

Sentencia T-1062/10

ACCION DE TUTELA CONTRA FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA-Caso en que se suscribió contrato interadministrativo con CAPRECOM para prestación de servicios médicos

COADYUVANCIA EN ACCION DE TUTELA

Coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir las reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia.

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario y residual

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Por lo mismo ha de entenderse que la acción de tutela no es una herramienta judicial que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa. Debe recordarse que la acción de tutela es un mecanismo extraordinario, excepcional y residual, que no puede ser visto como una vía judicial adicional o paralela que pueda sustituir a las vías judiciales ordinarias, como tampoco se ha establecido como un salvavidas, al que se pueda acudir para corregir los errores en que pudieron incurrir las partes, o para revivir términos ya fenecidos a consecuencia de la incuria procesal de esas mismas partes, que luego de haber dejado vencer los términos para hacer uso de los medios procesales ordinarios o especiales, acuden de manera soterrada a la acción de tutela para subsanar tales omisiones. Ahora bien, la acción de tutela será procedente, aún en presencia de otros medios judiciales de protección de los derechos fundamentales, cuando se promueva como mecanismo transitorio, pero solo para evitar un perjuicio irremediable. Para que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, es necesario demostrar en primer lugar, que (i) lo inminente de un perjuicio irremediable respecto de un derecho fundamental y, en segundo lugar, (ii) que en efecto existe otro mecanismo de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la

controversia planteada en sede de tutela.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia dependerá de la valoración que haga el juez, de las circunstancias específicas de cada caso

La procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio dependerá de la valoración que el juez haga de las circunstancias específicas de cada caso, que le permitan determinar la existencia de un perjuicio irremediable. Para ello, el juez constitucional verificará la presencia concurrente de los requisitos que configuran el perjuicio como irremediable, los que corresponden a: (i) la gravedad de las amenazas que se ciernen sobre los derechos fundamentales, (ii) la inminencia del perjuicio que estas pueden causar a los derechos, (iii) la impostergabilidad de las medidas de protección que deben tomarse y (iv) la urgencia de las mismas

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Presupuestos para que se configure el perjuicio irremediable

Es claro entonces, que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, es viable cuando el perjuicio irremediable que se busca precaver reúne los presupuestos ya mencionados, los que de manera concurrente han de ser: (i) la gravedad (ii) la inminencia del perjuicio, (iii) la impostergabilidad de las medidas para la protección del derecho y (iv) la urgencia de las mismas. Además, la prosperidad de esta acción de tutela ha de concretarse de manera puntual sobre la protección constitucional de un derecho ius fundamental.

CONTRATO ADMINISTRATIVO Y PERJUICIO IRREMEDIABLE/DERECHOS FUNDAMENTALES-Caso en que no se probó afectación

Conforme a lo explicado en torno al perjuicio irremediable, observa la Sala de Revisión que en el presente caso no se aprecia que la referida contratación directa celebrada le hubiere causado a la Clínica un perjuicio irremediable que representará para ella una afectación grave e inminente de sus derechos y que por lo mismo requiera entonces medidas de protección urgentes e impostergables. En efecto, la no convocatoria a un proceso público y abierto de licitación pública o selección abreviada para escoger al prestador de servicio de Salud para los afiliados al Fondo en la región Magdalena, ni la adopción por parte del Fondo de la modalidad del contrato interadministrativo para contratar dicho servicio, no puede

entenderse, per se, como una vulneración de los derechos, de quienes hubiesen podido y querido ser proponentes de haberse hecho una licitación o selección abierta. En efecto, la posibilidad de celebrar contratos de forma directa, está permitida legalmente y a ella pueden acudir las diferentes entidades estatales. En el presente caso, la contratación directa se dio en dos oportunidades, y por razones justificadas en ambas ocasiones. Del análisis de los hechos como de las pruebas obrantes en el expediente, no se logra establecer, y mucho menos, identificar de manera concreta y clara, una conexidad entre la injustificada contratación de una entidad presuntamente ineficiente como Caprecom y la vulneración de los derechos fundamentales de la clínica accionante.

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS CONTRACTUALES-Procedencia excepcional sólo cuando se ocasiona perjuicio irremediable/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Aparentes perjuicios económicos no son por sí mismos suficientes para otorgar amparo

La accionante no logró demostrar la afectación de derechos fundamentales, que justificará la protección tutelar y mucho menos que esta se concediese como mecanismo transitorio, al no advertirse la inminencia y gravedad de un perjuicio que afectase de manera irremediable sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. Y ello se evidencia cuando la Clínica, advierte que la consecuencia de la no realización de un proceso de selección abierta por parte del Fondo en la región Magdalena, le podría llegar a causar una afectación de orden económico de aproximadamente tres mil millones de pesos, perjuicio, que si bien puede llegar a afectarla patrimonialmente, puede ser resarcido mediante el uso de las acciones contencioso administrativas en las cuales podrá incluso, pedir la suspensión provisional del acto o los actos que pudieron generar la alegada violación de sus derechos. En consecuencia, la improcedencia de la presente acción de tutela, no solo surge del desconocimiento de la accionante del principio de subsidiariedad que caracteriza este mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales, en tanto existen otras vías judiciales ordinarias, sino también, de la ausencia de demostración por parte de la actora, de la existencia de un perjuicio irremediable que afecte sus derechos fundamentales, pues es claro que lo que está en discusión es un aparente perjuicio de orden económico.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional cuando se configura perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA Y TERMINO DE PROTECCION-Aunque el Juez no lo fijó se aplica el inciso 3 del artículo 8 del decreto 2591 de 1991

Advierte la Sala de Revisión, que si bien en la orden impartida por el juez de primera instancia de amparar como mecanismo transitorio los derechos fundamentales de la accionante, no mencionó de manera explícita el término que dicha protección constitucional tendría, es pertinente recordar que tal omisión no genera ningún vacío o duda, por cuanto la misma se encuentra subsanada por el Decreto 2591 de 1991, que en el inciso 3º, del artículo 8º dispone que dicha protección provisional se extenderá por un término máximo de cuatro (4) meses, tiempo durante el cual deberá promoverse la acción ordinaria con que cuente la parte amparada, para reclamar la protección de sus derechos. Aclarado este punto, resulta entonces pertinente recordar que en el presente caso, la accionante contaba para sus efectos con las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el inciso 2º del artículo 87 del C.C.A., concerniente a las controversias contractuales, en el que se indica que las referidas acciones podían promoverse en los treinta (30) días siguientes a la comunicación, notificación o publicación de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual. Así, se observa que el Fondo y Caprecom suscribieron el 13 de julio de 2009 el contrato interadministrativo para la prestación de los servicios de salud en la región Magdalena y que la acción de tutela fue admitida el 24 de julio de 2009 por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla, y que la decisión de primera instancia se profirió el 10 de agosto de 2009, momento para el cual el término para promover las acciones a que se refiere el artículo 87 del C.C.A. ya había caducado. Si bien el juzgado de primera instancia, ordenó la suspensión del proceso de selección abreviada que venía adelantando el Fondo para la escogencia y contratación de sus servicios de salud en las diferentes zonas en que se subdividió a nivel nacional, para el momento de la decisión de primera instancia, los accionantes ya habían dejado vencer el término que la ley les concedía para interponer las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contempladas en el artículo 87 del C.C.A. De esta manera, el amparo constitucional que fuera concedido como mecanismo transitorio resultó ser en un mecanismo definitivo, convirtiéndose por demás en un mecanismo para revivir los términos judiciales ya fenecidos, lo cual desnaturaliza la acción de tutela.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia respecto de un conflicto contractual

La Sala de Revisión, encuentra que la discusión planteada en la presente acción de tutela, en tanto se encamina a resolver un conflicto de orden contractual en el que pueden estar involucrados derechos fundamentales, contaba con vías judiciales ordinarias para su resolución. Así mismo, ésta tampoco resulta viable como mecanismo transitorio por cuanto del análisis de los hechos expuestos como de las pruebas obrantes en el proceso, no se pudo establecer la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Referencia.: expediente T- 2.491.025

Acción de tutela instaurada por la Organización Clínica General del Norte S.A. con la coadyuvancia de la Federación Nacional de Pensionados Portuarios -FENALPENPOR-, la Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Boca de Ceniza -SOPETERMA- y empleados, directivos y/o personal en misión del programa Clínica General del Norte Puertos Atlántico, contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la decisión de tutela, dictada el 2 de octubre de 2009, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que confirmó la proferida el 10 de agosto de 2009 por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

La Organización Clínica General del Norte S.A.1, actuando a través de apoderado especial,

interpuso acción de tutela en contra del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al considerar que éste violó sus derechos fundamentales de petición, igualdad, debido proceso y de oportunidad.

1. Hechos

Los hechos que motivaron la interposición de la presente acción de tutela se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en adelante el Fondo, creado por el Decreto 1591 de 19892, es un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

1. En tanto entidad estatal, el artículo 4° del Decreto 1591 de 19893 dispuso, que para que el Fondo pueda prestar o suministrar los servicios a los que está obligado, incluidos los atinentes a la atención integral de servicios médicos y hospitalarios de todos los pensionados y beneficiarios de las extintas empresas Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Puertos de Colombia,⁴ debe celebrar contratos con terceros.

1. Así, desde hace quince (15) años, el Fondo ha contratado para sus diferentes regiones, los servicios médicos y hospitalarios requeridos por todos sus pensionados y beneficiarios, de conformidad con el sistema de licitación pública establecido por la Ley 80 de 1993.

1. A partir del año 2007, cuando la Ley 1150 de ese mismo año, reformó la Ley 80 de 1993, el Fondo contrató desde ese momento, los servicios médicos y hospitalarios mediante licitación pública o selección abreviada, permitiendo de esta manera, escoger la mejor y más

conveniente propuesta para cada una de sus regiones.

1. Para contratar los servicios médicos y hospitalarios que se prestarían a partir del 1° de septiembre de 2009, el Fondo publicó el 9 de junio de 2009 en su página de Internet, el proyecto de pliego de condiciones del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009, en el que se incluyó a las regiones de Antioquia, Santander, Central, Puerto Bogotá y Pacífico. No obstante, no se tuvo en cuenta en dicho proceso de contratación, a la región Magdalena, la cual comprende los departamentos de Bolívar, Magdalena, Atlántico y Cesar.

1. Ante esta situación, la Federación Nacional de Pensionados Portuarios –FENALPENPOR– presentó el 6 de julio de 2009, un derecho de petición al Fondo, solicitando lo siguiente:

“1.- Se nos indique cuáles son las razones de orden constitucional, legal y reglamentario que justifican la decisión de la administración de no incluir dentro del proceso de selección abreviada a la División Magdalena.

2.-) Se nos indique si existe en esa entidad, un trabajo previo destinado a adelantar en similares o iguales condiciones otra convocatoria para prestar los servicios de salud a cargo del Fondo y a favor de nuestros afiliados que residen en la División Magdalena.

(...)”

“Procedo a responder su Derecho de Petición formulado mediante comunicación de julio 6 de 2009 para manifestarles que evidentemente en cumplimiento de la ley que me obliga a contratar los servicios de salud, mediante proceso de selección abreviada de menor cuantía, se está adelantando el trámite correspondiente en el cual no se incluyó la Región Magdalena.

La no inclusión de la Región Magdalena, obedece a que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– en su condición de empresa industrial y comercial del Estado, manifestó su deseo de prestar los servicios en dicha región por tener la capacidad necesaria para tal fin y siendo que la Ley prevé que, tratándose de una entidad pública que pueda

cumplir el objeto, se pueda suscribir un contrato interadministrativo, esta entidad, por sugerencia del Gobierno Nacional, se encuentra tramitando con Caprecom dicho contrato.

Tal contrato conlleva la responsabilidad por parte de Caprecom de prestar los servicios en la misma forma y condiciones en que se han venido prestando en la mencionada región.

La prestación del servicio por parte de Caprecom, se iniciaría el 1 de septiembre de 2009, mientras tanto, el Fondo garantizará la prestación del servicio con el actual contratista, para lo cual se prorrogará el contrato de acuerdo con la ley.”

1. La Organización Clínica General del Norte S.A. afirma en su demanda de tutela que la respuesta al referido derecho de petición, no resolvió de manera completa y sustentada las inquietudes planteadas, por lo que considera vulnerado el derecho fundamental de petición. Anota, que el Fondo no fue preciso acerca de los fundamentos constitucionales, legales y reglamentarios, que justificaron la no inclusión de la región Magdalena dentro del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009.

1. Frente a esta situación excepcional, la entidad accionante consideró que la contratación de CAPRECOM por vía de un contrato interadministrativo, como prestador de los servicios médicos y hospitalarios para la región Magdalena, vulnera el derecho a la salud de todos los pensionados y beneficiarios de dicho Fondo, además que desconoce de manera puntual las siguientes normas:

a. El literal c, numeral 2°, del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual dispone que es una causal para iniciar el proceso de selección abreviada “la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.”

b. El artículo 4° del Decreto 2025 de 2009, que modificó el artículo 47 del Decreto 2474 de 2008, en el que se consagra que “las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, seleccionarán a su contratista haciendo uso del procedimiento previsto

para la selección abreviada de menor cuantía”.

Señala la Clínica, que esta norma es de carácter especial, por referirse de manera puntual al proceso de contratación de servicios de salud por parte de la administración, razón por la cual debe aplicarse de manera prioritaria respecto de otras disposiciones, como es el caso del literal c, del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, mediante la cual se facultó a la administración a acudir a la modalidad de contratación directa en el evento de la celebración de contratos interadministrativos.

a. El párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, según el cual, la entidad contratante “deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate ‘(lo cual incluye el proceso de contratación directa)’ los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”. (Subraya y negrilla propios del texto de la demanda de tutela).

Por las anteriores razones, la Clínica General del Norte S.A. considera que el Fondo actuó al margen de la normatividad que regula el proceso de selección para la contratación del prestador de servicios médicos y hospitalarios en la región Magdalena, vulnerando de esta manera el derecho fundamental al debido proceso. Además, al excluir a la región Magdalena del proceso de selección abreviada que se adelantó en las demás regiones, le dio un trato discriminatorio, y en consecuencia, vulneró el derecho fundamental a la igualdad de la referida región. Aclara la Clínica, que la vulneración del derecho a la igualdad, se configura en el hecho de haber privado a la región Magdalena de la posibilidad de escoger la mejor propuesta para la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, a partir de una pluralidad de ofertas, como sí sucedió en las demás regiones.

1. En relación con este punto, recuerda la Clínica, que el Fondo había suscrito un contrato para la prestación de los servicios de salud para la región Magdalena, con la Unión Temporal MEDISERVIR U.T., contrato que tenía una duración inicial del 1° de diciembre de 2007 al 30 de mayo de 2009. Sin embargo, a raíz de inconvenientes de orden externo e interno al contratista, dicho contrato se dio por terminado anticipadamente. Por ello, ante la necesidad

de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de sus afiliados en dicha región, el Fondo procedió, mediante Resolución 0120 del 30 de enero de 2009, a declarar la urgencia manifiesta, y contrató a la Organización Clínica General del Norte S.A., en tanto su propuesta había obtenido el segundo puntaje en la licitación pública en la que había resultado ganadora la entidad Mediservir U.T. Este nuevo contrato suscrito con la Clínica General del Norte S.A. inició el 1° de febrero de 2009 hasta el 31 de mayo del mismo año.⁶ Posteriormente, se suscribió una prórroga a dicho contrato para prestar los servicios de salud hasta el 31 de julio de ese mismo año.

1. De otra parte, la Clínica indicó que al parecer el Fondo desconoce las múltiples denuncias que se han instaurado en contra de Caprecom por la deficiente prestación de los servicios de salud, pues, en la actualidad, Caprecom no cuenta, ni tiene la capacidad para montar una infraestructura sanitaria a partir de sedes propias, que le permita atender a todos sus afiliados, de la región Magdalena, pues la atención de estos se limitaría a sus actuales y “nefastas” instalaciones, con lo cual desconoce el artículo 8 del Decreto 1689 de 1997, que establece el deber de respetar los derechos adquiridos de los afiliados a ser atendidos en sedes exclusivas. Esta situación, de deficiencia en infraestructura, se concreta en la falta de una IPS de cuarto nivel, necesaria para atender un grupo de afiliados cuya gran mayoría son personas de más de sesenta y cinco años de edad, en el que la probabilidad de sufrir afecciones súbitas no solo es más alta, sino que, además, requieren un mayor cuidado y atención médica.

1. Esta situación, afirma la Clínica accionante, no se presenta en su caso, pues es la única IPS del país que cuenta con una Unidad de Cuidado Intensivo -UCI-, con ciento veinte camas, lo que corresponde casi al doble del total de camas disponibles en las UCI de las IPS que operan en la ciudad de Barranquilla.

1. Agrega también, que muy a pesar de que la situación de Caprecom fue puesta en conocimiento al Gobierno Nacional en junio de 2009, y reiterada por la Confederación de Pensionados de Colombia -C.P.C.- al Ministerio de la Protección Social, en escrito del 6 de julio del mismo año, el propio Ministro de dicha cartera, había asegurado que el referido contrato

interadministrativo celebrado entre el Fondo y Caprecom quedaría suspendido. Sin embargo, el referido compromiso se incumplió, pues el contrato fue remitido por el mismo Ministro de la Protección Social, al Director del Fondo, para que se suscribiera.

1. Frente a las anteriores circunstancias, la Clínica General del Norte S.A. accionante, considera que es necesario que el juez de tutela dicte una medida provisional, a fin de evitarle un perjuicio irremediable tanto a ella como institución médica, como a sus empleados, pues de no tomarse una medida judicial de esta índole, la entidad hospitalaria se vería abocada a la cancelación de los contratos de trabajo de muchos de sus empleados, afectando con tal decisión el mínimo vital de estos, y generando por otro lado, un lucro cesante ante la inutilización de toda la infraestructura médica que tiene instalada para la prestación de los servicios médicos y hospitalarios.

