, en la cláusula tercera del contrato las partes acordaron que la Unión Temporal Misión Vital, entre otras, se encargaría de la prestación del servicio de salud de conformidad con la normativa vigente, asumiría por su cuenta el costo de los *"servicios Públicos (Teléfono, agua, luz y recolección de aseo), manejo y explotación de la celda de seguridad y el horno*

⁵⁰ Fl. 237 a 239, C. Pruebas 1.

⁵¹ Fl. 81 a 85, C. 1, 85 a 93, C. Pruebas 1 y memoria USB Fl. 160, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1).



incinerador, Servicio de Nutrición y alimentación de pacientes, Archivo clínico y registros estadísticos, Personal Asistencial y Administrativo, Pago de honorarios por servicios profesionales", garantizaría la prestación de los servicios de salud de manera continua e ininterrumpida durante todo el tiempo de ejecución del contrato, y suministraría, los equipos, materiales y personal para ejecutar el contrato.

Con relación al plazo, según lo previsto en la cláusula cuarta del contrato, las partes establecieron que el negocio jurídico se extendería por un término de 12 años, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

6.3.1.1.4. Quedó probado que el 16 de enero de 2008, el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Unión Temporal Misión Vital celebraron el contrato modificatorio n.º 1, en el que modificaron la cláusula segunda del contrato de concesión, relacionada con su perfeccionamiento y ejecución, en el sentido de establecer que el negocio jurídico se entendería perfeccionado con la firma y que se ejecutaría una vez suscrita el acta de inicio, para lo cual era menester aprobar las garantías, según da cuenta copia simple del acuerdo modificatorio⁵².

6.3.1.1.5. Está acreditado que el 30 de enero de 2008, las partes suscribieron el contrato modificatorio n.º 2, en el que modificaron la cláusula decimoquinta del contrato, en el sentido de adicionar un párrafo atinente a la vigencia de la garantía de cumplimiento, según da cuenta copia simple del acuerdo modificatorio⁵³.

6.3.1.1.6. Se probó que el 15 de abril de 2009, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom, *"ante las dificultades que ha tenido la Unión Temporal Misión Vital para la adecuada prestación de los servicio de salud, previa concertación con el Gobierno Nacional y Departamental"* y con el visto bueno del Departamento, suscribieron un contrato de prestación de servicios en el que, al tenor de su clausula primera, acordaron que *"CAPRECOM IPS asume la prestación de los servicios de salud, bajo un esquema de atención integral a los distintos usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombiano, propendiendo por el mejoramiento en la prestación de los servicios y garantizando una oferta de servicios hospitalarios que*

⁵² Fl. 94, C. Pruebas 1.

⁵³ Fl. 86, C. 1 y Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1).



satisfaga la demanda de éstos por parte de los habitantes del departamento, en el Hospital Departamental de San Andrés". Además, las partes estipularon que el contrato tendría un plazo de ejecución de dos (2) meses y quince (15) días. Lo anterior, según da cuenta copia simple del negocio jurídico⁵⁴.

6.3.1.1.7. Está acreditado que el 30 de junio de 2009, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom prorrogaron por dos (2) meses el contrato de prestación de servicios del 15 de abril de 2009, según da cuenta copia simple el acta de prórroga n.º 1⁵⁵.

6.3.1.1.6. Consta que el 27 de agosto de 2009, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom prorrogaron por dos (2) meses el contrato de prestación de servicios del 15 de abril de 2009, según da cuenta copia simple del acta de prórroga n.º 2⁵⁶.

6.3.1.1.7. Se probó que el 30 de octubre de 2009, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom prorrogaron por dos (2) meses el contrato de prestación de servicios del 15 de abril de 2009, según da cuenta copia simple del acta de prórroga n.º 3⁵⁷.

6.3.1.1.8. Está acreditado que el 29 de diciembre de 2009, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom prorrogaron por un (1) mes el contrato de prestación de servicios del 15 de abril de 2009, según da cuenta copia simple del acta de prórroga n.º 4⁵⁸.

6.3.1.1.9. Consta que el 1 de febrero de 2010, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom prorrogaron por dos (2) meses el contrato de prestación de servicios del 15 de abril de 2009, según da cuenta copia simple del acta de prórroga n.º 5⁵⁹.

6.3.1.1.10. Se probó que el 30 de marzo de 2010, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom prorrogaron el contrato de prestación de servicios del 15 de abril de 2009 "hasta el 18 de abril de 2010", según da cuenta copia simple del acta de prórroga n.º 6⁶⁰.

⁵⁴ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1)".

⁵⁵ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1)".

⁵⁶ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1)".

⁵⁷ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1)".

⁵⁸ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1)".

⁵⁹ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1)".

⁶⁰ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #1)".



6.3.1.1.11. Está acreditado que el 9 de abril de 2010, Caprecom ofició al Departamento para informarle que no prorrogaría nuevamente el contrato de prestación de servicios suscrito con la Unión Temporal Misión Vital, según da cuenta copia simple del oficio SUB-IPS 146⁶¹.

6.3.1.1.12. Se probó que el 12 de abril de 2010, el Departamento, en atención a la comunicación remitida por Caprecom -de fecha 9 de abril de 2010-, requirió a la Unión Temporal Misión Vital a efectos de que informara acerca de las condiciones técnicas, financieras, científicas, profesionales y administrativas a través de las cuales garantizaría la continuidad en la prestación del servicio de salud, puntualmente la fuente de recursos, la forma de vinculación del personal administrativo, profesional y técnico y el suministro de medicamentos e insumos necesarios para el funcionamiento del hospital, según da cuenta copia simple de oficio de la fecha, suscrito por el Gobernador⁶².

6.3.1.1.13. Está acreditado que el 15 de abril de 2012, la Unión Temporal dio respuesta a la comunicación allegada por el Departamento -de fecha 12 de abril de 2010-, en la que puso de presente que, si bien el ente territorial debía ejercer la supervisión del contrato, no podía establecer nuevas condiciones para la operación. Finalmente, indicó que *"es claro que debido a causas, algunas de ellas imputables al mismo CONTRATANTE, tales como la expulsión de la Directora Científica contratada por la UT, de la isla, así como la permanente renuencia en otorgar las OCRES al personal necesario para desarrollar con fluidez y eficiencia la operación, se tomó la decisión, aprobada por el Departamento, de contratar con CAPRECOM la prestación del servicio, sin embargo, en este momento, y dado que en efecto, el contrato suscrito con CAPRECOM vence el próximo 17 de abril, la UT MISIÓN VITAL remita nuevamente de manera directa la prestación del servicio, en las condiciones y cumpliendo con las obligaciones emanadas del contrato y bajo la supervisión del DEPARTAMENTO"*. Lo anterior, según da cuenta copia⁶³ auténtica

⁶¹ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #3)".

