

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., mayo treinta y uno (31) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-24-000-2011-00117-01

ACTOR: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

DEMANDADO: ALCALDÍA DE LENGUAZAQUE

ASUNTO: NULIDAD – FALLO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del departamento de Cundinamarca contra la sentencia del 28 de junio de 2012, emitida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se denegó la pretensión de nulidad del Acuerdo 017 del 21 de diciembre de 2009, por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado Policlínico San Laureano del municipio de Lenguaque y se dictaron otras disposiciones.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En la demanda, la entidad territorial demandante indicó lo siguiente¹:

«Primera: Que es absolutamente nulo el acto administrativo contenido en Acuerdo Municipal 017 del 21 de diciembre de 2009 'Por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado

¹ Folios 26 a 37 del cuaderno principal.



‘POLICLINICO (sic) SAN LAUREANO’ proferido por el Concejo Municipal de Lenguaque Cundinamarca.

Segundo: Que en consecuencia, se deje sin valor ni efectos jurídicos el acto demandado y se prohíba a la Corporación su reproducción o la expedición de otro acto con contenido similar al acusado.»

Asimismo, solicitó como medida provisional que se suspendiera el acto administrativo contenido en el mencionado acuerdo².

2. Hechos

Sostuvo que el 21 de diciembre de 2009 el Concejo Municipal de Lenguaque (Cundinamarca) expidió el Acuerdo 017, por medio del cual se creó la empresa social del estado Policlínico San Laureano del municipio de Lenguaque y se dictaron otras disposiciones.

Señaló que la mencionada decisión administrativa se sustentó en las facultades especialmente conferidas en el numeral 3° del artículo 313 de la Constitución Política, así como en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994³, en rigor de la Ley 10 de 1990⁴ y cumplimiento de los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993⁵, del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007⁶ y del artículo 25 de la Ley 1176 de 2007⁷.

Añadió que en el acuerdo acusado también se hizo alusión a los artículos 1°, 2°, 48 y 287 superior, 153 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994⁸, aclarado por el Decreto 1621 de 1995⁹,

² Esta petición fue negada con el auto admisorio de la demanda del 14 de abril de 2011 (folios 65 a 75).

³ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

⁴ Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

⁵ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁶ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

⁸ por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado. (El Decreto Nacional 1298 de 1994, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-255 de 1995, salvo el numeral 1° del artículo 674)



que reglamentó los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que con la expedición del acto acusado se desconocieron los artículos 6º, 49 y 311 de la Constitución Política¹⁰, así como los artículos 43, 44, 54 y 65 de la Ley 715 de 2001 *«por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros»*.

Sostuvo que con el acuerdo demandado se configuraron las siguientes causales: i) violación de normas superiores, ii) falta de competencia y iii) falsa motivación.

⁹ Con este decreto se dispuso: Artículo 1. Aclárase el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994, en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado, en el sentido que este acto administrativo reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰ «ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

...

ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

...

ARTICULO 311. Al municipio como entidad fundamental de la división politico-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

...»



Señaló que con el acto acusado se **violó directamente el artículo 6° de la Constitución Política**¹¹ al «...desconocer intencionalmente el direccionamiento legal del Sistema General de Seguridad Social en Salud y al hacerlo asumieron como propios asuntos que no son de competencia del Conejo Municipal, ni de la administración municipal al presentar su iniciativa, e incurrieron en violación de otras normas de carácter constitucional y legal».

Indicó que de conformidad con lo consagrado en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, si bien se le confirió a los municipios **competencias** en materia de prestación de servicios de salud, con ello no se les autorizó para que crearan nuevas entidades para tal efecto.

Mencionó que el acto administrativo demandado, como fue expedido con posterioridad a la citada ley, vulnera manifiestamente sus disposiciones, ya que el ente municipal asumió directamente la prestación de los servicios de salud, cuando ello le corresponde es al departamento de Cundinamarca, conforme lo establece el artículo 43 *ibidem*, el cual señala:

«Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

...

43.2.4. Organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento.

...»

¹¹ El cual prevé: Artículo 6°. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.



Refirió que con la decisión administrativa cuestionada se incurrió en una **falsa motivación**, pues se sustentó en una serie de normas que no le conferían ni al Concejo Municipal ni al alcalde de Lenguazaque la facultad de asumir directamente la prestación de los servicios de salud, conforme a lo señalado en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001.

Resaltó que tal servicio lo ha prestado la entidad departamental a través de la empresa social del Estado Hospital «*Divino (sic) Salvador de Ubaté – Cundinamarca*»; de manera que, con el acuerdo acusado se pretermitió el cumplimiento de normas de rango constitucional y legal.

Precisó que con la expedición del acto demandado se incurre en una violación directa de la Constitución en sus artículos 6°, 49 y 311 superior, porque desconoció y extralimitó sus competencias, además que se motivó falsamente, toda vez que no podía asumir directamente los servicios de salud ni ampliar los que ya existían.

Manifestó que con la decisión administrativa demandada se propició el desequilibrio de la red pública de prestadores de servicios de salud en el aludido departamento, con lo cual se puso en riesgo el patrimonio público de la población.