1. La Clínica señala igualmente, que tanto el Fondo como el Presidente de la Federación Nacional de Pensionados Portuarios -FENALPENPOR-, habían solicitado a la Superintendencia Nacional de Salud -Supersalud- la rendición de un concepto⁷ respecto de la posibilidad de que entre dos EPS se puedan celebrar contratos interadministrativos. Si bien dicho concepto confirmó la posibilidad de que el Fondo pudiese celebrar un contrato interadministrativo con Caprecom, la Clínica como FENALPENPOR observan que este concepto contradice uno anterior⁸, expedido por esa misma autoridad, en el que afirmaba que de suscribirse un contrato entre dos EPS, pues el Fondo es asimilable a una de ellas, se estaría ante la figura de la intermediación, la cual está expresamente prohibida por la ley.

1. Con todo, señala la Clínica, que de ser posible la celebración de dicho contrato interadministrativo, ello no supone que éste sólo se pueda suscribir con Caprecom. Además, de la lectura del referido concepto de la Supersalud, se infiere que dicho contrato interadministrativo debe celebrarse en igualdad de condiciones entre aquellas personas naturales o jurídicas que estén interesadas en prestar los servicios de salud como sucede en cualquier selección abreviada, siempre que se pruebe la capacidad para hacerlo. Igualmente,

se advierte que en ninguno de los conceptos proferidos por la Supersalud se ha manifestado que el Fondo y Caprecom puedan celebrar contratos sin el lleno de las formas y trámites señalados en el artículo 4° del Decreto 2025 de 2009, es decir, sin agotar el proceso de selección abreviada.

1. Frente a los expuestos acontecimientos, la Clínica General del Norte S.A. considera que el Fondo vulneró los siguientes derechos fundamentales:

i. de petición, al no atender de manera completa y sustentada su escrito del 6 de julio de 2009.

i. al debido proceso, en razón a la omisión del Fondo en agotar para la región Magdalena el proceso de selección abreviada para la contratación de los servicios médicos y hospitalarios de los pensionados y beneficiarios de esa región.

i. a la igualdad, al excluir, sin justificación alguna, la región Magdalena del proceso de selección abreviada que aplicó en las demás regiones, negándole de esta manera la posibilidad de escoger la mejor propuesta de entre varias, situación que de haberse suscitado, habría asegurado a los pensionados y beneficiarios de la región Magdalena el mismo trato que han recibido los pensionados de las otras regiones.

i. finalmente, se desconoció el principio de oportunidad al impedir a dicha clínica la posibilidad de ofrecer sus servicios e infraestructura en salud, lo que, de contera, afecta los derechos al trabajo y al mínimo vital de sus empleados a quienes deberá cancelar sus contratos de trabajo, así como también les generaría un perjuicio irremediable.

1. Como argumento de cierre, la Clínica General del Norte S.A., señala que en el presente caso no existe otra vía judicial con la misma idoneidad y eficacia que la acción de tutela que garantice la protección de sus derechos fundamentales, pues si bien el Código Contencioso Administrativo abre la posibilidad de acudir a la acción de controversia contractual establecida en su artículo 87, en la que se podría solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos, dicha vía no ofrece mayor protección a sus derechos fundamentales, pues la clínica estaría abocada a esperar el desarrollo de una actuación judicial de varios años.

2. Pretensiones

Expuestas las razones fácticas que llevan a solicitar la protección de los derechos fundamentales atrás invocados como vulnerados, la Organización Clínica General del Norte S.A., hace dos peticiones: la primera (i) que se tome una medida provisional, y la segunda (ii) plantea una petición de fondo.

2.1 En virtud de lo dispuesto por el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, la Clínica General del Norte S.A. solicita, como MEDIDA PROVISIONAL, lo siguiente:

2.1.1 La suspensión provisional de la totalidad del proceso de selección abreviada que se viene adelantando por parte del Fondo, incluido el acto administrativo publicado en su página de Internet, el día 9 de junio de 2009, en el que comunicó el pliego de condiciones del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009, hasta cuando haya una sentencia de tutela.

2.1.2. Igualmente, que se ordene al Fondo la suspensión provisional, de todo el proceso de celebración del contrato interadministrativo a suscribir con Caprecom, incluido el acto administrativo que presuntamente justifica este tipo de contratación directa, hasta cuando haya una sentencia de tutela. Si dicho contrato interadministrativo, ya se hubiere suscrito, se pide igualmente, la suspensión inmediata y provisional del mismo, hasta tanto no haya un pronunciamiento de fondo en esta acción de tutela.

2.2 Como PETICIÓN DE FONDO solicita lo siguiente:

2.2.1 Ordenar la suspensión inmediata y total del proceso de selección abreviada que viene

adelantando el Fondo, y que se inició el 9 de junio de 2009, con la publicación en su página de Internet del proyecto de pliego de condiciones dentro del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009.

2.2.3 Ordenar al Fondo que expida otro acto administrativo que contemple tramitar un nuevo proceso de selección abreviada en el que incluya, en igualdad de condiciones, a todas las regiones en que se encuentra organizado el Fondo. Este nuevo proceso de selección abreviada deberá ajustarse a lo estipulado en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, y el Decreto 2474 de 2008 y en especial el Decreto 2025 de 2009, que por ser norma especial para la contratación de servicios de salud, debe ser aplicado de manera integral y preferente.

1. Intervención de los coadyuvantes

3.1 Federación Nacional de Pensionados Portuarios de Colombia -FENALPENPOR-9

En texto contiguo a la demanda de tutela de la Clínica General del Norte S.A., FENALPENPOR coadyuvó la demanda, compartiendo todos los argumentos en ella expuestos, sin hacer consideración adicional alguna.

3.2 Empleados directos y/o como personal en misión del Programa Clínica General del Norte - Puertos Atlántico 10

Al igual que FENALPENPOR, y como parte de la demanda principal interpuesta por la Organización Clínica General del Norte S.A., varios de los empleados y directivos de la referida clínica, coadyuvaron la demanda sin exponer argumentos adicionales.

3.3 Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Bocas de Ceniza -SOPETERMA-11

El presidente de SOPETERMA intervino de manera oportuna haciendo, de entrada, las siguientes aclaraciones:

1. Señala con sorpresa que bajo el argumento de reclamar la protección de su derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por el Fondo, la Clínica General del Norte S.A., promueve esta acción de tutela, en la que desconoce el derecho al debido proceso de aquellas personas naturales o jurídicas que en un mayor o menor grado se pueden ver igualmente afectadas por las acciones u omisiones en que ha incurrido el Fondo.

1. En efecto, con la contratación directa que se adelantó con Caprecom, no solo se omitió el proceso de selección abreviada de menor cuantía, sino que además impidió que la Clínica General del Norte S.A., participara como oferente de servicios de salud en la región Magdalena. Sin embargo, en su demanda de tutela, la Clínica no pide la vinculación de Caprecom a este proceso judicial, en tanto contradictorio necesario y contratista del Fondo, a efectos de que pueda ejercer de manera oportuna su derecho de defensa. Dicha vinculación debe surtirse, pues con ello se evitará que posteriormente, cuando el proceso ya se encuentre bien adelantado, Caprecom alegue la nulidad del mismo, lo que en ese momento, causaría, ahí sí, un grave perjuicio a los pensionados de la región Magdalena. Por lo anterior, insiste el coadyuvante, en la necesidad de integrar en debida forma el litis consorcio necesario, cumpliendo con los requerimientos procesales, y evitando de esta manera, la configuración de la nulidad contemplada en el numeral 9° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

1. De otra parte, advierte con preocupación, que los servicios de salud para la región Magdalena ya fueron contratados con Caprecom desde el 13 de julio de 2009, prestación que iniciaría a partir del 1° de septiembre del mismo año, lo que confirma la necesidad de vincular a esta entidad a este proceso judicial. En el mismo sentido manifiesta que tampoco han sido vinculados al trámite de esta acción de tutela, los pensionados de la región Magdalena, en tanto destinatarios y directos interesados en los servicios de salud ya contratados.

1. Así mismo, considera absurda la posición asumida por la Clínica General del Norte S.A., al

pretender en su demanda de tutela la suspensión del proceso de selección abreviada que se viene adelantando en las demás regiones cuando lo que debió solicitar es la suspensión del trámite de perfeccionamiento y ejecución del contrato interadministrativo suscrito entre el Fondo y Caprecom para la región Magdalena.

1. Por ello, considera que la verdadera razón de esta acción de tutela no ha de ser otra que la de determinar si el contrato interadministrativo suscrito entre el Fondo y Caprecom viola el procedimiento y los requisitos especiales de contratación pública que han de ser cumplidos por todas las entidades estatales para la contratación de servicios de salud pues, en principio, ha debido acudirse a la “SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA”, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 2025 de 2009, modificadorio del artículo 47 del Decreto 2474 de 2008.

1. Ahora bien, refiriéndose de manera puntual al contrato interadministrativo suscrito entre el Fondo y Caprecom, el presidente de SOPETERMA considera que el Fondo violó el procedimiento y los requisitos especiales de contratación pública correspondiente a la “selección abreviada de menor cuantía”, pues afirma que este mecanismo de contratación es el único que garantiza a los afiliados del Fondo que se escoja la mejor y más conveniente propuesta para la prestación de los servicios médicos a que tienen derecho. Insiste por demás en que el referido artículo 4° del Decreto 2025 de 2009, al momento de modificar el artículo 47 del Decreto 2474 de 2008, fue explícito en señalar que la contratación de los servicios de salud debía agotarse por el mencionado proceso de selección abreviada de menor cuantía.

Por las anteriores razones, el presidente de SOPETERMA pide, que se suspenda de manera provisional, el contrato interadministrativo de prestación de servicios de salud No. 069 de 2009, suscrito entre el Fondo y Caprecom, por ser contrario a los lineamientos legales contenidos en el Decreto 2025 de 2009, a fin de garantizar el respeto de los derechos a la igualdad y debido proceso en la contratación administrativa, con lo cual se protegerán, además, los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida de los afiliados al Fondo.

Así mismo, deberá ordenarse al Fondo, garantizar la prestación del servicio de salud a los afiliados mientras se define la nueva contratación, debiendo para ello prorrogar el actual contrato de prestación de servicios de salud, hasta tanto se culmine el proceso de selección abreviada de menor cuantía que ordena el artículo 4° del Decreto 2025 de 2009.

Finalmente, deberá compulsarse copias a la Fiscalía General de la Nación, para que inicie las investigaciones penales contra los representantes legales del Fondo y de Caprecom por los presuntos delitos en que hubieren incurrido al celebrar un contrato sin el lleno de los requisitos legales.

4. Medida provisional ordenada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla

Por Auto del 24 de julio de 2009, el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla, admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al Ministerio de la Protección Social y a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-, de quienes solicitó igualmente que rindieran un informe detallado sobre los hechos que motivan la interposición de esta acción.

Así mismo, y como numeral cuarto de la parte resolutive del referido Auto, el juzgado de primera instancia impartió la siguiente orden:

“4.- Con relación a la medida provisional que viene peticionada el Juzgado advierte que la misma es procedente para garantizar la efectiva materialidad del eventual fallo a proferir, en los términos previstos en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, por lo que se ordena la suspensión inmediata de todo el proceso de selección abreviada que viene adelantando el FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y que se inició con la publicación en la página Web de tal entidad el día nueve (9) de junio del año en curso del proyecto de pliego de condiciones. Por Secretaría líbrense oficios para el efecto con destino al FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, tanto por intermedio del Dr. GIOVANNI VILLANUEVA en la Carrera 43 No. 84-12 como otro dirigido a la ciudad de Bogotá D.C. dirigido al representante legal de dicha entidad, en la Calle 13 No. 18-24 Oficina 5 ANTIGUO EDIFICIO DEL TREN DE LA SABANA.”¹²

5. Intervención de las partes demandadas

5.1 Respuesta del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

1. En escrito del 29 de julio de 2009, el Director General del Fondo consideró que la medida provisional impartida por el juez de primera instancia, en el sentido de suspender el proceso de contratación pública ya suscrito con Caprecom, además de corresponder a una clara extralimitación en sus funciones, desconoce por completo los principios básicos de la función pública, cuales son la autonomía administrativa en materia de contratación y la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos dentro de los parámetros que la misma ley le permite.

1. En cuanto al contexto general de los hechos relatados, el Fondo comparte lo dicho en la demanda, excepción hecha de los señalamientos o inferencias particulares realizadas por la entidad accionante. Respecto al derecho de petición, considera que el mismo fue respondido correctamente y señala que, ciertamente, no será el apoderado de la entidad accionante quien deba indicar los términos en que dicha petición ha de ser respondida.

1. Respecto a la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos, el Fondo hizo uso de la facultad consagrada en la Ley 80 de 1993, así como lo dispuesto en el literal c), del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. Por ello, considera que el juez de tutela, no es competente para evaluar dicha facultad de contratación, pues ésta no compromete derechos fundamentales, ni es el llamado a verificar si el Fondo dio estricto cumplimiento a los parámetros contractuales contenidos en las referidas leyes. Señaló, además, que la entidad accionante tampoco es la llamada a verificar el cumplimiento de tales requisitos.

1. Afirma, igualmente, que el hecho de que el Fondo tenga la posibilidad de contratar autónomamente los servicios médicos con Caprecom, tan pronto como haya terminado el contrato con la Clínica General del Norte S.A., no puede ser entendido, como una conducta

que implique la violación del derecho al debido proceso de la entidad accionante.

1. De la misma forma, no comparte la apreciación hecha por la entidad accionante respecto de la presunta incapacidad de Caprecom para asumir una prestación médica de estas características pues, aclara, el Fondo, como contratante, podrá exigir del contratista el cumplimiento estricto de los términos de referencia que regulan el contrato que se suscriba.

1. Tampoco acepta el Fondo la afirmación subjetiva hecha por el apoderado de la Clínica General del Norte S.A., quien pretende convertir el contrato interadministrativo que se suscriba con Caprecom en un perjuicio irremediable por sí mismo. Además, a su juicio, resulta grosera la aseveración que se hace, en el sentido de señalar que fue el Ministerio de la Protección Social el que remitió al Fondo el referido contrato interadministrativo, cuando realmente dicho contrato fue suscrito por el Fondo en uso de sus facultades, y en cumplimiento de todos los requisitos exigidos para la adecuada celebración de los contratos interadministrativos.

1. En cuanto a la presunta contradicción de los conceptos emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud, así como frente a la equivocada interpretación que el Fondo está dando a tales conceptos, y a la exclusión que el Fondo hizo de la región Magdalena del proceso de licitación pública que por años ha aplicado para la contratación de los servicios de salud de sus pensionados en todas su regiones, el Fondo señala que estas son apreciaciones subjetivas hechas por la entidad demandante en relación con hechos que no vulneran derecho fundamental alguno.

Finalmente, señala el Fondo que en vista de que ninguno de los hechos aquí expuestos pueden ser entendidos como conductas vulneradoras de derechos fundamentales, y que además, no es entendible la posición asumida por el juez de primera instancia al ordenar la suspensión del proceso de contratación administrativa en la modalidad de selección

abreviada de menor cuantía, que afecta a todas las regiones, solicita el levantamiento inmediato de la medida provisional, por los múltiples perjuicios que ello acarrea y pide además que ésta acción de tutela sea denegada.

5.2 Respuesta de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-

El representante legal de Caprecom dio respuesta a la presente acción de tutela, organizando sus argumentos en dos grupos así: (i) expuso los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales que le permiten adelantar procesos de contratación directa, y, (ii) explicó la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso.

5.2.1 Señaló inicialmente, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, Caprecom, en tanto empresa industrial y comercial del estado, hace parte de las denominadas entidades estatales, y por ello, puede celebrar contratos interadministrativos con otras entidades de naturaleza pública.

5.2.2 Así mismo, el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, faculta a las entidades públicas a que dentro de las posibles modalidades de contratación establecidas, puedan optar por la celebración de contratos interadministrativos como modalidad de la contratación directa, para lo cual señala las reglas que se deben seguir para adelantar este tipo de contratación. Igualmente, explicó que el artículo 78 del Decreto 2474 de 2008 estableció las causales de contratación directa entre las que se cuentan los contratos interadministrativos:

“Artículo 78. Contratos interadministrativos. Las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas del presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.”

1. De igual manera, y para justificar aún más el hecho de que la normatividad existente respalda al Fondo en la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos, señaló que la Corte Constitucional, en sentencia C-508 de 2002, al momento de referirse a las formas de contratación pública, indicó que frente a la regla general de la licitación pública como forma

de contratación, también esta contemplada la modalidad de contratación directa, que se somete igualmente a los principios que gobiernan la contratación pública, en especial el de la transparencia, y puede ser objeto de control por las autoridades competentes. Dicha sentencia, señala además, que ningún precepto constitucional impone a la administración, la obligación de contratar siempre bajo la modalidad de licitación o concurso.

1. En cuanto a la procedencia o no de la acción de tutela, afirmó que esta no es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos que la clínica accionante aduce como vulnerados, pues el contrato suscrito entre el Fondo y Caprecom no desconoce derecho fundamental alguno. Por el contrario, con dicho contrato se está garantizando la prestación de los servicios de salud a la población beneficiaria del Fondo.

1. Explica, que la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso se justifica por la ausencia de amenaza de derechos fundamentales, más aún cuando los servicios de salud contratados serán ofrecidos por un establecimiento como Caprecom, caracterizado por su fortaleza en el sector de aseguramiento y de prestación de servicios de salud, haciendo para ello una relación detallada de la red prestadora de servicios de salud con que cuenta en la región Magdalena.

2. En cuanto a la afirmación hecha por la Clínica General del Norte S.A. relativa a la incapacidad técnica y administrativa para cumplir el contrato suscrito con el Fondo, Caprecom informa que es una de las ARS más grandes, con más de tres millones de afiliados en todo el país, y con una red que en la actualidad supera las 102 IPS en todo el territorio nacional¹³. Explica, que para la región Magdalena, Caprecom cuenta con la IPS Enrique de la Vega en la ciudad de Cartagena (hoy Clínica universitaria San Juan de Dios), y la IPS José María Campo Serrano en Santa Marta (hoy Clínica del Instituto del Corazón), clínicas que son de su propiedad, y que fueron adquiridas a la antigua ESE José Prudencio Padilla, asegurando de esta manera la continuidad de la atención de salud. Recuerda que desde que Caprecom se comprometió con el Gobierno Nacional a administrar las referidas clínicas, así como los CAA El Bosque y Central en Cartagena y el CAA Cundí en Santa Marta y el CAA de San Andrés Isla, el índice de satisfacción en la atención médica ha superado el 90%. Incluso, explica que

desde que suscribió contratos con entidades sin ánimo de lucro para la administración de las referidas clínicas en Cartagena y Santa Marta, la satisfacción alcanzada con los usuarios ascendió al 95.61% respecto de los servicios médicos, y al 97.57% en atención odontológica. Aclara igualmente, que el servicio que mayor índice de quejas presentaba, era el de enfermería, el cual ya superó el 80% de satisfacción, tanto en las clínicas como en los CAA. Con todo, aclara que el servicio de medicamentos ha alcanzado tan solo el 62.7% de satisfacción entre los usuarios.