⁶² Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #3)".

⁶³ Fl. 250 a 254, C. Pruebas 1.



de comunicación de la fecha suscrita por la Representante Legal de la Unión Temporal.

6.3.1.1.14. Consta que el 15 de abril de 2010, el Director Regional de Caprecom, el Subdirector de la IPS Caprecom, el Director Científico del Hospital Departamental, el Subdirector Administrativo del Hospital Departamental, el Secretario Departamental de Salud, el Jefe de Oficina Jurídica y un asesor de la Oficina Jurídica de la Gobernación, dos representantes del Ministerio de la Protección Social, el Procurador Regional, el Subcontralor General y el Defensor Regional del Pueblo, se reunieron con el objeto de verificar los requerimientos efectuados por el Departamento al concesionario mediante oficio del 12 de abril de 2010, reunión a la que no asistió el concesionario, pese a que fue citado. Lo anterior, según da cuenta copia simple del acta de reunión n.º 1⁶⁴.

6.3.1.1.15. Está acreditado que el 16 de abril de 2010, el Subdirector de la IPS Caprecom, el Director Científico del Hospital Departamental, un asesor jurídico de la IPS Caprecom, el Secretario Departamental de Salud, el Jefe de Oficina Jurídica y un asesor de la Oficina Jurídica de la Gobernación, dos representantes del Ministerio de la Protección Social, el Procurador Regional, el Contralor Departamental, el Subcontralor Departamental, un asesor de la Presidencia de la República y una Diputada delegada por la Asamblea Departamental, se reunieron con el objeto de verificar los requerimientos efectuados por el Departamento al concesionario mediante oficio del 12 de abril de 2010 "*en relación a la existencia de personal técnico científico, humano para prestar los servicios de salud, entre ellos, los médicos generales, especialistas, enfermeras, personal de apoyo y administrativo, servicios de vigilancia, aseo, alimentación, y mantenimiento de equipo y vehículos, servicios públicos de energía, acueducto, alcantarillado, telefonía, e internet, sistemas de información e insumos de papelería, para el adecuado funcionamiento del Hospital Departamental de San Andrés y Local de Providencia*", reunión a la que nuevamente no asistió ningún representante de la Unión Temporal, pese a que fue citada. Lo anterior, según da cuenta copia simple del acta de acta de reunión n.º 2⁶⁵.

⁶⁴ Fl. 87, C. 1 y Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #3)".

⁶⁵ Fl. 88, C. Pruebas 1.



6.3.1.1.16. Está acreditado que el 16 de abril de 2010, la Unión Temporal ofició al Departamento para informarle que se encontraba en condiciones para asumir la ejecución del contrato de concesión, según da cuenta copia simple de comunicación de la fecha, suscrita por la Representante Legal de la Unión Temporal⁶⁶.

6.3.1.1.17. Se probó que el 17 de abril de 2010, el Gobernador, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación, la Directora de la OCCRE, el Secretario Departamental de Salud, dos consultoras del Ministerio de la Protección Social, el Procurador Regional, el Defensor Regional del Pueblo, el Contralor Departamental, una Diputada delegada por la Asamblea Departamental y la Representante Legal de la Unión Temporal Misión Vital -concesionaria-, se reunieron con el fin de verificar el cumplimiento de los requerimientos realizados por el Departamento mediante oficio del 12 de abril de 2010, relacionados con la entrega de la operación del hospital, según da cuenta copia simple del acta de reunión n.º 3⁶⁷.

Según se desprende del contenido del acta, las autoridades departamentales manifestaron su preocupación por la afectación que pudiese presentarse en la prestación del servicio de salud que entregaría Caprecom a la Unión Temporal Misión Vital, frente a lo cual el concesionario indicó que estaba en condiciones de prestar el servicio. No obstante, el Gobernador dejó constancia que la Unión Temporal no presentó prueba documental de los requerimientos realizados mediante oficio del 12 de abril de 2010.

6.3.1.1.18. Consta que el 18 de abril de 2010, el Gobernador, el Procurador Regional, el Defensor del Pueblo, el Contralor Auxiliar Departamental, representantes del Ministerio de la Protección Social y de la Superintendencia de Salud, la Directora de la OCCRE, el Secretario Departamental de Salud, la Representante Legal de la Unión Temporal Misión Vital, la Jefe de la Oficina Jurídica y el Subdirector Científico de Caprecom, se reunieron con el fin de verificar el cumplimiento de los requerimientos realizados por el Departamento mediante oficio

⁶⁶ Fl. 246, C. Pruebas 1.

⁶⁷ Fl. 89 a 93, C. 1 y Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #3)".



del 12 de abril de 2010, según da cuenta copia simple del acta de verificación n.º 4⁶⁸.

Según se desprende del acta, llegado el día y hora de la entrega de la operación del servicio de salud por parte de Caprecom a la Unión Temporal Misión Vital, esta última, a través de su representante legal, manifestó *"la imposibilidad de garantizar la prestación del servicio, toda vez que no contaba con el personal contratado para ello"*.

Además, en el acta quedó constancia de la inspección realizada a las instalaciones del Hospital Departamental Amor de Patria y del Hospital Local de Providencia, la cual evidenció que en efecto no existía personal contratado para prestar el servicio de salud, que la cantidad de medicamentos disponibles era mínimo, que no había insumos médicos ni de laboratorio suficientes para atender a los pacientes y que la Unión Temporal Misión Vital se negó a firmar el acta de entrega de pacientes.

6.3.1.1.19. Se probó que mediante Decreto n.º 0099 del 18 de abril de 2010, el Gobernador declaró la urgencia manifiesta en el Departamento con el fin de conjurar la crisis en la prestación del servicio de salud, para lo cual dispuso celebrar directamente los contratos a que hubiere lugar, declaratoria que tuvo pronunciamiento favorable de la Contraloría Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, según dan cuenta copia simple del acto administrativo de declaratoria⁶⁹ y del acto de pronunciamiento favorable de la Contraloría⁷⁰.