4. Contestación de la demanda

Al respecto, se precisa que mediante auto del 19 de enero de 2012¹², se requirió a la apoderada judicial de la entidad territorial demandada para que aportara el documento con el cual se acreditara la condición de alcalde de dicha municipalidad.

Con posterioridad, el *a quo* mediante auto del 22 de marzo de 2012 tuvo por no contestada la demanda, puesto que el municipio demandado no subsanó la inadmisión del escrito a través del cual pretendió responder las súplicas planteadas por la parte actora.

Adicionalmente, en su oportunidad las partes alegaron de conclusión.

¹² Folios 171 y 172 cuaderno principal.



5. Sentencia de primera instancia

La Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de sentencia del 28 de junio de 2012, resolvió lo siguiente¹³:

«PRIMERO.- DENIÉGASE la pretensión de nulidad del Acuerdo 017 de 21 de diciembre de 2009 ‘Por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado ‘Policlínico San Laureano’ del Municipio de Lenguazaque y se dictan otras disposiciones, expedido por el Concejo Municipal de Lenguazaque – Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría se devolverá al actor el remanente de los gastos de proceso, previa liquidación.

TERCERO.- No se impondrá costas del proceso, por la actuación probada de las partes.

CUARTO.- ARCHÍVESE, previa ejecutoria.

...»

Las razones que tuvo en cuenta el *a quo* para proceder en el sentido indicado se resumen a continuación:

Hizo referencia a la normatividad aplicable, para destacar que el acto acusado fue expedido sin transgresión de las normas superiores y con competencia por parte de la entidad territorial demandada.

Añadió que no había prueba con la que se demostrara que la empresa creada con el acto acusado hubiese asumido servicios distintos al primer nivel de atención, que llevara a declarar la nulidad de alguna de sus disposiciones.

Indicó que el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 no genera una prohibición para la creación de empresas sociales del

¹³ Folios 267 a 302 del cuaderno principal.



Estado, ya que esa facultad es un proceso de autonomía de los municipios.

Precisó que lo restringido por dicha norma es que el municipio asuma directamente un nuevo servicio de salud o que amplíe los existentes, mas no establece que dicho ente no pueda asegurar la prestación del servicio de salud a través de la operación de una empresa de dicha naturaleza.

Citó apartes del análisis de constitucionalidad de la Ley 100 de 1993 plasmado en la sentencia C – 408 de 1994 de la Corte Constitucional, relacionada con la creación, reestructuración y transformación de las entidades territoriales en materia de salud.

De igual manera, hizo referencia a la sentencia C – 953 de 2007, para resaltar que las corporaciones a nivel territorial pueden crear, de acuerdo a sus competencias constitucionales y legales, las empresas sociales del Estado a nivel territorial. De lo cual concluyó que la entidad territorial demandada sí tenía la atribución de crear empresas sociales del Estado como mecanismo para garantizar la prestación del servicio público de salud.

Adujo que tampoco se presentaba alguna divergencia entre las situaciones fácticas y jurídicas que sustentaban el acto demandado, pues se basó en las normas que regulaban el asunto y fue expedido por la autoridad competente, bajo la *«...imperiosa necesidad de la efectiva, eficiente y material prestación del servicio público esencial de la salud en ese municipio...»*.

6. Apelación

6.1 Departamento de Cundinamarca

Por intermedio de apoderado la referida entidad demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual sustentó bajo los siguientes argumentos¹⁴:

Hizo referencia al contenido de la Ley 715 de 2001, para destacar que por expresa disposición del Legislador ningún municipio

¹⁴ Folios 303 a 312 del cuaderno principal.



podrá asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, además de que se encuentran articulados a la red departamental.

Sostuvo que con la expedición del Decreto 4973 del 23 de diciembre de 2009¹⁵ debe entenderse «...*por asumir directamente nuevos servicios o ampliar los existentes, la creación de Empresas Sociales del Estado del nivel municipal o la creación o ampliación de los servicios habilitados en las existentes.*»

Indicó que, si bien con la Ley 715 de 2001 se dispuso que los municipios certificados al 31 de julio de 2001 pudieran continuar prestando tales servicios, con dicha norma no se autorizó la creación de nuevas entidades para tal efecto.

Reiteró que el acto acusado al haber sido expedido con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada norma, vulnera manifiestamente lo previsto en el parágrafo del artículo 44 de dicha ley, así como el parágrafo del artículo segundo del Decreto 4973 de 2009.

Agregó que tanto el Concejo Municipal de Lenguazaque como el alcalde de dicha entidad carecían de competencia para la creación de una empresa social del Estado, ya que se asumió directamente la competencia para la prestación de los servicios de salud.

Adujo que la asistencia de tales servicios le corresponde prestarlos al departamento conforme lo dispone el artículo 43 *ibidem*, lo cual se ha realizado a través de la ESE Hospital «El Salvador de Ubaté».