1. Seguidamente, hizo una relación pormenorizada de las diferentes IPS propias y administradas con las que cuenta en todo el país, especificando el nivel de complejidad que cada una de dichas IPS atiende¹⁴, explicando además, el tipo de equipos de biomédica con que cuenta cada una de ellas, así como también resaltó la implementación del programa de “Telemedicina” en el Departamento de Chocó, servicio que mejoró la atención en salud a pacientes ubicados en apartadas zonas de dicho departamento.

1. Con el amplio y pormenorizado recuento hecho, Caprecom considera que ha demostrado suficientemente, su amplia trayectoria en el campo de la salud, así como su sobrada capacidad técnica y administrativa para brindar excelente servicio a la población beneficiaria del Fondo.

1. Finalmente, señala que tanto el Gobierno Nacional como las diferentes autoridades Distritales, siempre han invitado a Caprecom a participar en la prestación de servicios de salud en aquellas entidades de salud que presentan bajos niveles de calidad, o en aquellas que se encuentran en proceso de liquidación o intervención.

1. Para probar las anteriores afirmaciones, el representante legal de Caprecom solicitó al juez de instancia, la práctica de una inspección judicial a sus clínicas propias en Cartagena y Santa Marta. Además, aportó numerosos documentos concernientes a los diferentes

convenios suscritos con IPS de la región.

Expuestos así, los anteriores argumentos, Caprecom pide que la presente acción de tutela sea negada.

5.3 Respuesta del Ministerio de la Protección Social

En escrito de fecha 29 de julio de 2009, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del mencionado ministerio, dio respuesta a la notificación que le fuera hecha en relación con la tutela de la referencia. Como respuesta a la tutela, dicha funcionaria procedió a transcribir las consideraciones que le remitió la Directora General de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio.

“1. El Ministerio de la Protección Social, tiene con relación al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el control de tutela por ser dicha entidad adscrita al sector de la protección social, lo cual faculta el ministerio para ejercer funciones de control y coordinación sobre el cumplimiento de las políticas del sector, en cuanto corresponde a la entidad adscrita.

Sin embargo, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de acuerdo con la ley, es un establecimiento público del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, lo cual lo faculta, entre otras cosas, para adelantar los procesos de contratación conforme a la calidad antes indicad, con las responsabilidades y obligaciones que ello implica, sin que en esta materia este ministerio participe dentro de las decisiones de la entidad.

Por información del Fondo, este ministerio ha tenido conocimiento de que la entidad adelanta, de acuerdo con la ley, un proceso de selección abreviada de menor cuantía para tres (3) de las regiones en que está obligado a garantizar los servicios integrales de salud. Esto es: la región Central; la región Pacífico y la región Santander-Antioquia.

La entidad igualmente ha informado que como quiera que Caprecom ofreció como entidad pública su infraestructura para la prestación de dichos servicios en la región Magdalena, fue suscrito un contrato interadministrativo entre Caprecom y el Fondo para tal fin, de acuerdo con la excepción contemplada en la ley que permite la contratación directa entre entidades

públicas, cuando la entidad que ofrece la prestación de servicio puede cumplir con el objeto del contrato, lo cual consideramos dentro del marco de la legalidad, pero, entendemos que tal actuación contractual se encuentra para el examen que su Despacho determine, o el que se efectúe por cualquier autoridad u organismo de control.

Lo anterior, es lo que este ministerio le puede informar a Usted de acuerdo con su solicitud. Lo relacionado con la acción de tutela, los respectivos procesos de contratación, la documentación y toda la información al respecto, no está a nuestro alcance y debe ser presentada por la entidad accionada.

Dejo, si claro, que este ministerio está dispuesto a colaborar con su Despacho en todo lo que sea de su competencia.”¹⁵

Con base en las anteriores consideraciones, el Ministerio de la Protección Social solicitó su exoneración de toda responsabilidad dentro de la acción de tutela de la referencia.

6. Pruebas relevantes aportadas al proceso

* Derecho de petición suscrito por el presidente de la Confederación de Pensionados de Colombia -C.P.C.- de fecha 6 de julio de 2009, dirigido al Ministro de la Protección Social, en el cual recuerdan el compromiso del Gobierno para no permitir que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia suscriba un contrato interadministrativo con Caprecom para la prestación de servicios. (folios, 26 a 28, del cuaderno No. 2).

* Escrito de fecha 8 de julio de 2009, en el que el director General del Fondo, responde un derecho de petición ante el elevado por los presidentes de FENALPENPOR y FENALPEFER, en el que explica los motivos por los cuales el Fondo no incluyó a la regional Magdalena en el proceso de selección abreviada para la contratación de los servicios de salud, explicando además que para esa región Caprecom ofreció sus servicios, razón por la cual se celebraría un contrato interadministrativo (folios 29 y 30 del cuaderno No. 2).

* Fotocopias de tres conceptos emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud, en los que expone la posición de dicha entidad de control en relación con la posibilidad de que se puedan celebrar contratos interadministrativos entre dos entidades prestadoras de servicios

de salud. El primero y el tercero de los conceptos, se dictaron en respuesta a consulta elevada por el mismo Fondo (folios 31 a 35 y folio 38 del cuaderno No. 2).

* Derecho de petición presentado al Director General del Fondo, el 6 de julio de 2009 por los presidentes de FENALPENPOR y FENALPEFER en el que se pide explicar las razones jurídicas que llevaron al Fondo a no incluir a la región Magdalena en el la convocatoria pública para contratar los servicios de salud de esta entidad (folios 39 y 40 del cuaderno No. 2).

* Fotocopia del contrato interadministrativo suscrito el 13 de julio de 2009 entre el Fondo y Caprecom, para la prestación de los servicios de salud en la región Magdalena (folios 68 a 74 del cuaderno No. 2).

* Fotocopia de la Resolución No. 2132 del 28 de julio de 2009, por la cual el Director del Fondo da cumplimiento a la orden judicial impartida el 24 de julio de ese mismo mes, ordenando la suspensión provisional, a partir del 28 de julio de 2009, de la selección abreviada No. 001 de 2009, mientras se resuelve la tutela en que se impartió dicha orden (folios 142 a 145 del cuaderno No. 2).

* Auto de pruebas proferido el 30 de julio de 2009 en el que el juez de primera instancia en esta acción de tutela, solicita al Director General del Fondo dar respuesta a una serie de cuestionamiento allí formulados, todos relacionados con los procesos de contratación pública de los servicios de salud de dicho Fondo (folios 168 y 169 del cuaderno No. 2).

* Respuesta del Fondo a la acción de tutela propuesta en su contra por la Organización Clínica General del Norte S.A. (folios 259 a 263 del cuaderno No. 2).

* Orden del juez de tutela de fecha 31 de julio de 2009 para realizar una inspección judicial a las instalaciones administrativas de Caprecom en Barranquilla y en las oficinas de ANTHOC a fin de determinar cuál es la red propia y la red contratada para la prestación de los servicios de salud, y la situación real en cuanto a la prestación de los servicios médicos (folios 270 y 270 visto del cuaderno No. 2).

* Diligencia de inspección judicial surtida el 5 de agosto de 2009 por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla en el trámite de la presente acción de tutela y de conformidad con el auto de fecha 31 de julio del mismo año, que así la ordenó (folios 271 a 2174 del

cuaderno No. 2).

* Respuesta dada por el Ministerio de la Protección Social al juez de tutela, en relación con la presente acción de tutela (folios 287 y 288 del cuaderno No. 2).

* Respuesta de Caprecom a la acción de tutela a la cual anexa numerosos convenios y contratos suscritos a nivel nacional para la prestación de servicios de salud. En esta respuesta, pide la realización de una inspección judicial a las clínicas San Juan de Dios en Cartagena e Instituto del Corazón en Santa Marta (folios 303 a 426 del cuaderno No. 2).

* Respuesta del Fondo a la información solicitada por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla en auto del 30 de julio de 2009, a la cual se anexaron los pliegos de condiciones de la selección abreviada No. 001 de 2009, así como la Resolución 1880 de julio 6 de 2009, por la cual el Fondo justifica la celebración del contrato interadministrativo con Caprecom (folios 427 a 603 del cuaderno No. 2).

* Anexo No. 4 del Plan de Beneficios del POS y PAC para los usuarios del Fondo, y que son condiciones de obligatorio cumplimiento para la prestación de los servicios de salud (folios 607 a 682 del cuaderno No. 3).

* Impugnación presentada por Caprecom. A este documento se anexaron innumerables copias de múltiples convenios suscritos por esa entidad en todo el país, para la prestación de servicios de salud. Igualmente obra entre dichos documentos un listado de empleados de la empresa de Papales Nacionales S.A., que solicitan se conserve la atención médica en manos de Caprecom ante su excelente servicio (folios 786 a 1983 de los cuadernos No. 4 y 5).

* Impugnación presentada por el Fondo a la sentencia de primera instancia proferida en su contra (folios 2006 a 2016 del cuaderno No. 5).

* Escrito presentado por los presidentes de la Unión de Pensionados Portuarios del Atlántico y de la Confederación de Pensionados de Colombia, dirigida al Tribunal Administrativo del Atlántico, al que se adjuntan numerosos formularios de quejas y reclamos que en su momento fueron dirigidos al Fondo, en los que exponen el mal servicio de salud prestado por la Organización MEDISERVIR UT desde el 1° de enero de 2008 (folios 2047 a 2068 del cuaderno No. 5).

7. Sentencias objeto de revisión

7.1 Primera instancia

En decisión del 10 de agosto de 2009, el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla concedió el amparo constitucional solicitado por la Organización Clínica General del Norte S.A., al encontrar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, y al haberse puesto en peligro los derechos a la vida y a la salud de los pensionados agremiados en la Federación Nacional de Pensionados Portuarios (FENALPENPOR) y la Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Bocas de Ceniza (SOPETERMA).

Consideró el a quo, que si bien la reclamación planteada por la Organización Clínica General del Norte S.A., concierne en principio a una discrepancia de orden contractual, se puede advertir que el derecho fundamental a la salud de los pensionados del Fondo se afectó a consecuencia de la contratación directa celebrada entre este y Caprecom, pues precisamente, dicha contratación no tuvo en cuenta las especiales características de los afiliados y beneficiarios a quienes debió garantizar unas condiciones de eficiencia y calidad en los servicios de salud. Según las pruebas aportadas al proceso, así como las practicadas por esa instancia judicial, quedó demostrado que Caprecom fue contratada sin contar con los hospitales propios, el personal adecuado, ni con el cubrimiento y atención en ciertas especialidades, que garantizaría una correcta prestación de los servicios de salud. En vista de que el Fondo procedió sin justificación alguna a excluir a la región Magdalena del proceso de selección abreviada, y tampoco verificó y evaluó las calidades y estándares mínimos que Caprecom debía reunir antes de suscribir el contrato interadministrativo objeto de controversia, ello evidencia la inminencia de un perjuicio irremediable, que puede evitarse mediante esta acción de tutela.

Respecto de la presunta violación del derecho fundamental al mínimo vital, alegada por los trabajadores en misión del Programa Clínica General del Norte Puertos Atlántico, quienes coadyuvaron esta acción de tutela, el a quo concluyó que no había tal violación. Señaló, que en la medida en que por Resolución No. 02612 del 30 de julio de 2009 dictada por el Fondo, se había declarado la Urgencia Manifiesta por motivos de fuerza mayor, ello permitió que los trabajadores de la referida clínica siguieran prestando sus servicios a dicho programa, en

razón de la prórroga que había extendido dicho contrato, hasta el 31 de agosto de 2009, momento para el cual, el nuevo prestador, en este caso Caprecom, entraría a prestar la atención en salud contratada.

De otra parte, manifestó el juez de primera instancia que si bien la licitación o concurso público es la modalidad que por regla general emplea la administración para celebrar sus contratos, el que la contratación directa sea la excepción a dicha regla, y esta se justifique en razones especiales que ameriten cierta rapidez o especificidad en la contratación, ello no supone que frente a esta modalidad de contratación, la administración no deba garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y de selección objetiva consagrados en la Ley 80 de 1993.

Así, en el presente caso, observó el a quo, que la entidad accionada no cumplió con el requisito de la selección objetiva, circunstancia que no solo se confirma por el acervo probatorio obrante en el expediente, sino porque del mismo texto del contrato interadministrativo suscrito, se advierte que la entidad contratante incluyó algunas cláusulas exorbitantes de terminación, interpretación y modificación unilateral de dicho contrato, las que según lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no pueden ser incluidas entre otros, en los contratos interadministrativos, situación que desafortunadamente se presentó en el contrato suscrito con Caprecom.

Expuestas las anteriores consideraciones, el a quo tuteló, como mecanismo transitorio, el derecho fundamental al debido proceso de la Organización Clínica General del Norte S.A., y los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los coadyuvantes: Federación Nacional de Pensionados Portuarios de Colombia -FENALPENPOR-, y Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Boca de Ceniza -SOPETERMA-. Sin embargo, negó el amparo del derecho al mínimo vital de los coadyuvantes empleados en Misión del Programa Clínica General del Norte-Puertos Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

Las órdenes impartidas para garantizar los derechos fundamentales protegidos, fueron las siguientes:

- Tutelar como mecanismo transitorio, los derechos al debido proceso, a la vida y a la salud, mientras se interponen las acciones contractuales pertinentes. Ordenar al Fondo de Pasivo

Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, haga cesar todos los efectos del contrato interadministrativo No. 069 de 2009 celebrado entre esta entidad y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-. Así mismo, retrotraer el proceso de Selección Abreviada No. 001 de 2009, cuyo objeto es la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y Plan de Atención Complementaria, a los pensionados y sus beneficiarios afiliados al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en las Divisiones Antioquia, Santander, Central y Pacífico, a fin de incluir dentro de las zonas de cobertura del proceso, a la División Magdalena.

Posteriormente, por solicitud de la Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Bocas de Ceniza -SOPETERMA-, el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla, en actuación del 26 de agosto de 2009, adicionó el fallo del 10 de agosto en el sentido de compulsar copias de la actuación surtida dentro de la acción de tutela de la referencia, y de ese proveído, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para el inicio de las investigaciones pertinentes.

7.2 Resolución expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia para dar cumplimiento al fallo de primera instancia

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla en el trámite de la tutela que aquí se revisa, el Director General del Fondo expidió la Resolución No. 2299 del 14 de agosto de 2009 “por medio de la cual se deja sin efectos el contrato interadministrativo No. 069 de 2009”. En ella resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Dejar sin efectos el contrato interadministrativo No. 069 de 2009 suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y CAPRECOM, para la prestación de los servicios de salud a los pensionados y beneficiarios de los programas Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Puertos de Colombia en la Regional Magdalena.

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

ARTÍCULO TERCERO: Comuníquese la presente decisión a CAPRECOM y al Juez de Tutela Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla.

7.3 Impugnaciones

7.3.1 Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Mediante escrito presentado por el Director General del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se impugnó la anterior decisión.

Consideró el Director General del Fondo, que no existió violación del derecho fundamental al debido proceso con ocasión de la selección abreviada No. 001 de 2009, ni con la suscripción del contrato No. 069 de 2009 entre el Fondo y Caprecom.

Explica que el proceso de selección abreviada para la contratación de los servicios de salud y demás actividades de los Programas de Promoción y Prevención para las Regionales Central, Pacífico, Santander - Antioquia, se agotó de acuerdo a los principios constitucionales y legales respectivos. Explica que conforme a lo dispuesto en el Decreto 2025 de 2009, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, las diferentes etapas y términos establecidos para este tipo de contratación, se surtieron de acuerdo con el siguiente cronograma:

* Publicación en el SECOP17, de los estudios previos, y del aviso de convocatoria pública, así como del proyecto de pliego de condiciones.

* Revisión de las observaciones presentadas a los prepliegos y aprobación de los Pliegos Definitivos.

* Publicación en el SECOP de los Pliegos Definitivos y de la Resolución de apertura del proceso.

* Publicación de un aviso en prensa de amplia circulación nacional. Si bien la regulación del proceso de la selección abreviada no exige tal publicación, la misma se realizó en aras de lograr una mayor divulgación del proceso, a fin de propiciar un número mayor de oferentes.

* Se realizó la diligencia de apertura del proceso de contratación, y se agotó la etapa de la manifestación por parte de los interesados en participar. En tanto, los oferentes no fueron

más de diez (10), ello no obligó a la realización de sorteo.

Ahora bien, en lo que concierne con la suscripción del contrato interadministrativo No. 069 de 2009 con Caprecom, lo cual se hizo mediante la modalidad de la contratación directa que permite la Ley 1150 de 2007 en el literal c) del numeral 4° del artículo 2°, en el SECOP se publicó el acto administrativo que justifica esta modalidad de contratación, así como los estudios previos y la minuta del contrato, hechos que se corroboran con el registro de los mismos, siendo entonces fundamentos que avalaban la decisión del Fondo para suscribir el referido contrato interadministrativo con Caprecom, en tanto es una modalidad de contratación perfectamente viable, toda vez que la misma está prevista por la ley. Por ello, no tiene sentido que el empleo de este tipo de contratación suponga infracción a la ley. El hecho de que existan otras modalidades de contratación en las cuales existe la participación de varios oferentes, no significa que la entidad no pueda utilizar esta opción dada por la ley.

De esta manera, no puede llegarse a la conclusión, como lo hizo el a quo, que el haber optado por esta modalidad de contratación directa de servicios de salud para la Región Magdalena, mientras que para las demás regiones se optó por la selección abreviada, suponga la violación del derecho al debido proceso, pues de entenderse así, sería entonces el mismo Legislador quien se equivocó al disponer que las entidades públicas podían utilizar dicho mecanismo excepcional de contratación, cuando así lo consideren conveniente.