6.3.1.1.20. Consta que el 18 de abril de 2010, el Departamento y Caprecom, de conformidad con las facultades previstas en el Decreto n.º 0099 del 18 de abril de 2010 -declaratoria de urgencia-, suscribieron el convenio interadministrativo n.º 1, en el que acordaron que *"a partir de las 7:00 a.m., del día 18 de abril de 2010, la IPS CAPRECOM, asume la prestación del servicio y la administración u operación de los Hospitales Departamental de San Andrés Islas y Local de Providencia, propiedad del Departamento Archipiélago de San Andrés Islas y Santa Catalina de*

⁶⁸ Fl. 92 y 93, C. 1 y Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #3)".

⁶⁹ Fl. 94 y 95, C. 1.

⁷⁰ Fl. 160, memoria USB, archivo "MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #4)".



acuerdo con las posibilidades de prestación de servicios de salud que le permitan las instalaciones y equipamiento”, según da cuenta copia simple del acuerdo de voluntades⁷¹.

6.3.1.1.21. Consta que el 19 de abril de 2010, la Unión Temporal Misión Vital ofició al Departamento para solicitarle la suspensión del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, *“no solo porque hasta el momento no se han superado las circunstancias y limitaciones que nos impiden ejecutarlo, sino además, porque esa medida le permitiría a la Administración adoptar, a manera de plan de contingencia, algunas medidas de orden legal y administrativo”, según da cuenta copia simple de oficio de la fecha⁷².*

6.3.1.1.22. Está acreditado que el 29 de abril de 2010, el Departamento le comunicó a la Unión Temporal y a la aseguradora Seguros del Estado S.A. acerca de la apertura de *“una actuación administrativa que podría conducir a la declaratoria de caducidad administrativa del contrato de concesión 342 de Diciembre 31 de 2007, con ocasión de los posibles incumplimientos graves en la ejecución de los compromisos adquiridos por la Unión Temporal Misión Vital”, tal y como consta en copia simple del oficio n.º 2476⁷³.*

Según se desprende de la comunicación, el Departamento inició la actuación porque el concesionario incumplió el contrato, puntualmente en cuanto a: (i) modificar la Unión Temporal Misión Vital sin el consentimiento del Departamento, lo que a juicio de la entidad contravino los postulados establecidos en los artículos 6 y 7 de la Ley 8 de 1993; (ii) cesar pagos, tales como los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, energía eléctrica, impuestos, salarios y honorarios del personal contratado; (iii) dejar de ejecutar el contrato y, por tanto, afectar gravemente la prestación del servicio de salud; (iv) omitir la presentación de informes obligatorios; y (v) manejar de forma inadecuada los residuos hospitalarios y el horno incinerador.

⁷¹ Fl. 92 y 93, C. 1 y Fl. 160, memoria USB, archivo “MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #4)”.

⁷² Fl. 92 y 93, C. 1 y Fl. 160, memoria USB, archivo “MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #4)”.

⁷³ Fl. 96 a 100, C. 1 y 1 a 10, C. Pruebas 1 y Fl. 160, memoria USB, archivo “MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #4)”.



6.3.1.1.23. Consta que el 13 de mayo de 2010, la Unión Temporal presentó descargos mediante escrito en el que se opuso a lo manifestado por la Administración, pues, a su juicio, el incumplimiento endilgado carecía de sustento fáctico y probatorio, y solicitó la práctica de pruebas, según da cuenta copia auténtica del escrito de descargos⁷⁴.

6.3.1.1.24. Se probó que el 15 de septiembre de 2010, el Departamento citó a la Unión Temporal para la práctica de las pruebas decretadas, según da cuenta copia simple del oficio n.º 6824, suscrito por el Gobernador⁷⁵.

6.3.1.1.25. Consta que por medio de la Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010, el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina: (i) declaró la caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007; (ii) hizo efectiva la cláusula penal; y (iii) dispuso notificar el acto al representante legal de la Unión Temporal y a la aseguradora Seguros del Estado S.A., según da cuenta copia simple del acto administrativo⁷⁶.

El fundamento de la decisión fue el siguiente:

“Que en el sub examine existe material probatorio suficiente que (sic) demostrativo del grave incumplimiento del contratista concesionario UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL; Que el incumplimiento reportado por este contratista ha sido de tal entidad que no solo se infiere de los hechos que soportan esta conducta de frustración contractual la amenaza de paralización de ejecución del contrato de concesión No. 342 de 2007, sino así mismo la efectiva paralización del mismo, realidad ésta que se puede corroborar con los sucesos acaecidos en fecha 18 de abril de 2010, cuando no obstante haberse notificado a la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL con suficiente antelación que el subcontratista CAPRECOM no tendría intención alguna de renovar su contrato, el día programado para la entrega formal del Hospital Departamental AMOR DE PATRIA no existía personal profesional suficiente para atender las diversas contingencias de salud que se pudieran presentar al interior de la Isla, ni tampoco para asistir al número de pacientes hospitalizados; que no existían suficientes insumos médicos o medicamentos para la atención eficiente de la salud de la población isleña; Que como consecuencia de la efectiva paralización del contrato de concesión No. 342, en lo que concierne a su objeto primordial que se circunscribe a la operación, administración y explotación del servicio público de salud, la Gobernación del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se vio en la necesidad de declarar la urgencia manifiesta para efectos de poder garantizar la continuidad en la prestación de un servicio esencial para la

⁷⁴ Fl. 11 a 30 y 285 a 304, C. Pruebas 1.

⁷⁵ Fl. 127 a 129, C. 1.

⁷⁶ Fl. 32 a 47, C. Pruebas 1.



comunidad; Que igualmente, y acorde con lo expuesto por la Jurisprudencia y la Doctrina respecto de los presupuestos de procedibilidad de la sanción de caducidad, es claro que alto endeudamiento de la unión temporal hace ostensible que la misma no está razonablemente en capacidad y disposición de cumplir con el objeto contractual encomendado, aspecto éste que no se alcanza a desvirtuar con la alegación de responsabilidad en cabeza de CAPRECOM, que a todas luces fungió tan sólo como subcontratista del directamente responsable UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL; que en un mismo sentido las exculpaciones ofrecidas por la Unión Temporal en el escrito presentado en la etapa de descargos son absolutamente insuficientes para enrostrar la causa del incumplimiento en la entidad contratante [...]”.