Tampoco es de recibo el argumento de que, como el Fondo en los anteriores procesos de contratación había incluido a todas sus regiones, y en esta oportunidad excluyó a la región Magdalena, para suscribir con ella un contrato interadministrativo, esté violando el derecho al debido proceso, pues se le estaría dando relevancia a un hecho histórico que no constituye causa justa para afirmar que exista una violación del derecho al debido proceso.

De acuerdo con la información suministrada por Caprecom "... no se comparte la apreciación hecha por el señor Juez de tutela, en el sentido de que CAPRECOM, no es un contratista idóneo, pues vale decir que es la única entidad pública que cuenta con red propia o contratada en el 86% de los municipios nacionales; hace presencia en 820 municipios del país, tiene establecidas sedes en los 33 departamentos, con 5.841 contratos celebrados con las diferentes IPS públicas y privadas del país en las modalidades de capitación, actividad, capitación y actividad y atención integral, permitiéndole garantizar la prestación del servicio

en los cuatro niveles de complejidad.

Respecto de la zona que cobija a la regional Magdalena, CAPRECOM cuenta con la propiedad de las Clínicas San Juan de Dios de Cartagena y en Santa Marta con el Instituto del Corazón; también hay que reiterar los numerosos contratos que ha suscrito con el ISS para la prestación de servicios de salud a sus afiliados, con los cuales en su mayoría se le prestan servicios médico a las personas de la tercera edad.

De acuerdo con lo anterior, CAPRECOM acredita una amplia experiencia en la prestación de servicios de salud, no solo por sus IPS propias sino por la contratación que ha celebrado para tales fines que superan los 316 mil millones de pesos y por lo tanto está en capacidad de prestar los servicios que demandan los pensionados del Fondo de Pasivo Social y sus beneficiarios.”

En lo que respecta a la presunta violación por parte del Fondo del derecho al debido proceso de la Clínica General del Norte S.A., no resulta aceptable la posición asumida por el juez al considerar que la decisión autónoma e independiente del Fondo, de celebrar dentro de los parámetros legales un contrato administrativo, suponga la violación del derecho al debido proceso, y que el causante de esa misma conducta violatoria involucre a un tercero en su calidad de contratista. Ello supone, por el contrario, una intervención irregular del juez, en la gestión de una entidad, apoyado en meras hipótesis, según las cuales, la referida Clínica deba participar en un proceso de selección abreviada, y que hipotéticamente, resulte ser la adjudicataria del mismo. Bajo este supuesto entonces, cualquier particular estará habilitado para que por vía de una acción de tutela pida la cesación de todos los contratos interadministrativos suscritos por la administración pública, con el argumento de que se viola su derecho al debido proceso.

De otra parte, en lo relacionado con la presunta violación de los derechos fundamentales de los usuarios, es claro para el Fondo que debe garantizar a sus usuarios la prestación ininterrumpida de los servicios de salud, sin que para ello importe la modalidad que se utilizó para contratar dichos servicios. Mal podría nuevamente el juez de tutela, con fundamento en meras hipótesis, concluir que al contratar el Fondo a Caprecom, ha vulnerado el derecho a la salud.

Ciertamente se garantiza la libre escogencia de EPS a los usuarios de que trata el artículo

153 de la Ley 100 de 1993, pues los usuarios en cualquier momento pueden manifestar al Fondo su deseo de trasladarse a una EPS, solicitud que forzosamente debe ser aceptada, salvo aquellos contados casos en los cuales el cotizante no haya cumplido con los periodos mínimos de permanencia como afiliado.

De esta manera, el que el Fondo haya excluido a la región Magdalena del proceso de selección abreviada no puede suponer, como equivocadamente se hace ver, que ello implique la vulneración del derecho a la salud de los pensionados. Aún más, fue el Fondo, en cumplimiento de su obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud a la población de la región Magdalena, el que contrató legalmente dichos servicios con Caprecom. Sí habría violado el derecho a la salud, de no contratar servicio alguno de salud en dicha región.

Ahora bien, en lo relativo a la procedencia de la acción de tutela, el Fondo señala que la misma no es viable en el presente caso, en la medida en que existe otro mecanismo de defensa judicial.

En efecto, de acuerdo a los hechos alegados en la demanda de tutela, en los que se aduce que existe una supuesta violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, a su juicio, ha de advertirse, inicialmente, que, de ser así, se estaría planteando una discusión respecto de actos precontractuales emitidos por la administración pública manifiestamente nulos, respecto de los cuales existen acciones específicamente contempladas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, norma que fue subrogada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la cual dispone que “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.”

De lo anterior, recuerda que la acción de tutela se caracteriza por ser una acción judicial preferente y sumaria, que si bien contiene ciertas garantías mínimas y necesarias para la validez constitucional de un proceso judicial, la misma no está sometida a la plenitud de los rigorismos de otros debates judiciales que admiten una mayor participación de las partes y un más amplio despliegue de sus derechos procesales.

Por ello reitera lo dicho por la Corte Constitucional en su jurisprudencia en el sentido de que la acción de tutela tiene por objeto exclusivo la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando aparezcan violados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o aún de particulares. Indica, además, que no es ámbito propio de la actividad encargada a los jueces de tutela, como jueces constitucionales, resolver las controversias surgidas entre los particulares y la administración por la interpretación, aplicación y ejecución de normas legales o reglamentarias, a no ser que por tales conceptos resulten afectados o en peligro derechos fundamentales de las personas, y sin que exista a su alcance un medio judicial eficaz para su defensa.

En este contexto, señala el Fondo, que en la medida en que la presente acción de tutela fue interpuesta como mecanismo transitorio de defensa, lo cierto es que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que se justifique evitar por vía del empleo de la acción de tutela. Sobre este punto, nuevamente pasa a citar a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado para indicar que el perjuicio irremediable es aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho, con secuelas irreversibles que, por lo mismo, no permiten retornar al estado anterior.

Se refiere posteriormente a lo señalado por la Corte Constitucional, en sentencia T-373 de 2007, en la que sostuvo que, en principio, la acción de tutela no es el medio judicial para resolver controversias de carácter precontractual, pues para ello existen los medios judiciales de carácter ordinario con idoneidad para evitar la consumación de los perjuicios iusfundamentales que puedan encontrarse en el proceso. A esta conclusión llegó la misma Corte en una decisión anterior, sentencia SU-713 de 2006, respecto de la cual el Fondo hace una larga transcripción del acápite relativo a los mecanismos contenciosos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico para controvertir las irregularidades que se presenten en los actos precontractuales¹⁸. Con todo, de dicha cita, resalta el Fondo el siguiente aparte:

“Tampoco sería procedente la acción de tutela entonces para la defensa de derechos que no tienen rango fundamental como aquellos que se comprometen cuando se lesiona la libre competencia económica o cuando se afecta el patrimonio de quien se encuentra interesado en el proceso licitatorio. Para la defensa de este tipo de derechos, existen otras acciones y

jueces especializados que pueden resolver de manera más adecuada los conflictos planteados.”

Expuestas todas las anteriores consideraciones, el Fondo solicita al Tribunal, revocar el fallo de primera instancia, por incongruente o inconstitucional, pues ha colocado al Fondo, a los actuales contratistas y a los nuevos en una situación de interinidad, afectándose, ahora sí, y de manera importante, la continuidad en la prestación de los servicios de salud a todos los afiliados al Fondo.

7.3.2 Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM–

A través de apoderada judicial, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom-, como tercero interesado en esta acción de tutela, impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que la misma constituía una vía de hecho, pues tal decisión, (i) violó sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa; (ii) desconoció por completo la legislación vigente en materia de contratación estatal, así como las facultades que en esta materia tienen las entidades estatales, y (iii) no valoró la información probatoria aportada, ni practicó las pruebas que se solicitaron.

* Señala primeramente, que la violación de su derecho al debido proceso y de defensa se concretó desde el inicio de esta actuación judicial, a la cual no se le vinculó ni como parte, ni como tercero con interés legítimo para actuar, pues solo se le exigió la rendición de un informe escrito sobre los hechos motivo de esta acción de tutela. Por esta omisión, podría estarse frente a una causal de nulidad, máxime cuando en la actualidad Caprecom es el contratista que el Fondo escogió para prestar los servicios médicos y hospitalarios en la región Magdalena.

* En relación con el tema de la debida integración del contradictorio, insiste en que es numerosa la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el particular, más aún, cuando de los hechos y las pretensiones de que trata esta tutela, se advierte que existen terceros no accionados, con derecho a ejercer su defensa, como sucede en el presente caso, a los que ha

debido permitírseles intervenir, para contradecir las pruebas existentes, y aportar o solicitar la práctica de las que consideren pertinentes. Con todo, Caprecom presentó el informe que le fuera solicitado por el juez, en el que expuso su experiencia y capacidad como empresa contratista en el sector salud.

* Aclara sin embargo, que el juez actuó de manera parcializada, al aceptar tan solo la práctica de las pruebas solicitadas por la parte accionante, y desechando las pedidas por él, particularmente la práctica de una diligencia de inspección judicial en las clínicas de Cartagena y Santa Marta. Así, la visión del juez se limitó a las manifestaciones “sin respaldo” que hiciera la Clínica General del Norte S.A.. En cuanto a las pruebas y afirmaciones “malintencionadas” hechas por la Clínica General del Norte S.A. en su contra, Caprecom señala que las mismas son impertinentes e inconducentes, entre otras razones, porque la inspección judicial adelantada por el juez de instancia a la red pública hospitalaria de Barranquilla, no puede ser comparada con el proceso de mejoramiento en atención que viene adelantando Caprecom en dicha ciudad, pues la red hospitalaria visitada es del régimen subsidiado, régimen en relación con el cual se obtuvieron testimonios de personas que nada aportan a la verdadera situación de la atención médica y hospitalaria que ha implementado Caprecom para el Fondo.

* Igualmente, el juez de instancia desconoció la explicación hecha respecto de los procesos en los que Caprecom ha prestado atención en salud a grupos poblacionales de más de 230.000 afiliados, por contratos suscritos con el ISS, aclarando, que para el caso de Bogotá la atención cubrió más de 800.000 afiliados. Por otra parte, el fallo hace una pobre transcripción de los argumentos presentados por Caprecom, generando con ello una sensación de falta de argumentos de esta entidad para defenderse, cuando de la información aportada, se puede concluir que Caprecom ha atendido en la ciudad de Barranquilla, a más de 500.000 personas en más de 50 puntos de servicio, logrando a su vez altos niveles de satisfacción, y todo ello, a partir del mismo volumen de recursos.

* De otra parte, el afán del juez en proteger a la Clínica accionante, generó una confusión de derechos fundamentales, que se evidencia a partir de unos argumentos que pretenden establecer una conexidad con el derecho a la salud de los pensionados, y atribuyendo la vulneración de tal derecho a Caprecom, análisis que se hace sin contar con los elementos jurídicos que demuestran dicha amenaza, y sin que Caprecom hubiese sido vinculada en debida forma al proceso.

* Desconoce igualmente, la reiterada jurisprudencia de la Corte, que confirma la improcedencia general de la acción de tutela para resolver controversias contractuales, particularmente, porque este tipo de conflictos cuenta con otros medios judiciales para la protección de los derechos relacionados en la materia. Pero lo más grave de la decisión que se impugna, es la orden de suspensión de todo el andamiaje contractual, bajo la figura de la suspensión provisional con el argumento de evitar un perjuicio irremediable. En efecto, lo que debió hacer la clínica accionante, tal y como lo señala la jurisprudencia, es agotar inicialmente, las instancias judiciales en la vía ordinaria. Es decir, dentro del procedimiento administrativo que concluyó con la suscripción del convenio interadministrativo, bien pudo ejercer la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, demandando el acto de adjudicación o la resolución No. 1880 de julio 6 de 2009, por medio de la cual el Fondo procedió a hacer uso de la modalidad de contratación directa. Además, el procedimiento administrativo de contratación de servicios de salud que venía adelantado el Fondo para la región Magdalena era ampliamente conocido por la Clínica General del Norte S.A., por lo que contó con 30 días a partir de la notificación de dicho acto administrativo, para promover la respectiva acción contenciosa administrativa, actuación que no hizo. En su lugar, la referida clínica, promovió la presente acción de tutela bajo el argumento de la violación de sus derechos fundamentales como los de un grupo de personas de la tercera edad, lo cual es improcedente.

* En relación con la presunta vulneración del derecho a la salud, advierte Caprecom, que resulta bastante extraña dicha decisión judicial, más aún, cuando el contrato que prestaría dichos servicios de salud, no ha iniciado su ejecución, y peor aún, cuando dicha vulneración se sustenta en la existencia de un perjuicio irremediable que no se ha materializado.

* Frente a la protección constitucional del derecho a la seguridad social que reclama la Clínica General del Norte S.A. a favor de personas de la tercera edad, Caprecom indica que no es esta entidad la llamada a reclamar dicha protección, más aún, cuando no está actuando como agente oficioso de unas personas, que además, no están individualizadas, y respecto de quienes tampoco se ha concretado o identificado una vulneración a sus derechos fundamentales. Además, el juez acepta la vocería que algunos individuos toman en representación de un grupo determinado de personas, y les permite intervenir en esta acción de tutela, como coadyuvantes de la clínica demandante.

* Retomando el tema de la vulneración de su derecho al debido proceso, Caprecom señala que el juez de tutela dio a la Clínica General del Norte S.A. “un estatus único e inamovible” como si esta entidad fuera el mejor prestador de servicios de salud en la región, sin advertir que la reciente contratación que hiciera el Fondo con esta clínica, obedeció a la declaratoria de urgencia manifiesta que se produjo ante el incumplimiento de un contratista anterior, y no por considerar que dicha Clínica surgiera como la mejor opción. Además, la expectativa de la Clínica de participar en un proceso de contratación, es una eventualidad, y no un derecho adquirido que justifique la afectación de derecho fundamental alguno. Así, el fallo que se impugna, protegió el interés netamente económico de la Clínica General del Norte S.A.

* En lo relativo a la modalidad de contratación adoptada por el Fondo para la región Magdalena, Caprecom reitera que en aplicación a lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, artículo 2°, numeral 4°, en concordancia con lo regulado en el decreto 2474 de 2008, el Fondo podía optar por la contratación directa. Además, el contrato interadministrativo No. 069 de 2009 suscrito con Caprecom, estableció los estándares mínimos de orden técnico, que debía reunir el contratista, así como las condiciones para la prestación de los servicios de salud, las que fueron semejantes a las exigidas en la selección abreviada que se adelantó en las demás regiones. Por lo anterior, de mantenerse el fallo de

primera instancia, se estaría declarando un derecho adquirido a favor de la entidad accionante, lo cual resulta contrario a todo mandato legal y constitucional, además que se estaría desconociendo la potestad que tiene el Fondo, como entidad estatal, para optar por el sistema de contratación que creyó conveniente para la región Magdalena.

- Recuerda Caprecom, que el Fondo contaba con dos opciones para contratar los servicios de salud: por una parte, existía la contratación pública por vía de la selección abreviada, y: por otra parte, la contratación directa por vía de un contrato interadministrativo. De esta manera, al tratarse de figuras jurídicas de orden contractual, la acción de tutela no surge como la vía judicial adecuada para buscar la nulidad de un contrato, en el eventual caso de reunirse los elementos para ello. Además, el artículo 87 del C.C.A. establece que de manera alguna se suspenderá la ejecución de un contrato ya suscrito, en virtud de una demanda interpuesta contra éste, una razón más por la cual la decisión judicial que se impugna, ha de considerarse como una vía de hecho.

- En este mismo contexto, de la opción contractual escogida por el Fondo, no puede alegarse tampoco la vulneración del principio de selección objetiva, particularmente porque la contratación directa está contemplada en la normatividad vigente y en la Constitución, y más aún cuando la propia ley privilegia este tipo de contratación entre entidades del estado. Basta revisar lo señalado por la Ley 80 de 1993, el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 y la Ley 715 de 2001. En relación con esta última ley, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias demandas de inconstitucionalidad presentadas contra dicha norma por la presunta violación del derecho a la igualdad y a la libertad de empresa. Así, en sentencias C-91520, C-107321 de 2002 y C-33122 de 2003, la Corte determinó el alcance del legislador al privilegiar a las entidades públicas en la contratación en materia de salud, y confirmó que no se configuraba violación de derecho fundamental alguno. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-1158 de 2008, resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida en contra del literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, en la que nuevamente hace un análisis sobre el derecho a la igualdad, libertad económica y de empresa, llegando a la misma conclusión. Ahora bien, en punto al tema de la inclusión de una cláusula exorbitante en el contrato, fue el mismo Fondo quien la incluyó, cláusula que de aplicarse, operaría en contra de Caprecom. Por ello, no corresponde al juez de tutela resolver su pertinencia o no.

- Por lo anterior, carece de sustento la decisión judicial impugnada que desacreditó el procedimiento de contratación directa adelantado por el Fondo, pues el simple hecho de haber escogido este tipo de contratación, no presupone la vulneración del derecho a la igualdad, como tampoco desconoce los derechos y principios que rigen la selección objetiva del contratista en la contratación estatal. Por el contrario, señala que “la trascendencia de la naturaleza del convenio interadministrativo, está dada en la garantía de la debida disposición de los recursos de seguridad social en salud, y como lo anotó la Corte, los principios y reglas que se han señalado en materia contractual, son imperativos para todos los agentes del servicio público de seguridad social en salud, públicos o privados, prestándose el servicio en condiciones de calidad y de eficiencia a que se refieren las disposiciones de la Ley 100 de 1991, lo cual cumple y supera Caprecom.

“Aunando a lo anterior y que no puede pasarse por alto es que los recursos de seguridad social en salud tanto para los servicios el Plan Obligatorio de Salud como del Plan de Atención Complementaria que son objeto de contratación directa con el Fondo, son aportados y financiados por la Nación, no por los pensionados o afiliados, razón por la cual al ser recursos de seguridad social contribuidos por el Gobierno Nacional, se encuentra la garantía de que estos sean dispuestos en el mismo orden, por una entidad pública para su correcta disposición y circulación en el sistema de seguridad social en salud.”²³

- Finalmente, en lo que concierne a su idoneidad y capacidad técnica y administrativa, Caprecom señala que el juez de instancia asumió una posición parcial y de descrédito, al punto de interpretar equivocadamente el convenio interadministrativo No. 069 de 2009 que fuera suscrito entre el Fondo y Caprecom. Indica que su propuesta de prestar los servicios de salud, fue presentada el 30 de marzo de 2009, y esta fue precedida de un análisis que permitió establecer los lugares en los que Caprecom contaba con red de servicios de salud, y en los que no. Dicho análisis se comparó con la red que venía atendiendo a los afiliados al Fondo, estableciéndose, que se contaba con red en el 82% de los municipios en los que se atendía a la población de pensionados del Fondo. Además, el contrato suscrito contempla un plan obligatorio de salud y uno de atención complementaria, que debían ser cumplidos obligatoriamente, en tanto serían objeto de auditoria, veeduría e interventoria por el mismo Fondo. Esas condiciones contractuales fueron idénticas para todas las regiones, sin importar la forma en que dichos servicios de salud hubiesen sido contratados.

No obstante el juez concluye que Caprecom no soportó la red de prestación de servicios de salud antes de iniciar el contrato, lo que demuestra el rápido análisis adelantado al contrato interadministrativo suscrito entre el Fondo y Caprecom, pues en la cláusula tercera del mismo, se establece un plazo para que el contratista presentara su red de atención, lo que Caprecom en efecto hizo, pues sobre su red a nivel nacional, podía realizar ajustes de acuerdo con el contrato, garantizando así una mejor atención a los afiliados del Fondo, de tal manera que contaría con una red principal y una red secundaria para la atención de los afiliados al Fondo, lo cual no puede ofrecer la Clínica General del Norte S.A. Ante la flexibilidad que permiten los contratos interadministrativos, encaminados a ajustar más la red a la calidad de atención deseada por el Fondo, es claro que ello no se podía manejar en una licitación pública, en la cual lo que se ofrece de acuerdo al pliego de condiciones, queda casi inamovible, pues dicho ofrecimiento de servicios obtiene una calificación o puntaje determinado de acuerdo al capítulo o ítem a contratar. Por lo anterior, Caprecom organizó oportunamente la red en los términos contractualmente pactados, entregando al Fondo el día 13 de agosto de 2009, los respectivos soportes de estándares mínimos técnicos dispuestos en los anexos 1, 4 y 8 del Contrato No. 069 de 2009, a pesar de que el contrato se encontrara ya suspendido.

En relación con el tema de contar con una red hospitalaria propia, ello no era una exigencia contractual, pues si fuere así, habría entonces que partir del hecho de que ni siquiera la misma Clínica General del Norte S.A. cumple con tal requisito, pues para la muestra, para atender a los afiliados del Fondo en la ciudad de Cartagena, dicha clínica suscribió un contrato con la Clínica San Juan de Dios de Cartagena, la cual es propiedad de Caprecom. Por ello, además de ser injustificada la descalificación que hizo el juez de Caprecom, desconoce con su decisión otras posibilidades contractuales para la adecuada prestación de los servicios de salud, como serían el arriendo, el comodato, la unión temporal, etc.

- Como parte final de su impugnación, Caprecom nuevamente hace relación, de manera extensa y detallada, de toda la infraestructura que comprende su red de atención en salud, enumerando los diferentes contratos que ha suscrito con diferentes IPS, en todo el territorio nacional y que superan los 316 mil millones de pesos en servicios de salud contratados²⁴.

Por todas las anteriores razones, Caprecom solicita la revocatoria de la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla y en su lugar,

ordenar el restablecimiento del orden jurídico, continuando con el trámite legal del convenio interadministrativo No. 069 de 2009.

7.4 Segunda instancia

En sentencia del 2 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo del Atlántico confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

Para su decisión, el ad quem consideró que vistos los aspectos fácticos y jurídicos del presente asunto, en principio, la acción de tutela debería rechazarse por improcedente, pues a simple vista advierte que la parte accionante cuenta con acciones judiciales para conseguir lo que ahora pretende por vía de esta acción de tutela. Sin embargo, como la Organización Clínica General del Norte S.A. y la Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Boca de Ceniza -SOPETERMA-, alegaron la existencia de un perjuicio irremediable, la misma resulta viable como mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Luego de exponer la posición jurisprudencial decantada por la Corte Constitucional en torno a los elementos y el concepto de perjuicio irremediable, el Tribunal se refirió a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, cuya sujeción absoluta al Estado Social de Derecho se encuentra consagrada en la Carta Política. Explicó seguidamente, que el Sistema de Seguridad Social Integral contempla una serie de derechos proteccionistas del área de salud, los cuales son irrenunciables, pues garantizan los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Como resultado de los lineamientos constitucionales y legales contemplados en la Ley 100 de 1993, uno de dichos principios rectores, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, corresponde a la libre escogencia de las instituciones prestadoras de salud, en donde por expresa disposición de la ley, se permite la participación de diferentes entidades para llevar a cabo la prestación de los servicios de salud, bajo la estricta vigilancia del Estado. Igualmente, señaló que los usuarios del servicio de salud tendrán plena libertad de seleccionar entre las diferentes EPS e IPS, pudiendo además vincular los profesionales adscritos para su atención, según las reglas de oferta de servicios señaladas en el artículo 159 de la Ley 100 de 1993 lo permitan. Es claro entonces, que la libre escogencia representa un derecho y una garantía inseparable al servicio de salud.

Conforme con lo anterior, para el ad quem resulta evidente que siendo la libre escogencia por parte de los afiliados de EPS o IPS un principio rector del Sistema de Seguridad Social en el país, es lógico que el mismo se encuentre contenido dentro del derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social, por lo cual, la limitación del primero constituye una vulneración al segundo. En este punto, recalca el ad quem que “la anterior afirmación se circunscribe a que la escogencia se realice por parte del afiliado, dentro de las opciones ofrecidas por la EPS.”²⁵

Refiriéndose al presente caso, el Tribunal advierte que las reclamaciones hechas por las agremiaciones que coadyuvaron la acción de la referencia, “no obedece a una simple solicitud caprichosa en el cambio de IPS, sino al pleno ejercicio de sus derechos, más aún cuando la División Magdalena fue excluida del proceso de selección abreviada de menor cuantía para la contratación de los servicios de salud, por lo cual a esta región le fue impuesta, a través de un contrato administrativo con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, la prestación de los servicios que en principio vendrían recibiendo de manera eficiente por parte de la hoy accionante Clínica General del Norte.

La situación descrita, a criterio de esta corporación, constituye una flagrante vulneración al derecho de salud de los afiliados pensionados que venían recibiendo sus tratamientos eficientemente por parte de la clínica actora, a los cuales se les impuso, sin que mediara el procedimiento legalmente establecido para tal efecto, continuar con la demanda de servicios a CAPRECOM, lo que en sí mismo constituye una afectación al derecho a la salud, especialmente dentro del sector de las personas de la tercera edad, a quienes por la complejidad de sus enfermedades y estado general de salud, aunando a su condición de adultos mayores, requieren de un servicio de salud estable que sólo se puede garantizar con el cumplimiento de los requisitos previos a la prestación misma del servicio, pues entiende la Sala que el proceso de selección, aún abreviado es el mecanismo idóneo para determinar cuál es la entidad que puede brindar las garantías inherentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, y, omitir ese paso, aún cuando se pretenda demostrar por medios no idóneos que la entidad escogida directamente cumple con los requisitos exigidos por la ley, configura una amplia vulneración de los derechos de los afiliados pensionados coadyuvantes en la presente acción.”²⁶

De esta manera, si bien la naturaleza de la controversia aquí planteada es de carácter

contractual, el derecho a la salud de los pensionados del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, es fundamental, lo que lo hace inseparable de la dignidad humana, y por tal razón, permite que sea amparable por vía de tutela, con el objeto de evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en cuanto a la presunta violación del derecho al debido proceso administrativo, el Tribunal consideró, luego de hacer un análisis normativo del tema de la contratación administrativa y en especial en lo concerniente a la prestación de servicios de salud,²⁷ que en efecto, el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia había vulnerado tal derecho, al proceder de manera injustificada a excluir del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009, a su división Magdalena, y suscribir para ésta un contrato interadministrativo.

Por las anteriores razones el Tribunal Administrativo del Atlántico confirmó la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla.

8. Pruebas ordenadas por la Corte Constitucional

8.1 Por auto del 19 de marzo de 2010, la Sala de Revisión consideró necesario establecer si los servicios médicos y hospitalarios a los pensionados y beneficiarios del Fondo en la región Magdalena, se venían prestando de manera continua y eficiente. En ese orden de ideas, y con el fin de verificar la anterior situación, decretó la práctica de unas pruebas. Para ello, ordenó, oficiar a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Director General del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la comunicación de dicho auto de pruebas, suministrase la siguiente información:

“Cuáles han sido las medidas adoptadas por el Fondo, para garantizar la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, en forma continua, de los pensionados y beneficiarios de dicha entidad, en la región Magdalena.

A través de qué entidad o entidades se viene prestando los servicios médicos y hospitalarios de los pensionados y beneficiarios del Fondo en la región Magdalena, y cuál ha sido la forma de contratación con los prestadores. En relación con esto último, el Fondo deberá remitir a la Corte, copia de los contratos o de los escritos a través de los cuales se haya formalizado la prestación de los servicios de salud, así como toda la documentación que permita establecer

la prestación ininterrumpida de los servicios de salud a los usuarios de dicho Fondo en la región Magdalena.”

Se determinó que mientras se practicaban y evaluaban las pruebas ordenadas, los términos del proceso se suspenderían hasta nueva orden.

8.2 En escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 23 de abril del presente año, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dio respuesta a las pruebas ordenadas por la Sala de Revisión, manifestando lo siguiente:

* “El 30 de enero de 2.009 se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. 0020 de 2009 con la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A., con el fin de prestar integralmente los servicios médico asistenciales, a la población usuaria de los programas Ferrocarriles y Puertos en la Regional, conforme al contenido de los pliegos de condiciones elaborados para efectos de la licitación pública No. 002 de 2007, cuya duración se pactó entre febrero 1 de 2009 y 31 de mayo de 2009, inclusive (se anexa copia).

* Este contrato fue prorrogado a partir del día 1 de junio y hasta el 31 de julio de 2009 inclusive, según la prórroga y adición efectuada al contrato No. 0020 de 2009 (se anexa copia).

* Este contrato fue prorrogado a partir del día 1 de junio y hasta el 31 de julio de 2009 inclusive, según la prórroga y adición efectuada al contrato No. 0021 de 2009 (se anexa copia).

* El día 30 de Julio de 2.009 se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. 0074 de 2009 con la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A., con el fin de prestar

integralmente los servicios médico asistenciales, a la población usuaria de los programas Ferrocarriles y Puertos en la Regional Magdalena, conforme al contenido de los pliegos de Condiciones elaborados para efectos de la licitación pública No. 002 de 2007, cuya duración se pactó entre agosto 1 de 2009 y 31 de agosto de 2009, inclusive (se anexa copia).

* El día 30 de Julio de 2.009 se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. 0075 de 2009 con la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A. a la población usuaria de los programas Ferrocarriles y Puertos en la Regional Magdalena, conforme al contenido de los pliegos de Condiciones elaborados para efectos de la licitación pública No. 002 de 2007, cuya duración se pactó entre agosto 1 de 2009 y 31 de agosto de 2009, inclusive (se anexa copia).

* Posteriormente el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con el fin de garantizar los servicios de salud a los pensionados y beneficiarios adscritos al programa Ferrocarriles Nacionales en la División Magdalena y al Programa de Puertos de Colombia en los puertos de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena, suscribió el día 13 de Julio de 2009 el Contrato Interadministrativo No. 069 con la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM- cuya duración sería a partir del día 1 de septiembre de 2009 y hasta el 31 de julio de 2010, inclusive, siempre y cuando CAPRECOM presentara y soportara la red con la cual prestaría el servicio de salud y el Fondo la avalara (se anexa copia).

* A través de la resolución No. 2299 de agosto 14 de 2009 la entidad resolvió dejar sin efectos el contrato interadministrativo No. 069 de 2009 en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado 2 Administrativo de Circuito de Barranquilla proferido el día 10 de agosto de 2009 (se anexa copia).

* Mediante la resolución No. 2416 de agosto 28 de 2009 se declaró la Urgencia Manifiesta en la entidad para la contratación de los servicios de salud en la regional Magdalena, determinándose entre otras cosas, que con fundamento en la decisión proferida dentro de la

acción de tutela instaurada por la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, coadyuvada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE PENSIONADOS PORTUARIOS - SOCIEDAD DE PENSIONADOS DEL TERMINAL MARÍTIMO Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA Y DE LAS OBRAS DE BOCA DE CENIZA (SOPETERMA) Y EMPLEADOS DIRECTOS Y/O INDIRECTOS PERSONAL EN MISIÓN DEL PROGRAMA CLÍNICA GENERAL DEL NORTE - PUERTOS ATLÁNTICO, la preparación y suscripción de los contratos de servicios de salud a partir del 1 de septiembre y hasta el 31 de octubre de 2009, inclusive, con el único fin de garantizar la prestación ininterrumpida de los servicios de salud a la población usuaria del mismo en la Regional Magdalena (se anexa copia).

* El día 28 de Agosto de 2.009 se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. 0078 de 2009 con la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A., con el fin de prestar integralmente los servicios médico asistenciales a la población usuaria de los programas Ferrocarriles y Puertos en la Regional Magdalena, conforme al contenido de los pliegos de Condiciones elaborados para efectos de la licitación pública No. 002 de 2007, cuya duración se pactó entre septiembre 1 de 2009 y hasta el 31 de octubre de 2009, inclusive (se anexa copia).

* Este contrato fue prorrogado a partir del día 1° de noviembre y hasta el 30 de noviembre de 2009 inclusive, según la prórroga y adición efectuada al contrato No. 0078 de 2009 (se anexa copia).

* El día 26 de noviembre de 2009 se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. 101 de 2009 con la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A. con el fin de prestar integralmente los servicios médico asistenciales a la población usuaria de los programas Ferrocarriles y Puertos en la Regional Magdalena conforme al contenido de sus pliegos de Condiciones elaborados para efectos de la licitación pública No. 002 de 2007, cuya duración se pactó entre septiembre 1° de 2009 y hasta el 31 de octubre de 2009, inclusive (se anexa copia).

* El día 26 de noviembre de 2.009 se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios de Salud para los programas de promoción y prevención No. 00105 de 2009 con la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A. a la población usuaria de los programas Ferrocarriles y Puertos en la Regional Magdalena, conforme el contenido de los pliegos de condiciones elaborados para efectos de la licitación pública No. 002 de 2007, cuya duración se pactó entre febrero 1° de 2009 y 31 de mayo de 2009, inclusive (se anexa copia).

* Este contrato fue prorrogado a partir del día 1° de abril y hasta el día 1° de mayo, inclusive, según la prórroga y adición efectuada al contrato No. 00105 de 2009 (se anexa copia)."

Junto con la anterior respuesta se anexaron copias de los siguientes documentos:

* Contrato de prestación de servicios de salud No. 020 de 2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° de febrero al 31 de mayo de 2009 (7 folios).

* Prórroga y adición al contrato de prestación de servicios de salud No. 0020 de 2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° de junio al 31 de julio de 2009 (4 folios).

* Contrato de prestación de servicios de salud para los programas de promoción y prevención No. 0021-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° de febrero al 31 de mayo de 2009 (6 folios).

* Adición y prórroga al contrato de prestación de servicios de salud para los programas de promoción y prevención No. 0021-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° de febrero al 31 de mayo de 2009 (4 folios).

* Contrato de prestación de servicios de salud No. 0074-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° al 31 de agosto de 2009 (6 folios).

* Contrato de prestación de servicios de salud para los programas de promoción y prevención No. 0075-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° al 31 de agosto de 2009 (6 folios).

* Contrato interadministrativo para garantizar la prestación de los servicios de salud No. 069-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM (7 folios).

* Resolución No. 2416 del 28 de agosto de 2009, por la cual el Director General del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, declaró la Urgencia Manifiesta en el referido Fondo, para la contratación de los Servicios de Salud en la Regional Magdalena (8 folios).

* Contrato de prestación de servicios de salud No. 0078-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° de septiembre al 31 de octubre de 2009 (7 folios).

* Adición y prórroga No. 01 al contrato de prestación de servicios de salud No. 0078-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° al 30 de noviembre de 2009 (4 folios).

* Contrato de prestación de servicios de salud No. 101-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° de diciembre de 2009 al 30 de marzo de 2010 (8 folios).

* Contrato de prestación de servicios de salud para los programas de promoción y prevención No. 0105-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración iba del 1° de

diciembre de 2009 al 30 de marzo de 2010 (6 folios).

* Prórroga y adición al contrato de prestación de servicios de salud para los programas de promoción y prevención No. 0075-2009, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte S.A., cuya duración va del 1° de abril al 31 de mayo de 2010 (5 folios).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de la misma, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes, así como por escoger el caso en Auto del 9 de diciembre de 2009 de la Sala de Selección de Tutela número Doce.

2. Reanudación de los términos suspendidos

Teniendo en cuenta que en virtud de auto dictado el 19 de abril de 2010 la Sala de Revisión dispuso suspender los términos del proceso mientras se allegaban y se examinaban las pruebas, en esta providencia se ordenará su reanudación.

3. Problema jurídico

3.1 De acuerdo con lo expuesto en el acápite de antecedentes, se afirma por parte de la Organización Clínica General del Norte S.A., que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, además de vulnerar sus derechos fundamentales de petición, igualdad y debido proceso, la expuso a un perjuicio irremediable, al suscribir un contrato interadministrativo con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-, por el cual esta última prestaría a los afiliados y beneficiarios de la regional Magdalena de dicho Fondo, los servicios médicos y hospitalarios. Considera la Clínica, que la modalidad de contratación administrativa adoptada por el Fondo para esa región, sus servicios de salud y su infraestructura médica, le impidió ofertar en un proceso de selección abreviada. Aclara que dicho contrato le quitó transparencia al proceso de contratación, causándole a ella un

perjuicio irremediable, pues se vería obligada a cancelar numerosos contratos de trabajo a su personal, lo que supondría la afectación de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de esas personas, generándole de paso a la Clínica, un lucro cesante por la inutilización de su infraestructura médica.