6.3.1.1.26. Está acreditado que la Unión Temporal interpuso recurso de reposición contra la Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010, según da cuenta copia auténtica del recurso⁷⁷. En su escrito, indicó que estando en trámite la actuación administrativa el Departamento presentó ante la Asamblea Departamental un proyecto de ordenanza para que se autorizara al Gobernador la entrega en concesión del hospital departamental, lo cual, a su juicio, vulnera “*de manera flagrante el DERECHO A LA DEFENSA MATERIAL y al DEBIDO PROCESO que debe regir todas las actuaciones administrativas*”. Además, precisó que la entidad evacuó parcialmente las pruebas, pues no practicó aquellas tendientes a desvirtuar el incumplimiento alegado y que el acto recurrido adolece de falsa motivación y desviación de poder.

6.3.1.1.27. Consta que la aseguradora Seguros del Estado S.A. presentó recurso de reposición contra la Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010. En su escrito, frente al cobro de la sanción, afirmó que la entidad debía acudir a la compensación de la deuda. Además, señaló que la entidad no ordenó la liquidación del contrato, como lo dispone la Ley 80 de 1993. Lo anterior, según da cuenta copia simple del recurso⁷⁸

6.3.1.1.28. Está acreditado que por medio de la Resolución n.º 006295 del 28 de noviembre de 2011 -notificada personalmente al apoderado de la Unión Temporal el 29 de noviembre de 2011-, el Departamento resolvió los recursos de reposición interpuestos por el concesionario y por la aseguradora Seguros del Estado S.A., disponiendo modificar la Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010, puntualmente en cuanto: (i) hacer efectiva de forma proporcional la cláusula penal;

⁷⁷ Fl. 48 a 66, C. Pruebas 1.

⁷⁸ Fl. 160, memoria USB, archivo “MISIÓN VITAL RAQUEL (CUADERNO #5)”.



y (ii) ordenar la liquidación del contrato. En lo demás, esto es, en lo concerniente a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, el ente territorial mantuvo incólume su decisión. Lo anterior, según da cuenta copia simple del acto administrativo⁷⁹ y de la constancia de notificación personal⁸⁰.

6.3.1.2. Pruebas adicionales

6.3.1.2.1. En el proceso obran los testimonios rendidos por Pedro Gallardo Forbes⁸¹, José Antonio Rodríguez Robles⁸², Etilvia Cano Barrios⁸³, Mario Sergio Ortega Olarte⁸⁴ y Nancy Acosta González⁸⁵.

Pedro Gallardo Forbes, quien fungió como gobernador del Departamento y, por tanto, representante legal del ente territorial para la época de los hechos, manifestó conocer a la señora Elsa Peñalosa Bueno, puesto que era la Representante Legal de la Unión Temporal Misión Vital. Además, precisó que la Unión Temporal subcontrató la prestación del servicio de salud con Caprecom, con ocasión de las dificultades que se presentaron en la prestación de dicho servicio, frente a lo cual recalcó que la Unión Temporal nunca manifestó discrepancia sobre este particular y que dicha subcontratación tuvo el visto bueno del Departamento y del Ministerio de la Protección Social. Indicó que el subcontrato se prorrogó por un año. Adujo que el subcontrato se celebró con la finalidad de que la Unión Temporal pudiera solucionar los problemas que presentaba su operación. Refirió que la Unión Temporal, para el momento de la terminación del subcontrato, presentaba problemas financieros y técnicos. Indicó que, finalizado el subcontrato, la Unión Temporal no reasumió la prestación del servicio de salud, pues no estaba en capacidad de hacerlo, razón por la cual declaró la urgencia manifiesta en el Departamento. Sostuvo que no impuso multas, previo a declarar la caducidad del contrato, porque la Unión Temporal Misión Vital no mostró garantías que permitieran corroborar que en efecto estaba en condiciones de prestar la operación.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Fl. 84, C. Pruebas 1.

⁸¹ Fl. 278 CD, C. 1.

⁸² *Ibidem*

⁸³ Fl. 310, C. 1.

⁸⁴ Fl. 1 CD. C. Despacho Comisorio.

⁸⁵ *Ibidem*.



Por su parte, **José Antonio Rodríguez Robles** quien, para la época de los hechos, fungió como Secretario Departamental de Salud, manifestó que a lo largo de la ejecución del contrato de concesión se presentaron falencias en la prestación del servicio de salud, de tal manera que se realizaron requerimientos a la Unión Temporal. Afirmó estar presente en las reuniones celebradas los días 17 y 18 de abril de 2010, frente a lo cual precisó que la Unión Temporal no estaba en condiciones de prestar el servicio de salud, al punto que la representante legal del concesionario así lo afirmó. Refirió que la situación financiera de la Unión Temporal no era la mejor.

Etilvia Cano Barrios, quien, para la época de los hechos, se desempeñó como jefe de la oficina jurídica del Departamento, manifestó que, comoquiera que la Unión Temporal dio cuenta de no estar en condiciones de prestar el servicio de salud, el Departamento dio el visto bueno para que esta celebrara el contrato de prestación de servicios con Caprecom. Además, precisó que la prestación del servicio a cargo de la Unión Temporal fue deficiente. Indicó que en el acta de reunión n.º 04 quedaron expresamente establecidas las razones que llevaron a declarar la urgencia manifiesta en el Departamento, frente a lo cual recalcó que la representante legal, en el marco de la reunión del 18 de abril de 2010, indicó que la Unión Temporal Misión Vital no estaba en condiciones de prestar el servicio. Afirmó que los requerimientos efectuados por el Departamento, previo a la entrega de la prestación del servicio por parte de Caprecom a la Unión Temporal, no constituyeron una modificación al contrato de concesión. Adujo que para el momento en el que se inició la actuación administrativa en contra del concesionario, Caprecom era la encargada de prestar el servicio de salud, puesto que se había declarado la urgencia manifiesta. Refirió que la Unión Temporal no continuó con la ejecución del contrato, de tal suerte que este se paralizó, lo que condujo a declarar su caducidad.

Por su parte, **Mario Sergio Ortega Olarte**, quien se desempeñó como asesor de la Unión Temporal Misión Vital entre febrero y abril de 2009 y en abril de 2010, adujo que el concesionario estaba en condiciones técnicas, administrativas y financieras para continuar con la prestación del servicio. Manifestó que se presentaron dificultades, las cuales en parte obedecieron a la actitud "*mezquina*" del



Departamento y de Caprecom, quienes no colaboraron con la Unión Temporal. Puso de presente que los trabajadores del Hospital, para el 18 de abril de 2010, es decir, para el momento en el que el concesionario debía reasumir la operación, no quisieron laborar para la Unión Temporal ante eventuales represalias de la Administración. Puso de presente que la entrega de Caprecom a la Unión Temporal fue "hostil". Asimismo, afirmó que la OCCRE no prestó colaboración en el otorgamiento de permisos para laboral. Manifestó no tener conocimiento de documentos en los que la Representante Legal de la Unión Temporal Misión Vital hubiese indicado no estar en condiciones de continuar con la operación.

Finalmente, **Nancy Acosta González**, quien laboró para la Unión Temporal Misión Vital durante el proceso licitatorio y la ejecución del contrato, inclusive durante el trámite administrativo de caducidad, manifestó que, para el momento de la entrega de la operación por parte de Caprecom a la Unión Temporal, algunos trabajadores del Hospital Departamental manifestaron que no podrían firmar contratos con el concesionario. Indicó que para el momento de la entrega los funcionarios de la OCCRE intimidaron a las personas encargadas de abastecer la farmacia. Finalmente, afirmó que la Unión Temporal estaba en condiciones de continuar con la operación, pero llegado el 18 de abril de 2010 "*la situación cambió*".

La Sala le dará credibilidad al dicho de los testigos y procederá a su valoración, dado que, según se desprende de su relato, ejercieron funciones para la época de los hechos, unos en la Unión Temporal Misión Vital -demandante- y otros en el Departamento -demandado-, y al amparo de aquellas conocieron de primera mano las circunstancias que rodearon la celebración, ejecución y la declaratoria de caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007. Además, su dicho contiene un hilo conductor coherente y preciso frente a la ejecución del contrato y las razones que llevaron a declarar su caducidad, aunado a que lo afirmado se acompasa con las restantes pruebas del plenario.

Con todo, es menester precisar que, comoquiera que los testimonios referidos provienen de personas que estuvieron vinculadas laboral o contractualmente con la Unión Temporal demandante y con el ente territorial demandado, a juicio de la Sala sus declaraciones resultan sospechosas, por lo cual serán valoradas con la especial



severidad que se requiere⁶⁴. Al respecto, vale reiterar que conforme lo ha manifestado esta Corporación, los testimonios que resulten sospechosos no pueden desecharse de plano, sino que deben ser examinados y valorados con mayor rigurosidad, de cara a las demás pruebas que reposen en el expediente y de acuerdo con las circunstancias propias de cada asunto litigioso⁶⁵.

6.4. Del examen de validez de los actos acusados

En su recurso de apelación, la actora expuso que las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, adolecen de nulidad: (i) pues no estaban reunidos todos los requisitos para que el Departamento declarara la caducidad del contrato; y (ii) porque la entidad inaplicó el procedimiento estipulado en el contrato para declarar su caducidad y violó los derechos de defensa y debido proceso de la Unión Temporal Misión Vital.

En este orden de ideas, a continuación, la Sala abordará el examen de los cargos formulados en el recurso de alzada.

6.4.1. Frente a la *“inexistencia de los supuestos de hecho y derecho contemplados en la ley y la jurisprudencia para decretar la caducidad de contratos públicos”*.

La parte recurrente considera que no estaban dados los presupuestos para que el Departamento declarara la caducidad del contrato, porque ya se había superado la afectación grave y directa de la **prestación del servicio de salud**, al punto que Caprecom estaba a cargo de la operación.

En este orden, conviene recordar que el Departamento, según se desprende del contenido de los actos acusados, motivó la decisión de declarar la caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, en el argumento según el cual la Unión Temporal Misión Vital dejó de prestar el servicio de salud otorgado en concesión, es decir, dejó de ejecutar el contrato.



Descendiendo al caso concreto, examinadas en conjunto las pruebas que obran en el expediente, particularmente en lo que se refiere a la celebración, ejecución y declaratoria de caducidad del contrato, se encuentra acreditado: (i) que el 31 de diciembre de 2007, el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Unión Temporal Misión Vital suscribieron el contrato de concesión n.º 342 (hecho probado 6.3.1.1.4.); (ii) que el 15 de abril de abril de 2009, con el visto bueno del Departamento, la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom celebraron un contrato de prestación de servicios, a través del cual esta última asumió la prestación del servicio de salud en el Departamento, negocio jurídico que se extendió hasta el 18 de abril de 2010 (hechos probados 6.3.1.1.6. a 6.3.1.1.10.); (iii) que el 18 de abril de 2010, la Unión Temporal Misión Vital manifestó la imposibilidad de retomar la prestación del servicio de salud otorgado en concesión (hecho probado 6.3.1.1.18.); (iv) que el 18 de abril de 2010, el Gobernador declaró la urgencia manifiesta en el Departamento, con el fin conjurar la crisis en la prestación del servicio de salud, ante la imposibilidad del concesionario de garantizar la operación (hecho probado 6.3.1.1.19.); (v) que el 18 de abril de 2010, el Departamento y Caprecom, con fundamento el declaratoria de urgencia manifiesta, suscribieron el convenio interadministrativo n.º 1, en el que esta última se obligó a prestar el servicio de salud en el Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y en el Hospital Local de Providencia, por el término de 6 meses (hecho probado 6.3.1.1.20.); (vi) que por medio de la Resolución n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010, modificada mediante Resolución n.º 006295 del 28 de noviembre de 2011, el Departamento declaró la caducidad del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007 (hechos probados 6.3.1.1.27., 6.3.1.1.25. y 6.3.1.1.28.).

Bajo el anterior contexto probatorio, de conformidad con el objeto y obligaciones a cargo del concesionario, contenidos en las cláusulas primera y tercera del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, se observa que la Unión Temporal Misión Vital asumió la prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de salud en el Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y en el Hospital Local de Providencia, obligándose en tal sentido a “[p]restar los servicios de salud de conformidad con la normatividad legal vigente”, por el término de 12 años (hecho probado 6.3.1.1.3.).



Ahora bien, en lo que respecta a la ejecución del contrato, se aprecia que la Unión Temporal Misión Vital presentó dificultades en la operación a su cargo, todo lo cual condujo a que el 15 de abril de 2009, previa aprobación del Departamento, celebrara un contrato de prestación de servicios con Caprecom, en el que esta última entidad se obligó a prestar el servicio de salud otorgado en concesión (hecho probado 6.3.1.1.6.), contrato que, según quedó demostrado, finalizó el 18 de abril de 2010 (hecho probado 6.3.1.10.), de tal suerte que a partir de esta fecha la Unión Temporal Misión Vital debía asumir nuevamente la operación del servicio de salud.