De otra parte, explicó la Clínica, que al excluir el Fondo a la regional Magdalena del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009 por el cual convocaba a la contratación de los servicios de salud en todas sus demás seccionales, violó el derecho a la igualdad de la región Magdalena, y desconoció lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y en sus decretos reglamentarios, 2474 de 2008 y 2025 de 2009, en especial este último, que de manera expresa advierte que la contratación de servicios de salud, por parte de entidades públicas, ha de hacerse mediante el proceso de selección abreviada de menor cuantía.

Señaló además, que dicho contrato atentó igualmente, contra los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los afiliados y beneficiarios de dicho Fondo, pues a diferencia del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009, que se siguió para la contratación de los servicios médicos y hospitalarios en las demás regiones, la región Magdalena no tuvo la posibilidad de beneficiarse de escoger la mejor propuesta entre una pluralidad de opciones, y por el contrario, se contrató a una entidad como Caprecom, la cual no cuenta con la infraestructura médica, física y administrativa que le permita prestar adecuadamente dicho servicio, en tanto carece de clínicas propias, y de la capacidad médica para el adecuado cubrimiento en ciertas especialidades y en ciertos niveles de mayor complejidad médica.

3.2 Por su parte, la entidad directamente accionada, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, así como el tercero con interés en el proceso, y contratista del Fondo, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom, respondieron las afirmaciones hechas por la Clínica General del Norte S.A.

3.2.1 En primer lugar, el Fondo desvirtuó la procedibilidad de la acción de tutela para resolver controversias de orden contractual como la aquí planteada, al señalar, que para ello existen las acciones contractuales ante la jurisdicción contencioso administrativa, en especial la señalada en el artículo 87 del C.C.A.. Pidió que esta acción de tutela fuera negada. Así mismo, fue contundente en señalar, que en uso de su autonomía administrativa, celebró un

contrato interadministrativo, legalmente permitido entre entidades públicas, el cual no puede controvertirse, sin fundamento alguno, o tan solo en supuestos fácticos e hipotéticos como los planteados por la accionante, que aluden a un dudoso perjuicio irremediable.

3.2.2 Por su parte Caprecom consideró que las afirmaciones hechas por la Clínica General del Norte S.A. en relación con su incapacidad médica y administrativa, así como por su falta de infraestructura física y científica para atender situaciones médicas de gran complejidad, no es cierta. Para ello, aportó numerosa documentación en la que demuestra detalladamente su infraestructura a nivel nacional y en especial en la región Magdalena, así como el gran cubrimiento en todo el país y los altos índices de satisfacción de sus afiliados. Expuso igualmente que no existe mandato constitucional alguno que obligue a las entidades públicas a contratar siempre bajo la modalidad de licitación pública o selección abreviada.

3.2.3 Los jueces de instancia concedieron el amparo constitucional solicitado, como mecanismo transitorio. El de primera instancia, consideró, que si bien el problema jurídico planteado tiene su origen en una controversia contractual, por conexidad, se amenazó el derecho fundamental a la salud de los pensionados y beneficiarios del Fondo, respecto de quienes no se tuvo en cuenta sus especiales condiciones, pues se contrató de manera directa con una entidad que no cumplía con las condiciones mínimas para prestar un servicio adecuado de salud. El amparo se concedió como mecanismo transitorio, y en él, se ordenó cesar todos los efectos del referido contrato interadministrativo, mientras se interponía las acciones contractuales. Así mismo, se ordenó retrotraer todo el proceso de selección abreviada No. 001 de 2009, adelantado en las regiones de Antioquia, Santander, Central y Pacífico, a fin de incluir a la región Magdalena en dicho proceso.

Por su parte, el juez de segunda instancia, confirmó la decisión del a quo, insistiendo en la necesidad de que las EPS garanticen el derecho a la seguridad social de sus afiliados, lo que se logra a través de un proceso efectivo de contratación, el cual no se cumplió en el presente caso, en el que, a través de un contrato interadministrativo se les impone a los afiliados al Fondo, en la región Magdalena, una nueva IPS para la prestación de sus servicios de salud, no obstante que hasta ese momento venían siendo suministrados de manera satisfactoria por la clínica accionante.

3.2.4 Expuesto el marco fáctico que motivó la interposición de esta acción de tutela, así

como las decisiones judiciales de instancia, corresponderá ahora a la Sala, determinar, si la controversia contractual planteada por la Clínica General del Norte S.A., en relación con el contrato interadministrativo suscrito entre el Fondo y Caprecom, vulneró sus derechos fundamentales de petición, igualdad y debido proceso, y si como consecuencia del mismo se pusieron en peligro los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de los pensionados y beneficiarios de la región Magdalena, exponiendo a todos a un perjuicio irremediable.

3.2.5 En razón del anterior planteamiento, deberá la Sala Cuarta de Revisión, (i) reiterar su posición en relación con el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, teniendo que determinar para ello, si existen otros medios de defensa judicial por los cuales la Clínica accionante pueda controvertir la actuación precontractual y contractual adelantada por el Fondo accionando respecto del contrato interadministrativo No. 069 de 2009 de prestación de servicios médicos suscrito para la región Magdalena. Si se llegare a probar la existencia de esas otras vías judiciales, se deberá, de todos modos, (ii) determinar si la firma del mencionado contrato interadministrativo, realmente causó un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo constitucional de forma transitoria, y, por último, (iii) en caso de resultar ello posible, procederá al análisis del caso en concreto, a fin de determinar si se presentó o no la supuesta violación de los derechos fundamentales invocados por la empresa demandante.

3.2.6 No obstante lo anterior, la Sala de Revisión ve necesario hacer una consideración preliminar en relación con la participación en esta acción de tutela de la Federación Nacional de Pensionados Portuarios -FENALPENPOR-, la Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Boca de Ceniza -SOPETERMA-, como coadyuvantes de la demanda de tutela promovida por la Clínica General del Norte S.A. Esto con el fin de determinar el alcance de su participación en el trámite de la acción de tutela, y particularmente, en este caso, si ella supone una simple aceptación de los argumentos expuestos por el demandante en la tutela, o si del contexto de sus argumentos se advierte que habría una reclamación diferente y adicional.

1. La coadyuvancia en la acción de tutela

La reglamentación procesal de la acción de tutela prevé, en el artículo 13 del Decreto 2591

de 1991, las figuras de la coadyuvancia y de la agencia oficiosa como dos instituciones procesales distintas. Respecto de la primera de estas, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el coadyuvante “es un tercero que tiene con una de las partes una relación sustancial que, indirectamente, puede verse afectada si la parte a la que coadyuva obtiene un fallo desfavorable.”²⁸

En este orden de ideas, la misma jurisprudencia indica que “el coadyuvante, entonces, ejercita, dentro del proceso, las facultades que le son permitidas y, en todo caso, no puede afectar a la parte, pues de la esencia de la coadyuvancia es la intervención antes de la sentencia de única o de segunda instancia, para prestar ayuda, mas no para hacer valer pretensiones propias.”²⁹

Frente a este planteamiento, es claro entonces que la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir las reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia.

Así, en el presente caso, la Federación Nacional de Pensionados Portuarios -FENALPENPOR-, la Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Boca de Ceniza -SOPETERMA- y empleados, directivos y/o personal en misión del programa Clínica General del Norte Puerto Atlántico, actúan en el proceso, en su calidad de coadyuvantes, es decir, de terceros con interés en el resultado del proceso. Bajo esa calidad, se entenderá que su participación en el trámite de esta tutela, se limita a apoyar y compartir las reclamaciones que hace la parte demandante, es decir, la Clínica General del Norte S.A., razón por la cual, el pronunciamiento que se emita por parte de esta Sala de Revisión, se atenderá a los fundamentos contenidos en la demanda de tutela, y no se pronunciará respecto de aquellos que difieran o no hagan parte en ésta.

1. Carácter subsidiario y residual de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

5.1 Es clara la Constitución Política cuando dispone, en su artículo 86, que la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, con carácter residual y subsidiario,³⁰ es decir, que procede de manera supletiva, esto es, en ausencia de otros medios ordinarios de defensa, o cuando existiendo estos, dicha acción se trámite como mecanismo transitorio de defensa judicial, al cual se acuda para evitar un perjuicio irremediable³¹.

Ahora bien, el principio de subsidiariedad está contenido de manera expresa en el mismo artículo 86 cuando señala que la acción de tutela “[...] solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

5.2 Conforme con el anterior mandato, es claro que la protección de los derechos fundamentales no está reservada de manera exclusiva a la acción de tutela, pues la misma Constitución del 91 ha dispuesto que las autoridades de la República en cumplimiento de su deber de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2°), cuentan con diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley, que garantizan la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. Por lo anterior, es que se encuentra justificada la subsidiariedad de la acción de tutela, en la medida en que existe un conjunto de medios de defensa judicial, que constituyen entonces los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.³²

Así, es reiterada la posición de esta Corporación, en el sentido de sostener que es requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela, el agotamiento de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial previsto por la ley³³. Al respecto, la Corte en sentencia C-543 de 1992 señaló:

“no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”.

5.3 Así, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Por lo mismo ha de entenderse que la acción de tutela no es una herramienta judicial que pueda desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa. Debe recordarse que la acción de tutela es un mecanismo extraordinario³⁴, excepcional y residual, que no puede ser visto como una vía judicial adicional o paralela³⁵ que pueda sustituir a las vías judiciales ordinarias³⁶, como tampoco se ha establecido como un salvavidas, al que se pueda acudir para corregir los errores en que pudieron incurrir las partes, o para revivir términos ya fenecidos a consecuencia de la incuria procesal de esas mismas partes³⁷, que luego de haber dejado vencer los términos para hacer uso de los medios procesales ordinarios o especiales, acuden de manera soterrada a la acción de tutela para subsanar tales omisiones.

5.4 Ahora bien, la acción de tutela será procedente, aún en presencia de otros medios judiciales de protección de los derechos fundamentales, cuando se promueva como mecanismo transitorio, pero solo para evitar un perjuicio irremediable.

Para que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, es necesario demostrar en primer lugar, que (i) lo inminente de un perjuicio irremediable respecto de un derecho fundamental y, en segundo lugar, (ii) que en efecto existe otro mecanismo de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la controversia planteada en sede de tutela.

5.5 En relación con el perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es “aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico.”

38

De conformidad con tal definición se ha dicho, jurisprudencialmente, que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio dependerá de la valoración que el juez haga de las circunstancias específicas de cada caso, que le permitan determinar la existencia de un

perjuicio irremediable. Para ello, el juez constitucional verificará la presencia concurrente de los requisitos que configuran el perjuicio como irremediable, los que corresponden a: (i) la gravedad de las amenazas que se ciernen sobre los derechos fundamentales, (ii) la inminencia del perjuicio que estas pueden causar a los derechos, (iii) la impostergabilidad de las medidas de protección que deben tomarse y (iv) la urgencia de las mismas. La jurisprudencia ha definido esos criterios del siguiente modo:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran

intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio” (Sentencia T-225 de 1993).

5.6 Pero además, la Corte ha considerado, en sentencia T-978 de 2006, en la que se planteaba un problema contractual que “la prosperidad de la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable debe valorarse en relación con la afectación o amenaza de un derecho ‘ius fundamental’ y no frente a las consecuencias comerciales o económicas que le resulten adversas al accionante”. Este argumento había sido planteado previamente en la sentencia SU-713 de 2006, que al respecto fue mucha más puntual en afirmar lo siguiente:

“Además debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la

protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. Nótese como, en el asunto bajo examen, no se argumentan las razones para considerar configurados los elementos que estructuran el perjuicio irremediable, y además, no se solicita su protección por la afectación, daño o menoscabo que se produciría a los derechos fundamentales invocados, sino al mal que se le generaría a INVERAPUESTAS S.A. por la adjudicación del contrato, en su opinión, por fuera de las reglas de la transparencia, los cuales se traducirían en el desequilibrio económico para una sociedad que lleva más de 10 años en las actividades del “Chance” y en los empleos permanentes y transitorios que se perderían por parte de más de 500 personas que se benefician de la explotación de dicho juego.” (Subrayado fuera del texto original).

La línea jurisprudencial atrás expuesta, se reiteró más recientemente en la sentencia de unificación SU-037 de 2009, en la que la Corte resolvió una reclamación planteada por unos funcionarios judiciales que alegaron como violados sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, en razón a una diferencia salarial. En dicho fallo, la Corte recordó que la presunta afectación de los derechos de dichos funcionarios, y cuyo perjuicio se concretaba a una diferencia de carácter económico, podía ser reparado de manera efectiva mediante el ejercicio de las vías judiciales ordinarias existentes para el ello. En esa oportunidad, la Corte Constitucional, dijo lo siguiente:

“Para esta Corporación, la posible existencia de un perjuicio irremediable no está siquiera sumariamente demostrada, existiendo más bien circunstancias fácticas acreditadas dentro del expediente, que descartan la presencia de una situación de grave amenaza de los derechos fundamentales de los actores a la igualdad y al trabajo, y que exija la adopción de medidas de protección transitorias e impostergables, que a su vez deban ser tomadas de forma inmediata por parte del juez constitucional.

6.2.5.1. Conforme ha quedado suficientemente explicado, la eventual violación o amenaza de los derechos invocados estaría representada en la diferencia salarial existente entre Magistrados de Tribunal, generada por la aplicación concurrente de dos regímenes salariales diferentes, previstos en los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004. La aludida diferencia

radica en que, mientras los destinatarios del Decreto 610 de 1998 reciben como asignación mensual el equivalente al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, a quienes se les aplica el Decreto 4040 de 2004, entre los que se cuentan los actores, reciben hoy el equivalente a un 70% del salario de esos altos funcionarios.

Desde esta perspectiva, el presunto daño económico sufrido por los demandantes, derivado inicialmente de la aplicación del Decreto 4040 de 2004, puede ser reparado en su integridad mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo ejercicio contempla, además, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de dicho acto y de aquellos que una vez producidos puedan resultar involucrados en la violación alegada.

El hecho de que el daño inflingido pueda entonces repararse por otras vías judiciales, dotadas del mecanismo de la suspensión provisional, descarta de plano la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio en el presente caso, ya que de estar produciéndose un perjuicio en contra de los demandantes, el mismo no tiene la entidad de ser irremediable y, por tanto, no requiere de medidas urgentes. Sin duda que la reparación económica que puede obtenerse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es exactamente la misma que podría ordenarse previamente por la vía informal de tutela, lo cual deja sin piso cualquier actuación en este último escenario judicial pues la situación alegada es reversible.”

Es claro entonces, que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, es viable cuando el perjuicio irremediable que se busca precaver reúne los presupuestos ya mencionados, los que de manera concurrente han de ser: (i) la gravedad (ii) la inminencia del perjuicio, (iii) la impostergabilidad de las medidas para la protección del derecho y (iv) la urgencia de las mismas. Además, la prosperidad de esta acción de tutela ha de concretarse de manera puntual sobre la protección constitucional de un derecho ius fundamental.

6. Caso concreto

6.1 En el presente caso, la Clínica General del Norte S.A. interpuso esta acción de tutela en contra del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al considerar que

éste vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad al no haber abierto a licitación pública o selección abreviada, la contratación de los servicios de salud en la región Magdalena, como así lo hizo en las demás regiones, y haber optado en su lugar, por contratar de manera directa con una entidad sin la suficiente idoneidad médica como Caprecom. Como se observa del contexto de este planeamiento y del estudio pormenorizado de los hechos expuestos por la Clínica en su demanda, el fundamento de esta tutela, se sustenta en dos situaciones muy puntuales:

* La primera, en la exclusión injustificada de la región Magdalena del proceso de selección abreviada No. 001 de 2009 que adelantó el Fondo en sus demás regiones, para la selección, del o de los prestadores de servicios de salud. Frente a esta actuación el Fondo expuso sus razones jurídicas en la Resolución No. 1880 del 6 de julio de 2009.

* La segunda, en la celebración sin motivación previa, por parte del Fondo, de un contrato interadministrativo con Caprecom, actuación en la que presuntamente se desconocieron numerosas normas legales, además de la supuesta incapacidad de Caprecom para ofrecer una atención médica acorde con las necesidades de los miembros del Fondo localizados en la región Magdalena. Respecto de esta situación existe el Contrato Interadministrativo No. 069 de julio 13 de 2009 suscrito entre el Fondo y Caprecom el que contiene todos los pormenores de dicha contratación directa.

6.2 Frente a estos dos problemas fundamentales, debe la Sala iniciar por establecer los elementos normativos y fácticos que demuestran que estos problemas jurídicos podían ser resueltos por otra vía de defensa judicial.

Sobre el particular, se debe recordar que la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la protección de los derechos fundamentales es una responsabilidad de todas las autoridades del país, incluido el juez constitucional. Así, cuando surge una controversia contractual como la aquí planteada por la Clínica demandante, se puede advertir que existen unos mecanismos ordinarios de defensa, a través de los cuales es posible reclamar protección de los derechos presuntamente vulnerados por las conductas realizadas por el Fondo, y estas vías se concretan en diferentes acciones judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa.

6.3 Ciertamente, la Clínica General del Norte S.A., contaba con varias acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, particularmente la de simple nulidad (Art. 84 C.C.A.),

y la de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.), consideradas como mecanismos, en principio más eficaces en cuanto su ejercicio puede ir acompañado de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado, solicitud que debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda³⁹, así como la acción de controversias contractuales (Art. 87 C.C.A.). Para efectos de tener claridad sobre las referidas acciones, resulta pertinente, hacer transcripción de las normas que las consagran.

Así, el artículo 84 del C.C.A. dispone:

“ART. 84.- Subrogado. D.E. 2304/89, art. 14. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.”