No obstante lo anterior, y a pesar de lo afirmado por la Unión Temporal en comunicación allegada al Departamento el 16 de abril de 2010, en la que indicó que *"se encuentra en condiciones de asumir el control total y la ejecución de las obligaciones que surgen del contrato de concesión que se celebró el 31 de diciembre de 2007 [...] La Unión Temporal MISIÓN VITAL, con la aquiescencia del Departamento de San Andrés y con la aprobación del Ministerio de la Protección Social ha venido ejecutando el objeto del contrato a través de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" IPS a cabalidad y a entera satisfacción de la entidad contratante; condiciones que se mantendrán una vez formalmente retomemos la ejecución directa del contrato"* (hecho probado 6.3.1.1.16.), así como también de lo aducido en reunión llevada a cabo el 17 de abril de 2010, en la que afirmó que estaba en condiciones de prestar el servicio (hecho probado 6.3.1.1.17.), en el proceso quedó acreditado que, llegado en el momento en el que el concesionario debía reasumir la prestación del servicio de salud otorgado en concesión, manifestó la imposibilidad de ocuparse de la operación, porque no tenía personal contratado (hecho probado 6.3.1.1.18.), de lo cual se infiere que en efecto dejó de ejecutar el contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007.

De hecho, el 18 de abril de 2010, fecha en la que finalizó el contrato de prestación de servicios celebrado entre la Unión Temporal Misión Vital y Caprecom y en la que, se itera, aquella debía asumir nuevamente la operación, tuvo lugar una reunión que contó con la participación del Gobernador, el Procurador Regional, el Defensor del Pueblo, el Contralor Auxiliar Departamental, representantes del Ministerio de la Protección Social y de la Superintendencia de Salud, la Directora de la OCCRE y el



Secretario Departamental de Salud, la Jefe de la Oficina Jurídica y el Subdirector Científico de Caprecom, en el marco de la cual la Representante Legal de la Unión Temporal Misión Vital manifestó expresamente *“la imposibilidad de garantizar la prestación del servicio, toda vez que no contaba con el personal contratado para ello”* (hecho probado 6.3.1.1.18.).

De igual forma, en la inspección realizada a las instalaciones del Hospital Departamental Amor de Patria y del Hospital Local de Providencia llevada a cabo en curso de la citada reunión, la Unión Temporal Misión Vital se negó a firmar el acta de entrega de pacientes y, además, se evidenció que en efecto no existía personal contratado para prestar el servicio de salud, que la cantidad de medicamentos disponibles era mínimo y que no existían insumos médicos ni de laboratorio suficientes para atender a los pacientes, obligaciones que estaban a cargo del contratista -cláusula tercera del contrato- (hecho probado 6.3.1.1.3) y que resultaban indispensables para la prestación del servicio de salud otorgado en concesión (hecho probado 6.3.1.1.18.).

Como resultado de lo anterior, y con el fin de conjurar la crisis en la prestación del servicio de salud, se observa que, mediante Decreto n.º 0099 del 18 de abril de 2010, el Gobernador declaró la urgencia manifiesta en el Departamento y, en tal sentido, dispuso celebrar directamente los contratos a que hubiera lugar (hecho probado 6.3.1.1.19.). De este modo, el 18 de abril de 2010 el Departamento y Caprecom suscribieron el convenio interadministrativo n.º 1, a través del cual esta última asumió la prestación, administración y operación del Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y del Hospital Local de Providencia (hecho probado 6.3.1.1.20.).

En este marco, para la Sala no resulta de recibo lo argumentado por la recurrente, quien afirma que en el presente caso no estaban reunidos los presupuestos para declarar la caducidad del contrato de concesión, porque, a su juicio, la afectación grave y directa en la prestación del servicio de salud se encontraba superada; confunde la actora la afectación grave y directa en la **prestación del servicio** de salud, con la afectación grave y directa de la **ejecución del contrato** como requisito para declarar su caducidad.



Tal y como lo ha precisado esta Sección, la legalidad de la declaratoria de caducidad del contrato está sujeta a la concurrencia de los siguientes presupuestos, los cuales, además de ser necesarios para la adopción de la medida, deben estar debidamente motivados en el acto administrativo: (i) el incumplimiento del contratista; (ii) la inexistencia de un incumplimiento determinante por parte de la entidad; (iii) la afectación grave del contrato, es decir, que el incumplimiento del contratista afecte de manera grave y directa su ejecución; (iv) la amenaza de parálisis; y (iv) el previo agotamiento de un procedimiento que garantice el debido proceso y el derecho de defensa⁸⁶.

En suma, para que proceda la declaratoria de caducidad del contrato, además del incumplimiento grave del contratista, de la inexistencia de un incumplimiento a cargo de Administración y de la amenaza en la parálisis del contrato, debe existir una afectación grave y directa que repercuta en la ejecución del contrato.

En tal sentido, aunque en el presente caso la prestación del servicio de salud finalmente no se alteró, cabe resaltar que dicha circunstancia no obedeció a la ejecución del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007 y al cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, sino que, por el contrario, derivó de actuaciones ajenas al negocio jurídico, las cuales fueron adelantadas por el Gobernador, quien en vista de lo acaecido en la reunión celebrada el 18 de abril de 2010, en la que la Unión Temporal Misión Vital manifestó que no estaba en condiciones de prestar el servicio de salud y en donde se comprobó la situación frente a la atención en el Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y en el Hospital Local de Providencia, declaró la urgencia manifiesta en el Departamento y celebró el contrato interadministrativo n.º 1 del 18 de abril de 2010 con Caprecom, para que este última asumiera la prestación del servicio de salud objeto del contrato de concesión.

En otras palabras, aunque el servicio de salud en el Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés y en el Hospital Local de Providencia en la práctica continuó prestándose, dicha prestación, que estuvo a cargo de Caprecom, no derivó de la

⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. Rad.: 45121.



ejecución del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007, sino de un negocio jurídico completamente diferente -contrato interadministrativo n.º 1 del 18 de abril de 2010-, que fue celebrado por el Departamento, precisamente, para conjurar la crisis desatada ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Unión Temporal Misión Vital, lo que en estricto sentido se traduce en una afectación grave y directa de la ejecución del contrato de concesión, mas no en una afectación grave y directa de la prestación del servicio de salud.