Por su parte, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contenida en el artículo 85 del C.C.A. se define así:

“ART. 85— Subrogado. D.E. 2304/89, art. 15. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”

A su turno, el artículo 87 C.C.A. se refiere a la acción derivada de las controversias contractuales, así:

“ART. 87— Modificado. L. 446/98, art. 32. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que

se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

En este punto, se debe reiterar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU-544 de 2001, al referirse a la importancia de poder ejercer estas acciones cuando se cuenta, además, con el beneficio de poder solicitar la suspensión provisional del acto:

“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

6.4 Delimitado el entorno general en el que se ubica el presente caso, y establecido el marco normativo que determina las vías judiciales ordinarias que pueden ser empleadas cuando se

presenta una controversia contractual como la planteada por la Clínica General del Norte S.A. para la Corte resulta incuestionable la consideración de que esta última entidad en efecto contaba con varias acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir las actuaciones que llevaron al Fondo a apartarse del proceso de selección abreviado en el caso de la región Magdalena.

6.5 En efecto, debe recordarse que el Fondo realizó la actuación controvertida invocando la facultad consagrada en la Ley 80 de 1993, así como lo dispuesto en el literal c), del numeral 4°, del artículo 2°, de la Ley 1150 de 2007, que aluden a la posibilidad de optar por la contratación directa. La celebración de la contratación directa en el caso de la región Magdalena se justificó particularmente por los graves problemas que se habían presentado a raíz de los inconvenientes contractuales que tuvo la empresa MEDISERVIR U.T. a finales del año 2008 y comienzos del 2009, lo que obligó al Fondo a dar por terminado de manera anticipada dicho contrato. Consecuencia de dicha situación, fue la expedición de la Resolución No. 0120 del 30 de enero de 2009 en la que el Fondo declaró la urgencia manifiesta, lo que le permitió contratar de manera directa a la Clínica General del Norte S.A. En vista de las circunstancias excepcionales ya anotadas, y de las irregularidades contractuales acaecidas en la región Magdalena, el Fondo inició desde ese mismo instante, las actuaciones administrativas que le permitirían, unos meses más tarde, consolidar con Caprecom un contrato interadministrativo, lo que aseguraría a la región Magdalena, la prestación de un servicio médico y hospitalario de manera continua y eficiente, en tanto esa era la prioridad fundamental para el Fondo.

6.6 Con todo, si la Clínica General del Norte S.A., consideraba que esta opción contractual no era legalmente viable, pudo desde un primer momento, acudir a las acciones contencioso administrativas a las que se hizo referencia, y atacar por dichas vías la Resolución No. 1880 de julio 6 de 2009, en la que se encuentran expuestas todas las motivaciones de orden legal que llevaron al Fondo a celebrar un contrato interadministrativo con Caprecom, o también, pudo atacar el mismo contrato No. 069 del 13 de julio de ese mismo año.

Es más, del contexto mismo de los hechos narrados por la Clínica accionante en su demanda de tutela, se advierte que ésta, así como sus coadyuvantes, conocían el proceso que venía adelantado el Fondo para suscribir el referido contrato interadministrativo. Dicho conocimiento de la situación les permitió, por una parte, indagar, mediante derecho de

petición elevado ante el mismo Fondo el 6 de julio de 2009, acerca de las razones por las cuales la región Magdalena había sido excluida del proceso licitatorio No. 001 de 2009; y de otra parte, por petición hecha al mismo Ministerio de la Protección Social el día 6 de julio de 2009, en la que solicitaron a dicho ministerio que impidiera la celebración de dicho contrato. Por ello, ante el conocimiento de todo ese proceso precontractual adelantado por el Fondo, la Clínica pudo ejercer desde un primer momento las acciones contenciosas referidas. Pero, los mencionados mecanismos ordinarios de defensa, nunca fueron agotados por la Clínica, a pesar de ser la vía judicial apropiada para ello, y de contar con la posibilidad de solicitar, la suspensión provisional de los referidos actos administrativos.

Frente a estas consideraciones, es claro advertir, que el Fondo tuvo razones suficientes para contratar de manera directa la atención en salud para la región Magdalena, además que esa actuación administrativa fue legalmente desarrollada, y se vio justificada igualmente, en argumentos objetivos que orientaron su actividad tendiente a garantizar la continuidad de la prestación del servicio de salud en dicha región.

6.7 Desvirtuada la procedencia de la tutela ante la existencia de otros mecanismos ordinarios de protección de sus derechos fundamentales, es necesario ahora determinar si aún, contando con esas otras vías judiciales, la tutela resulta viable como mecanismo transitorio, ante el “supuesto” perjuicio irremediable que se le causó a la Clínica, en razón a la firma del referido contrato, reclamación que sustenta en la pérdida de oportunidad por la imposibilidad de ofrecer toda su infraestructura médica y hospitalaria en un proceso de selección abreviada, y la consecuente afectación patrimonial que sufriría.

6.8 Conforme a lo explicado en torno al perjuicio irremediable, observa la Sala de Revisión que en el presente caso no se aprecia que la referida contratación directa celebrada le hubiere causado a la Clínica un perjuicio irremediable que representará para ella una afectación grave e inminente de sus derechos y que por lo mismo requiera entonces medidas de protección urgentes e impostergables.

En efecto, la no convocatoria a un proceso público y abierto de licitación pública o selección abreviada para escoger al prestador de servicio de Salud para los afiliados al Fondo en la región Magdalena, ni la adopción por parte del Fondo de la modalidad del contrato interadministrativo para contratar dicho servicio, no puede entenderse, per se, como una

vulneración de los derechos, de quienes hubiesen podido y querido ser proponentes de haberse hecho una licitación o selección abierta. En efecto, la posibilidad de celebrar contratos de forma directa, está permitida legalmente y a ella pueden acudir las diferentes entidades estatales.

En el presente caso, la contratación directa se dio en dos oportunidades, y por razones justificadas en ambas ocasiones. La primera ocasión se presentó, cuando el Fondo debió dar por terminado de manera anticipada el contrato suscrito con Mediservir U.T., a raíz de una situación excepcional. En ese momento y con el fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud, contrató de manera directa a la Clínica General del Norte S.A. Si bien dicha contratación resultó excepcional, tanto para el Fondo como para la Clínica y los propios usuarios del servicio de salud, esa circunstancia de excepcionalidad en la contratación, no podía extenderse indefinidamente en el tiempo, y mucho menos llevar a que el Fondo prorrogara, el o los contratos que había tenido que suscribir con la Clínica accionante. Consecuencia de ello, el Fondo, a partir de nuevas razones jurídicas, contempladas en la Resolución No. 1880 de julio 6 de 2009, realizó una nueva contratación directa, que se concretó en la firma del contrato interadministrativo No. 069 de julio 13 de 2009, celebrado entre él y Caprecom. Así, bajo circunstancias distintas, pero con razones jurídicamente válidas en ambas ocasiones, el Fondo celebró los contratos tendientes, a cumplir su deber legal de asegurar la prestación del servicio de salud en la región Magdalena. Así, el que no hubiera incluido en el proceso de selección abreviada No. 001 de 2009 a la región Magdalena, no puede suponer la afectación de derecho fundamental alguno de aquellas entidades que hubieren tenido la intención y posibilidad de ser proponentes, como es el caso de la Clínica, más aún si se tiene en cuenta que en el eventual caso de que se hubiere convocado a un proceso de selección abreviada, todos los proponentes que hubiesen participado en ella, no tendrían más que una simple expectativa durante dicho proceso de selección, la cual solo se consolidaría de haberse escogido su propuesta.

6.9 En el presente caso, visto el planteamiento hecho por la Clínica, ésta no solo pretende desvirtuar la contratación adelantada por el Fondo en la región Magdalena, sino que intenta justificar su derecho como contratista, en razón a la adecuada prestación del servicio de salud que durante algunos meses ha ofrecido en dicha región, con ocasión, como ya se mencionó, de la situación excepcional que se presentó en la referida región.

Sobre este tema, la Corte en sentencia T-373 de 2007, resolvió un caso en el que una licitante en un proyecto de INVIAS en el que se contrataría el dragado del Puerto de Buenaventura, alegó que las numerosas adendas hechas al pliego de condiciones, vulneraba el derecho a la igualdad y al debido proceso de los proponentes, quienes no contaban de esta manera con reglas claras para participar en dicha contratación. En dicho caso, la Corte concluyó que la acción de tutela no procedía por cuanto, en esta etapa de la licitación, la accionante contaba con otras vías judiciales de defensa judicial para reclamar contra las actuaciones adelantadas por INVIAS, y además, porque para ese momento al ser tan solo una proponente, tenía una mera expectativa y no un derecho adquirido. En su momento, la Corte fue clara en señalar lo siguiente:

“En virtud de la jurisprudencia transcrita es necesario afirmar que los actos administrativos proferidos en desarrollo de un proceso licitatorio, como por ejemplo el pliego de condiciones y sus respectivos adendos, deben ser controvertidos a través de las acciones contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico. Según se explica en los apartes transcritos, la Corte encuentra que tales acciones resultan idóneas y eficaces para otorgar una protección integral de los derechos comprometidos en el proceso precontractual.

Sin embargo, si se llegare a demostrar la existencia de un perjuicio iusfundamental irremediable, es decir, aquel perjuicio personal, concreto, específico y con evidente e irremediable repercusión sobre derechos fundamentales, sería procedente el amparo constitucional transitorio.

No basta entonces con indicar que el proceso amenaza la igualdad de oportunidades en el proceso de contratación pública o el debido proceso administrativo. Como lo ha señalado la Corte, estos derechos son derechos relacionales que pueden ser adecuadamente protegidos a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial de los derechos sustanciales comprometidos. Salvo que se demuestre la eventual existencia de un perjuicio iusfundamental irremediable en las condiciones descritas.

Tampoco sería procedente la acción de tutela entonces para la defensa de derechos que no tienen rango fundamental como aquellos que se comprometen cuando se lesiona la libre competencia económica o cuando se afecta el patrimonio de quien se encuentra interesado en el proceso licitatorio. Para la defensa de este tipo de derechos existen otras acciones y

jueces especializados que pueden resolver de manera más adecuada los conflictos planteados.”

6.10 Bajo este planteamiento es dable concluir que, en efecto, la Clínica General del Norte S.A., no logró demostrar la afectación de derechos fundamentales, que justificará la protección tutelar y mucho menos que esta se concediese como mecanismo transitorio, al no advertirse la inminencia y gravedad de un perjuicio que afectase de manera irremediable sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. Y ello se evidencia cuando la Clínica, advierte que la consecuencia de la no realización de un proceso de selección abierta por parte del Fondo en la región Magdalena, le podría llegar a causar una afectación de orden económico de aproximadamente tres mil millones de pesos, perjuicio, que si bien puede llegar a afectarla patrimonialmente, puede ser resarcido mediante el uso de las acciones contencioso administrativas en las cuales podrá incluso, pedir la suspensión provisional del acto o los actos que pudieron generar la alegada violación de sus derechos.

6.11 En consecuencia, la improcedencia de la presente acción de tutela, no solo surge del desconocimiento de la accionante del principio de subsidiariedad que caracteriza este mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales, en tanto existen otras vías judiciales ordinarias, sino también, de la ausencia de demostración por parte de la Clínica General del Norte S.A., de la existencia de un perjuicio irremediable que afecte sus derechos fundamentales, pues es claro que lo que está en discusión es un aparente perjuicio de orden económico.

6.12 Ahora bien, respecto del otro fundamento sobre el cual la Clínica General del Norte S.A. soportó la presunta violación de sus derechos fundamentales, cual es que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM_ con quien el Fondo suscribió el contrato interadministrativo para la prestación de los servicios de salud en la región Magdalena, es una entidad de salud sin la capacidad médica y administrativa para atender adecuadamente a los afiliados del Fondo, así como tampoco cuenta con la infraestructura propia que le permita asumir adecuadamente dicha responsabilidad, particularmente, por no tener una institución hospitalaria calificada para atender complejidades médicas de cuarto nivel, cabe señalar, que la Clínica accionante, apoya sus afirmaciones en tal sentido en la inspección judicial que realizara el juez de primera instancia.

Sin embargo, del análisis de los hechos como de las pruebas obrantes en el expediente, no se logra establecer, y mucho menos, identificar de manera concreta y clara, una conexidad entre la injustificada contratación de una entidad presuntamente ineficiente como Caprecom y la vulneración de los derechos fundamentales de la clínica accionante.

6.13 Frente a la presunta incapacidad médica y administrativa de Caprecom para prestar los servicios de salud ya contratados, lo cual, no pudo probarse con la exigencia que la jurisprudencia impone cuando se cuenta con otros medios de defensa judicial, debe igualmente considerarse que esa presunta situación general de Caprecom tampoco se puede confirmar con una actuación judicial realizada a una oficina y apoyarse también en una declaración de un funcionario que dio un concepto sobre un establecimiento médico del régimen subsidiado que recientemente había entrado a ser administrado por Caprecom, y que no hace parte fundamental de la red que se emplearía para la atención de los pensionados del Fondo. Además, no es a la Clínica accionante, a partir de afirmaciones subjetivas, la que cuenta con idoneidad e imparcialidad suficiente para determinar si Caprecom es incapaz o no de prestar los servicios médicos contratados. Ello, correspondería ser verificado y comprobado por la entidad contratante al momento de la contratación, o durante la ejecución del contrato mismo, a través de sus diferentes sistemas de control. O podría ser demostrado, por las quejas formales que sobre la deficiente atención médica, interpongan los mismos usuarios a las entidades de control como la Superintendencia Nacional de Salud. O, incluso por terceros, como en este caso la Clínica General del Norte S.A., a través de las vías ordinarias ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Debe recordarse, que Caprecom, al momento de contestar la presente acción de tutela, y de manera mucho más exacta en su impugnación, señaló que en el marco de las obligaciones contractuales pactadas con el Fondo, debió demostrar, de manera anticipada, su capacidad técnica, administrativa y médica para prestar los servicios. Posteriormente, y dentro del plazo que el mismo Fondo le señaló, realizó los ajustes a la red médica y hospitalaria ofrecida al Fondo, lo que le permitió finalmente suscribir el referido contrato.

6.14 Ahora bien, en cuanto a la presunta violación del derecho a la salud de los pensionados y beneficiarios del Fondo, que fuera alegada por la Clínica General del Norte S.A. y por las coadyuvantes, Federación Nacional de Pensionados Portuarios -FENALPENPOR-, y Sociedad de Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Boca de

Ceniza -SOPETERMA-, encuentra la Sala de Revisión que los argumentos expuesto sobre el tema constituyen afirmaciones de orden general e indefinido, que no individualizan o concretan la vulneración en cabeza de una persona en particular, como tampoco señalan de manera puntual, cuáles son las actuaciones u omisiones que en materia de prestación de servicios médicos ha podido incurrir Caprecom para configurar la violación de tal derecho fundamental.

6.15 Finalmente, advierte la Sala de Revisión, que si bien en la orden impartida por el juez de primera instancia de amparar como mecanismo transitorio los derechos fundamentales de la accionante, no mencionó de manera explícita el término que dicha protección constitucional tendría, es pertinente recordar que tal omisión no genera ningún vacío o duda, por cuanto la misma se encuentra subsanada por el Decreto 2591 de 1991, que en el inciso 3º, del artículo 8º dispone que dicha protección provisional se extenderá por un término máximo de cuatro (4) meses, tiempo durante el cual deberá promoverse la acción ordinaria con que cuente la parte amparada, para reclamar la protección de sus derechos.

Aclarado este punto, resulta entonces pertinente recordar que en el presente caso, la Clínica General del Norte S.A., como accionante en esta tutela, contaba para sus efectos con las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el inciso 2º del artículo 87 del C.C.A., concerniente a las controversias contractuales, en el que se indica que las referidas acciones podían promoverse en los treinta (30) días siguientes a la comunicación, notificación o publicación de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual.

Así, se observa que el Fondo y Caprecom suscribieron el 13 de julio de 2009 el contrato interadministrativo para la prestación de los servicios de salud en la región Magdalena⁴⁰ y que la acción de tutela fue admitida el 24 de julio de 2009 por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla, y que la decisión de primera instancia se profirió el 10 de agosto de 2009, momento para el cual el término para promover las acciones a que se refiere el artículo 87 del C.C.A. ya había caducado. Si bien el juzgado de primera instancia, ordenó la suspensión del proceso de selección abreviada que venía adelantando el Fondo para la escogencia y contratación de sus servicios de salud en las diferentes zonas en que se subdividió a nivel nacional, para el momento de la decisión de primera instancia, los accionantes ya habían dejado vencer el término que la ley les concedía para interponer las

acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contempladas en el artículo 87 del C.C.A. De esta manera, el amparo constitucional que fuera concedido como mecanismo transitorio resultó ser en un mecanismo definitivo, convirtiéndose por demás en un mecanismo para revivir los términos judiciales ya fenecidos, lo cual desnaturaliza la acción de tutela.

Con este último planteamiento, se confirma con mayor razón la improcedencia total, en el presente caso, de este mecanismo constitucional excepcional de protección de los derechos fundamentales.

7. Conclusión

Expuestas las anteriores consideraciones, la Sala de Revisión, encuentra que la discusión planteada en la presente acción de tutela, en tanto se encamina a resolver un conflicto de orden contractual en el que pueden estar involucrados derechos fundamentales, contaba con vías judiciales ordinarias para su resolución. Así mismo, ésta tampoco resulta viable como mecanismo transitorio por cuanto del análisis de los hechos expuestos como de las pruebas obrantes en el proceso, no se pudo establecer la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión, revocará la sentencia proferida el 2 de octubre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que confirmó la dictada el 10 de agosto del mismo año por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla que concedieron como mecanismo transitorio la tutela de los derechos fundamentales invocados por los accionantes. En su lugar, se negará la tutela, por las consideraciones aquí expuestas.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero.- REANUDAR el término para resolver la revisión, suspendido mediante Auto de fecha 19 de abril de 2010.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida el 2 de octubre de 2009 por el Tribunal

Administrativo del Atlántico, que confirmó la dictada el 10 de agosto del mismo año por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla que concedieron como mecanismo transitorio la tutela de los derechos fundamentales invocados por los accionantes. En su lugar, NEGAR la tutela, por las consideraciones aquí expuestas.