A partir de lo anterior, en el presente caso resulta claro que la afectación grave y directa del contrato como requisito para declarar su caducidad recayó sobre su **ejecución** y, por tanto, había lugar a que el Departamento adoptara la medida sancionatoria en contra de la Unión Temporal. A este efecto, cabe señalar que la circunstancia alegada por la actora, esto es, la afectación grave y directa de la **prestación del servicio de salud**, no constituye un presupuesto para declarar o no la caducidad del contrato, de tal suerte que no sirve de fundamento para desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandando.

Al este respecto, según se desprende del material probatorio allegado al expediente, la ejecución del contrato de concesión n.º 342 del 31 de diciembre de 2007 se vio grave y directamente afectada, pues la Unión Temporal Misión Vital dejó de ejecutar por completo el objeto contratado, incumpliendo de esta manera con las obligaciones a su cargo, puntualmente aquella relacionada con la prestación del servicio que le fue otorgado en concesión. De hecho, en reunión llevada a cabo el 18 de abril de 2010, su Representante Legal reconoció expresamente que el concesionario no podría garantizar la prestación del servicio de salud, pues no tenía personal contratado para adelantar la operación, aspecto que, por demás, fue corroborado por los testigos Pedro Gallardo Forbes, José Antonio Rodríguez Robles y Etilvia Cano Barrios, quienes confirmaron que el concesionario no continuó con la prestación del servicio entregado en concesión; inclusive, la testigo Nancy Acosta González, manifestó que si bien en principio el concesionario estaba en condiciones de resumir la operación, para el 18 de abril de 2010 "*la situación cambió*", todo lo cual permite evidenciar la inexecución total de las obligaciones contraídas por la Unión Temporal en virtud del contrato celebrado.



Sumado a lo anterior, no se puede perder de vista la comunicación remitida por la Unión Temporal Misión Vital al Departamento, de fecha 19 de abril de 2010, en la que solicitó la suspensión del contrato, manifestando que *"hasta el momento no se han superado las circunstancias y limitaciones que nos impiden ejecutarlo* (hecho probado 6.3.1.1.21.), lo que permite concluir sin lugar a duda que el concesionario abandonó la ejecución del contrato, porque no estaba en condiciones de desarrollar la operación y cumplir las obligaciones asumidas.

En este orden, resulta forzoso concluir que no está probado el vicio invocado por la recurrente, pues en el presente se acreditó la afectación grave y directa de la **ejecución** del contrato como exigencia para declarar su caducidad, sumado al hecho de que la afectación grave y directa de la **prestación del servicio de salud**, contrario a lo afirmado en la demanda y en el recurso de apelación, no era un requisito para declarar la caducidad del contrato, razón por la cual este aspecto del cargo alegado no está llamado a prosperar.

6.4.2. De la extemporaneidad de la medida, la inaplicación del procedimiento pactado en el contrato para decretar su caducidad y la violación de los derechos de defensa y debido proceso.

Teniendo en cuenta que, en lo que respecta a: (i) la extemporaneidad de la medida, (ii) la inaplicación del procedimiento pactado en el contrato para decretar la caducidad y (iii) la violación de los derechos de defensa y el debido proceso, la parte recurrente sustentó su reclamación bajo la misma premisa, esto es, la supuesta terminación unilateral del contrato por parte de la Administración, por razones metodológicas la Sala estima pertinente abordar de forma conjunta el examen de los cargos invocados.

Sobre este particular, conviene recordar que, frente a la extemporaneidad de la medida, en el escrito de apelación se alegó que la declaratoria de caducidad del contrato fue inoportuna, pues la entidad terminó unilateralmente el negocio jurídico, de tal suerte que para el momento en el que se adoptó la medida el contrato no se encontraba en ejecución. Por su parte, en lo que se refiere a la inaplicación del



Radicado: 88-001-23-33-000-2014-00012-01 (55700)

Demandante: Bemor S.A.S. y otro

procedimiento pactado en el contrato para declarar su caducidad y la violación de los derechos de defensa y contradicción, cabe señalar que la recurrente afirmó que la Administración no le brindó al concesionario la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, pues antes de adoptar la medida había terminado unilateralmente el contrato.

A partir del estudio de los cargos referidos, la Sala advierte que la recurrente modificó su reclamación inicial, pues en el líbero introductorio no reprochó aspecto alguno relacionado con la supuesta terminación unilateral del contrato. Si bien en la demanda se reclamó que la declaratoria de caducidad fue extemporánea, que se infringió el procedimiento pactado en el acuerdo de voluntades y que se vulneraron los derechos de defensa y debido del concesionario, en esa oportunidad dichas reclamaciones no se apoyaron en la premisa que ahora se pretende hacer valer en segunda instancia, según la cual los vicios referidos se configuran porque la entidad terminó unilateralmente el contrato.

De hecho, de conformidad con lo aducido en la **demanda**, el primer cargo, atinente a la *"inexistencia de los supuestos de hecho y derecho contemplados en la ley y la jurisprudencia para decretar la caducidad de contratos públicos, se sustentó en el argumento según el cual "la medida de caducidad adoptada por el DEPARTAMENTO fue extemporánea, en la medida que ya no había parálisis en la prestación del servicio, ni siquiera cuando se dio inicio a la mismo, sino que, adicionalmente, había incumplimientos contractuales de su parte requeridos con antelación por la UNIÓN TEMPORAL contratista. Sin mencionar que el contrato le permitía otras opciones para darlo por terminado"*.

Frente al segundo cargo, denominado *"inaplicación del procedimiento pactado en el contrato de concesión para decretar la caducidad"*, en la demanda se refirió que el Departamento desconoció el procedimiento establecido en la cláusula vigesimoquinta del contrato, pues no tuvo en cuenta el plazo allí para declarar su caducidad.



Con relación al tercer cargo, que la demandante tituló "*violación del derecho de defensa y debido proceso*", se adujo que el Departamento no practicó ni valoró todas las pruebas solicitadas y decretadas durante la actuación administrativa.

Finalmente, frente al cuarto cargo de la demanda, que la actora rotuló "*insostenibilidad financiera del centro hospitalario por la situación del sistema de salud colombiano -causa extraña*", en el libelo se indicó que el Departamento vulneró el principio de planeación, pues no efectuó un adecuado análisis financiero.

Ahora, en el **recurso de apelación**, la recurrente, al hacer referencia a la extemporaneidad de la medida, la inaplicación del procedimiento pactado en el contrato para decretar la caducidad y la violación de los derechos de defensa y el debido proceso, planteó que las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011 adolecen de nulidad, porque la entidad pública, previo a declarar la caducidad del contrato, lo había terminado unilateralmente, frente a lo cual precisó que:

"[l]a medida sancionatoria fue extemporánea, en razón a que el Contrato de Concesión fue terminado unilateralmente por el DEPARTAMENTO, remplazando al Contratista por CAPRECOM [...] y no es posible fáctica ni jurídicamente caducar un contrato ya terminado y superada la afectación grave y directa en la prestación del servicio.

[...]

Este supuesto contemplado en la ley, y corroborado por la Jurisprudencia [se refiere a brindar la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales], no se pudo aplicar en el proceso administrativo que concluyó con la CADUCIDAD que se solicita anular, por la simple razón de que al Contratista se le sacó y excluyó de la ejecución del Contrato desde mucho tiempo antes de iniciado el proceso administrativo de caducidad. No hubo forma ni posibilidad de que ajustara su conducta contractual por cuanto no solo se le excluyó de la ejecución del contrato sin que de facto se terminó unilateralmente el mismo, como se ha dicho".

Como quedó visto, en los supuestos de hecho y de derecho expuestos por la actora para soportar los cargos de nulidad invocados en la demanda, no se hizo referencia alguna a la terminación unilateral del contrato. Este nuevo argumento, a través del cual se pretende la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuestionados, fue traído por la apelante en el recurso de alzada.



En este orden, se considera que a través del recurso de apelación la recurrente varió la *causa petendi*, intentando darle un giro a la argumentación planteada inicialmente en la demanda, en la que en estricto sentido no controvertió que, con ocasión de la supuesta **terminación unilateral del contrato** de concesión, la medida sancionatoria fuese extemporánea o que dicha terminación comportó un desconocimiento del procedimiento previsto en el contrato para declarar su caducidad o una vulneración a los derechos de defensa y debido proceso del concesionario.

A este respecto, es menester precisar que excepcionalmente el juez de lo contencioso administrativo puede interpretar la demanda, siempre que el derecho de defensa del demandado no resulte afectado, no exista una variación de la *causa petendi*, ni de las pretensiones de la demanda y la acción a la que se adecua no haya caducado⁸⁷.

No obstante, en el presente caso la Sala no abordará el estudio de la argumentación planteada por la parte recurrente en la alzada al sustentar la extemporaneidad de la medida, la inaplicación del procedimiento pactado en el contrato para decretar la caducidad y la violación de los derechos de defensa y debido proceso, pues los planteamientos expuestos en el recurso no fueron materia de la demanda, tal y como quedó visto.

Entrar a pronunciarse sobre esta nueva argumentación comportaría una modificación de la *causa petendi*, lo que daría lugar a desconocer el principio de congruencia, que impide al juez sorprender a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron materia de debate a lo largo del proceso, a excepción de aquellos que deben resolverse de oficio, en garantía del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción.

⁸⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014, Rad: 26870.



Al respecto, es pertinente anotar que de conformidad con lo establecido en el artículo 281⁸⁸ del CGP, que consagra el principio de congruencia, debe existir consonancia o coherencia correlativa entre la providencia judicial y las pretensiones y los hechos que se aducen en la demanda, así como las excepciones propuestas⁸⁹⁹⁰. De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando un fallo *extra petita*; si se condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia *ultra petita*; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería *infra o citra petita*⁹¹.

En diversas oportunidades esta Corporación se ha referido al principio de congruencia de las sentencias como uno de los orientadores de las decisiones judiciales, a propósito del cual ha señalado que:

"En efecto, el campo de la controversia jurídica y de la decisión del juez, encuentra su límite en las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y en los exceptivos alegados por el demandado; por tanto no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones en una oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia. El actor sólo cuenta con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia que propone, es decir para presentar el relato histórico de los hechos que originan la reclamación y para formular las pretensiones correspondientes: la demanda y la corrección o adición de la misma, de acuerdo con dispuesto en los artículos 137, 143, 170 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

⁸⁸ En la actualidad este principio se encuentra consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio...".

⁸⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 18 de diciembre de 2020, Rads.: 62573, 64129 y 64270, del 19 de noviembre de 2020, Rad.: 65854 y del 5 de marzo de 2021, Rad.: 65440.

⁹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 31 de octubre de 2016, Rad.: 59949 y del 27 de noviembre de 2017, Rad.: 59913.

⁹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de marzo de 2020, Rad.: 64627A.



Radicado: 88-001-23-33-000-2014-00012-01 (55700)

Demandante: Bemor S.A.S. y otro

Sobre los anteriores lineamientos se asienta el principio procesal de 'la congruencia de las sentencias', reglado por el Código de Procedimiento, el cual atañe con la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (art. 305), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente'⁹².

Así las cosas, como en el presente caso la parte recurrente varió en segunda instancia los cargos relativos a la extemporaneidad de la medida, la inaplicación del procedimiento pactado en el contrato para decretar la caducidad y la violación de los derechos de defensa y debido proceso, en desmedro de los derechos de la entidad demandada, la Sala no procederá a su estudio y, por tanto, aquellos serán negados.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia del 20 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, esto es, al constatar que las Resoluciones n.º 005404 del 9 de diciembre de 2010 y 006295 del 28 de noviembre de 2011 no adolecen de los vicios alegados.

7. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al punto, el artículo 365 del Código General del Proceso, vigente para el momento en el que se interpuso el recurso de apelación, establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas, a saber:

⁹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1º de marzo de 2006, Rad.: 15.898. En similar sentido, pueden verse, por ejemplo, las sentencias de la Sección Tercera del 27 de septiembre de 2018, Rad.: 42769 y 14 de febrero de 2019, Rad.: 58894, entre muchas otras.



"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

[...]

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

[...]

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, pues interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y aquel no prosperó, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso. Para tal efecto, el Tribunal *a quo* deberá tener en cuenta que en esta instancia no se fijarán agencias en derecho, dado que la parte demandada no intervino en segunda instancia⁹³, de tal manera que aquellas no se entienden causadas⁹⁴.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante,

⁹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034

⁹⁴ Cfr. Art. 365 y ss. CGP.



las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala



GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado



JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