Cuarto.- Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

NILSON PINILLA PINILLLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-1062/10

Referencia: Expediente T-2.491.025

Acción de tutela instaurada por la Organización Clínica General del Norte S.A. con la coadyuvancia de la Federación Nacional de Pensionados Portuarios -FENALPENPOR-, la Sociedad e Pensionados del Terminal Marítimo y Portuario de Barranquilla y de las Obras de Boca de Ceniza -SOPETERMA- y empleados, directivos y/o personal en misión del programa

Clínica General del Norte Puertos Atlántico, contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el respeto que merecen las decisiones de la Corte Constitucional, me permito presentar las razones por las cuales salvo el voto en la sentencia de la referencia. En esa medida, procedo a citar los aspectos bajo los cuales desarrollaré mi divergencia, así: (i) estudio de procedencia de la acción de tutela; (ii) derechos fundamentales afectados con la decisión adoptada por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia; y (iii) los efectos de los fallos proferidos por los jueces de instancia.

1. En cuanto al primer aspecto, se debe recordar que la acción de tutela se creó como un mecanismo subsidiario y residual para la protección efectiva de los derechos fundamentales. Así, el Decreto 2591 de 1991 estableció que la solicitud de amparo resulta improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que aquellos sean ineficaces respecto a la protección del derecho fundamental invocado o ésta se utilice como mecanismo transitorio a fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable⁴¹. Por tanto, le corresponde al juez constitucional analizar cada caso en particular para poder determinar si el procedimiento legal asignado es eficaz y en caso de que así sea, si se está de cara a la configuración de un perjuicio irremediable, con el objetivo de alcanzar la protección de manera transitoria.

Al estudiar el presente asunto, la Sala Cuarta de Revisión refirió que existían otros medios de defensa judicial como lo eran las acciones de lo contencioso administrativo⁴², procedimiento donde además era posible solicitar la suspensión provisional del acto atacado⁴³, tendientes a dejar sin efectos la Resolución por medio de la cual se motivó la celebración del contrato interadministrativo entre el Fondo y Caprecom, así como el contrato mismo suscrito entre las partes. Igualmente se desechó la eventual configuración de un perjuicio irremediable⁴⁴

En lo que a este punto se refiere, considero que se debió estudiar con mayor detenimiento la efectividad de los medios de defensa judicial en relación con la protección de los derechos en juego, que no se limitan exclusivamente a la discusión existente entre la forma de

celebración del contrato, sino que incluye además, la prestación del servicio de salud a personas, en su mayoría, de la tercera edad, considerados como sujetos de especial protección constitucional⁴⁵.

Conveniente recordar que el derecho a la salud ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corporación como aquellos de carácter fundamental, por tanto, todas las personas deben contar con un acceso adecuado a este servicio y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁴⁶. Resulta preciso advertir, que como ocurre con los demás derechos fundamentales, el derecho a la salud se encuentra vinculado con otras prerrogativas tendientes a obtener la cabal realización del principio de dignidad humana, por lo que conserva íntima relación con la integridad personal y a la vida en condiciones dignas, lo que necesariamente implica que los sujetos de especial protección sean objeto de mayores garantías que permitan el disfrute de estos derechos fundamentales.

Ahora bien, este grupo poblacional necesita una protección constitucional especial, ya que por su longevidad pueden estar propensos a contraer diversas y graves enfermedades, situación que hace necesario que gocen de una protección reforzada en materia de garantías fundamentales a fin de optimizar sus posibilidades de vida en condiciones dignas.

En tal medida, en el caso objeto de examen, se debió evaluar con detenimiento los efectos de la celebración contractual atacada y no como lo consideró la Sala, en orden a señalar que respecto a la existencia de otros medios de defensa judicial la solicitud de amparo se tornaba improcedente, pasando por alto que el servicio de salud contratado estaba dirigido a un grupo poblacional especial.

Así las cosas, ante la renuencia del Fondo de incluir en el proceso de selección abreviada adelantado en todo el país a la Región Magdalena, correspondía al juez constitucional por vía de tutela, adoptar e implementar las medidas necesarias tendientes a alcanzar la realización de una vida en condiciones dignas de dichos sujetos de especial protección constitucional.

Al respecto considero que las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, no garantizarían la efectiva protección del derecho a la salud de los usuarios, toda vez que se trata de una jurisdicción con niveles de congestión excesivos y la suspensión provisional del acto, se limitaría a estudiar la eventual vulneración del debido proceso en que pudo haber

incurrido la entidad contratante, sin entrar a valorar a la luz de los presupuestos constitucionales la afectación a los usuarios de los servicios contratados.

2. En cuanto a la irregularidad en que pudo incurrir el Fondo al adelantar de manera directa la escogencia de la entidad que prestaría el servicio de salud en la Región Magdalena, es decir, dejando de lado cualquier tipo de selección abierta que diera transparencia a la misma, se hace necesario citar las disposiciones que regulan las formas de contratación de las entidades estatales.

En primer término la Ley 1150 de 2007⁴⁷ prevé las distintas formas de contratación, señalando como tales la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa. En el contexto bajo examen, se dispone que la selección abreviada se da en aquellos casos en que las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual, encontrándose dentro de dicha posibilidad la prestación del servicio de salud⁴⁸.

A su vez, en materia de contratación directa, establece entre otros los contratos interadministrativos, siendo requisito indispensable para su celebración que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos⁴⁹.

A efectos de reglamentar la materia, el Gobierno expidió el Decreto 2474 de 2008⁵⁰, el que específicamente en materia de contratación de servicios de salud señaló que debería adelantarse a través de la selección abreviada. En tal sentido la norma en cita reza:

“Artículo 47. De los contratos de prestación de servicios de salud. Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 2025 de 2009. Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, seleccionarán a su contratista haciendo uso del procedimiento previsto para la selección abreviada de menor cuantía (...).”

Ahora bien, el Decreto aludido, en el capítulo de contratación directa hace expresa alusión a los contratos interadministrativos entre las distintas autoridades administrativas, siempre que sus obligaciones tengan relación directa con la entidad ejecutora. Esta disposición indica:

“Artículo 78. Contratos interadministrativos. Las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal. (...).”

Entonces, al existir unas disposiciones que de manera expresa hacen alusión a la contratación en materia de salud por parte de las autoridades administrativas a través de la selección abreviada, situación que se debió dar en este caso, se cumplió con éste requisito, aspecto que justifica el accionar de la parte accionante.

Adicionalmente debe destacarse que la selección abreviada para este tipo de contratos busca brindar el mayor grado de transparencia a la selección, así como elegir la mejor propuesta que cumpla con los parámetros requeridos para la adecuada prestación de un servicio, que como se dijo, en este caso tiene amplia incidencia con otros derechos de orden fundamental como lo es la vida en condiciones dignas.

De tal manera, desconocer en este caso los mecanismos para una adecuada selección objetiva conllevaría el desconocimiento de otras garantías, como son la igualdad de oportunidades, el pluralismo y la libre concurrencia, lo que a la postre pudiera acarrear que se presentara esta situación irregular no sólo en la región del Magdalena sino en otras partes del país.

Por otra parte, cabe advertir que no es adecuado estigmatizar el proceso de selección abreviada porque en anterior oportunidad no resultó conforme a las expectativas planteadas, en la medida que el Fondo había suscrito un contrato para la prestación de los servicios de salud para la región Magdalena, con la Unión Temporal Mediservir, que tenía una duración inicial del 1° de diciembre de 2007 al 30 de mayo de 2009, y se dio por terminado anticipadamente, lo que implicó que a través de la figura de la urgencia manifiesta a contratar con la entidad que había obtenido el segundo puntaje en la licitación pública, situación que llevó al Fondo a adelantar “las actuaciones administrativas que le permitirían, unos meses más tarde, consolidar con Caprecom un contrato interadministrativo, lo que aseguraría en la región Magdalena, la prestación de un servicio médico y hospitalario de manera continua y eficiente, en tanto esa era la prioridad fundamental para el Fondo.”

Al respecto estimo que aceptar este criterio como objetivo al momento de adelantar una selección directa, es casi como pretender que cada vez que a la administración se le incumpla en un contrato, cuente con la posibilidad de escoger libremente en la siguiente oportunidad con quien contratar, desconociendo cualquier tipo de selección objetiva. Por ello, cuando se adelanta un proceso abierto para la escogencia en la prestación de un servicio, se crea una lista para ordenar las mejores propuestas a fin de contratar aquellas que cumpla a cabalidad y en mejor medida las exigencias del asunto a desarrollar, así, si el primero incumple, corresponde al segundo continuar con la prestación del servicio hasta su feliz término, situación que además de dar transparencia y buen manejo a los recursos públicos, protege eficientemente los derechos de los usuarios.

Aunado a lo anterior, es necesario rescatar que la mentada irregularidad conlleva además al desconocimiento de otro de los principios en los que se edifica la Constitución, como lo es la igualdad y la libre concurrencia, elementos medulares de los procesos de selección objetiva. Al respecto, conviene advertir que si bien no se puede dudar, en principio, de la capacidad para garantizar la prestación de un servicio cuando éste haya sido contratado directamente por fuera de los mecanismos de participación abierta, teniendo en cuenta que existen controles sobre las mismas, ello termina por desdibujar los principios invocados.

En igual sentido no se debe desconocer que el artículo 209 Superior establece que la función administrativa está “al servicio de los intereses generales,” los cuales a su vez, se desarrollan “con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.” A la luz de esta disposición, en aras de garantizar el interés general, se deben reducir al máximo las prácticas que tiendan a menguar la igualdad de oportunidades y la libre competencia, máxime si se tiene en cuenta que en este caso se estaba desarrollando un asunto de trascendencia vital para sus beneficiarios, como lo es el servicio integral en materia de salud.

Permitir esta situación llevaría a que a futuro el Fondo empiece a adelantar esta práctica (contratación directa) en todas las regiones del país lo que indefectiblemente afectaría los derechos de los usuarios a disfrutar de una mejor prestación del servicio, lo que terminaría por limitar los derechos de los usuarios a disfrutar de la mejor y más conveniente propuesta en materia de servicios médicos.

3. Finalmente, en la sentencia de la que me aparto se asevera que la Clínica General del Norte S.A., como accionante, contaba con las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el inciso 2º del artículo 87 del C.C.A.52, concerniente a las controversias contractuales, en el que se indica que las referidas acciones podían promoverse en los treinta (30) días siguientes a la comunicación, notificación o publicación de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual.

Se observa que el Fondo y Caprecom suscribieron el 13 de julio de 2009 el contrato interadministrativo para la prestación de los servicios de salud en la región Magdalena y la decisión de primera instancia se adoptó el 10 de agosto de 2009, momento para el cual el término de treinta días para promover las acciones a que se refiere el artículo 87 del C.C.A. ya había caducado. Por lo tanto se consideró que el amparo constitucional que fuera concedido como mecanismo transitorio resultó ser en un mecanismo definitivo, convirtiéndose por demás en un mecanismo para revivir los términos judiciales ya fenecidos, lo cual desnaturaliza la acción de tutela.

En relación con este aspecto conviene aclarar que contrario a lo que se expone en la decisión de la referencia, el término de 30 días a que se hizo alusión, expresamente se aplica a los actos proferidos antes de la celebración del contrato, es decir, actos previos con ocasión a la actividad contractual, no obstante, cuando se pretende atacar el negocio jurídico en concreto, el término de caducidad es de 2 años, en esa medida no resulta en mi criterio acertada la posición esbozada por la mayoría de la Sala en la medida que la protección de manera transitoria otorgada por los jueces de instancia resultaba perfectamente viable.

Así dejo sentados los argumentos que me llevan a salvar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla en el que se confirma que la entidad demandante se denomina Organización Clínica General del Norte S.A.

2 Decreto 1591 del 18 de julio de 1989 (Diario Oficial 38903), “Por el cual se crea el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se dictan normas para organización y funcionamiento.”

3 “ARTÍCULO 4º- Los servicios que le corresponda atender al Fondo deberán prestarse a través de contratos celebrados con terceros. En consecuencia, la planta de personal que adopte será la estrictamente necesaria para el cumplimiento de funciones administrativas y las derivadas del proceso de contratación.”

4 En el caso de Puertos de Colombia, el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió el Decreto 1689 del 27 de junio de 1997, “Por el cual se suprime el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia y se ordena su liquidación”, disponiendo en su artículo 8º lo siguiente:

“ARTÍCULO 8o. Prestación de los servicios de salud La prestación de los servicios de Salud a cargo del Fondo, será asumida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, respetando los derechos adquiridos.”

5 folios 39 a 40 del cuaderno No. 2 del expediente de tutela, obra derecho de petición suscrito por los presidentes de FENALPENPOR, FENALPEFER Y C.P.C. y dirigido al Fondo, el cual fue radicado ante dicha entidad el día 6 de julio de 2009.

6 Ver en el SECOP los Contratos de Prestación de Servicios de Salud No.0020 -2009 y 0021 -2009, suscritos entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Organización Clínica General del Norte S.A.
<http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-17-159329>

7 El artículo 25 del C.C.A. dispone lo siguiente:

“ART. 25— Consultas. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

8 A folios 34 y 35 del cuaderno No. 2 del expediente de tutela, obra un concepto rendido por la Superintendencia Nacional de Salud el 25 de octubre de 2007, en relación con una consulta acerca de la posibilidad de que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio pueda contratar con otras EPS, la prestación de servicios de salud, concluye que no es posible, pues además de incurrir en la figura de intermediación, legalmente prohibida en el sistema, “tal conducta constituye vaciar las competencias propias del fono, que conlleva un desconocimiento absoluto a la Ley 91 de 1989.”

9 Ver folios 22 y 23 del Cuaderno No. 2 del expediente de tutela.

10 Ver folios 23 y 24 del Cuaderno No. 2 del expediente de tutela.

11 Ver folios 290 a 302 del Cuaderno No. 2 del expediente de tutela.

12 Ver folios 188 y 188 visto del cuaderno 2 del expediente de tutela.

13 Ver folio 308 del cuaderno No. 2 del expediente de tutela.

14 Ver los folios 306 a 327 del cuaderno 2 del expediente de tutela.

16 Ver folios 1986 a 1989 del cuaderno No. 5 del expediente de tutela.

17 El SECOP es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública que corresponde al portal de Internet <http://www.contratos.gov.co/puc/>.

18 La transcripción de la sentencia SU-713 de 2006 correspondió a unos partes de los fundamentos 19 a 21 de las consideraciones expuestas en dicho fallo.

19 Ver folio 790 del Cuaderno No. 2 del expediente de tutela.

20 En esta sentencia se resolvió una de demanda de inconstitucionalidad promovida contra

los artículos 46, 51 y 65 (parciales) de la Ley 715 de 2001.

21 En esta sentencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 51 (parcial) de Ley 715 de 2001.

22 En esta sentencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 51 de Ley 715 de 2001.

23 Ver folio 796 del cuaderno No. 4 del expediente de tutela.

24 A folios 800 a 802 del cuaderno No. 4 del expediente de tutela, obra un cuadro en el que se enumeran los diferentes contratos suscritos por el monto ya anotado.

25 Ver folio 2168 del cuaderno número 5 del expediente de tutela.

26 Ver folios 2161 y 2162 del cuaderno número 5 del expediente de tutela.

27 El Tribunal Administrativo del Atlántico, citó de manera puntual el numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y en especial su literal c), así como los artículos 47 del Decreto 2474 de 2008 y los artículos 4º y 9º del Decreto 2025 de 2009, que modificó el artículo 47 del citado Decreto 2474 de 2008.

28 Ver sentencia T-304 de 1996.

29 Ibídem.

30 Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003, T-648 de 2005; T-1089 de 2005; T-691 de 2005 y T-015 de 2006.

31 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004; SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000, y T-225 de 1993 en la cual se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse las sentencias T-698 de 2004 y T-827 de 2003.

32 Ver sentencia SU-037 de 2009.

33 Sentencia T-116 de 2003.

34 Sentencia T-660 de 1999.

35 Sentencia C-543 de 1992.

36 Sentencias SU-622 de 2001, T-116 de 2003.

37 Sentencias C-543 de 1992; T-567 de 1998; T-511 de 2001; SU-622 de 2001 y T-108 de 2003.

38 Esta definición se expuso en la sentencia T-351 de 2005 y ha sido retomada en diversas Sentencias de las distintas salas de la Corte Constitucional como por ejemplo: T-348 de 1997, T-823 de 1999, T-1211 de 2005, T-535 de 2003, T-368 de 2004 y T-536 de 2006 entre otras.

39 La posibilidad de suspender provisionalmente los actos administrativos se encuentra consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política, el cual establece expresamente que: [l]a jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial". Dicho mandato es a su vez desarrollado por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

40 Ver folios 68 a 74 del cuaderno No. 2.

41 Decreto 2591 de 1991 Artículo 6°. "Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante".

42 Acción de nulidad, acción de nulidad y restablecimiento del derecho y acción de controversias contractuales (arts. 84, 85 y 87 del Código Contencioso Administrativo).

43 Artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

44 En cuanto al perjuicio irremediable en el fallo de la referencia se expuso: (i) la celebración

del contrato interadministrativo objeto de examen, no constituye per se una vulneración de derechos, en la medida que los proponentes gozarían de una mera expectativa, la que solo consolidaría un derecho adquirido al haberse escogido una propuesta; (ii) a pesar de que se pudo haber configurado una afectación económica a la Clínica accionante, pudo solicitar el resarcimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que deja la presente discusión exclusivamente en el orden económico; (iii) no se logró demostrar la presunta falta de capacidad técnica, administrativa y médica de Caprecom para cumplir con el citado contrato; (iv) la eventual vulneración del derecho a la salud no encuentra sustento en un hecho concreto.

45 Los sujetos de especial protección constitucional, como los menores, la madres cabeza de familia o los discapacitados, personas de la tercera edad, son aquellos que pertenecen a un sector de la población que, por cuestiones que se encuentra por fuera de su control, presentan circunstancias objetivas de marginalidad o debilidad manifiesta a la hora de satisfacer sus derechos fundamentales. En tal medida, en desarrollo del principio de igualdad material señalado en el artículo 13 de la Constitución Política, estas personas son acreedoras a una especial protección constitucional.

46 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

47 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

48 Artículo 2, numeral 2, literal C de la Ley 1150 de 2007.

49 Artículo 2, numeral 4, literal C de la Ley 1150 de 2007.

50 Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

51 Ver Ley 57 de 1887 Artículo 5 "(...) Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

52 La norma en cita establece: "Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir

que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.// Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación(...)"