Añadió que también se transgredió el artículo 6° superior, al desconocerse intencionalmente el direccionamiento legal del Sistema General de Seguridad Social en Salud y asumir como propios asuntos que no son de competencia del Concejo Municipal.

¹⁵ Por el cual se establecen los requisitos y procedimientos para la certificación de la asunción de la prestación de los servicios de salud y se dictan otras disposiciones (parágrafo del artículo 2°).



Afirmó que además con el acto demandado se incurrió en una falsa motivación, ya que, si bien se sustentó en varias disposiciones, que en principio podrían otorgar la competencia, ello se desvirtúa con el artículo 44 de la Ley 715 de 2001 y el párrafo del artículo 2° del Decreto 4973 de 2009.

Citó, para concluir, dos sentencias a manera de referentes, a saber: i) la emitida en el proceso 66001-23-31-002-2008-00358-00, por el Tribunal Administrativo de Risaralda y ii) la proferida el 30 de noviembre de 2006, por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro del proceso identificado con el radicado 70001-23-31-000-2004-01102-01, cuyo demandante correspondió a Dassalud y otro.

7. Actuación procesal en esta instancia

Por medio de auto del 2 de agosto de 2012, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del departamento de Cundinamarca¹⁶.

A través de proveído del 7 de febrero de 2013 se admitió el precitado recurso de apelación¹⁷.

Mediante providencia del 3 de agosto de 2015 se rechazó la solicitud de coadyuvancia de la demanda presentada por los señores Adán Gil Pérez y Gustavo Adolfo Borbón García¹⁸.

Por medio de auto del 7 de septiembre de 2015 se ordenó correr traslado a las partes y al Procurador Delegado por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión¹⁹.

8. Alegatos de conclusión

8.1 Departamento de Cundinamarca

¹⁶ Folios 315 y 316 cuaderno principal.

¹⁷ Folio 4 cuaderno 2.

¹⁸ Folios 20 y 21 del cuaderno 2.

¹⁹ Folio 31 cuaderno 2.



Sostuvo que el *a quo* efectuó un análisis según el cual la ESE creada por el acuerdo municipal demandado es de primer nivel de atención, es decir, de baja complejidad, cuyo principal objetivo es prestar los servicios en una forma inmediata y cercana a la población.

Indicó que con la sentencia apelada se consideró que el Concejo Municipal sí tenía competencia para expedir el acto acusado y que este no presentaba ninguna divergencia en las situaciones fácticas y jurídicas que lo soportaban.

Señaló que el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007, modificó el párrafo del artículo 45 de la ley 715 de 2001, que permitía que los distritos y municipios que no hubieran asumido la prestación de los servicios de salud pudieran hacerlo con el cumplimiento de la reglamentación que para el efecto expediera el Gobierno, lo cual aconteció con el Decreto 4973 del 23 de diciembre de 2009.

Agregó que el acuerdo acusado fue expedido dos días antes del mencionado decreto, esto es, el 21 de diciembre de 2009, de manera que, no era posible la creación de las empresas sociales del Estado por parte del ente municipal, pues ello se encontraba supeditado a la aludida reglamentación.

Precisó que el *a quo* no analizó el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007, que claramente dispuso que los distritos y municipios que hubiesen asumido la prestación de los servicios de salud, podrían hacerlo si cumplían con la reglamentación expedida por el Gobierno para tal efecto.

En lo demás, reiteró los argumentos de la demanda.

8.2 La parte demandada no alegó de conclusión en esta instancia.

9. Concepto del Ministerio Público

El procurador delegado para la conciliación administrativa no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES



1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia, en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Corporación resolver si la sentencia apelada debe ser revocada, luego de establecer si el Concejo Municipal de Lenguaque tenía competencia para crear la Empresa Social de Estado Policlínico San Laureano a través del Acuerdo 017 del 21 de diciembre de 2009 y, además, si el referido acuerdo adolece de falsa motivación al desconocer lo previsto en los artículos 43, 44, 54 y 65 de la Ley 715 de 2001²⁰.

3. Análisis de los argumentos de la apelación

La parte demandante considera que con el acto administrativo acusado, que corresponde al Acuerdo 017 del 21 de diciembre de 2009, fue expedido por el Concejo Municipal de Lenguaque con violación directa de normas superiores, sin tener competencia para ello e incurrió en una falsa motivación.

Por su parte, el *a quo* denegó las súplicas de la demanda, al considerar, principalmente que, el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 no generaba una prohibición para la creación de empresas sociales del Estado, ya que esa facultad es un proceso de autonomía de los municipios. Asimismo, consideró que tampoco se presentaba alguna divergencia entre las situaciones fácticas y jurídicas que sustentaban el acto demandado.

²⁰ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.



Con su apelación la parte demandante insistió en que tanto el Concejo Municipal de Lenguaque como el alcalde de dicha entidad carecían de competencia para la creación de una empresa social del Estado, que con ello se transgredieron normas de rango superior, al desconocerse intencionalmente el direccionamiento legal del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, se incurrió en una falsa motivación, pues el acto acusado se sustentó en una serie de normas que no le conferían la facultad de asumir directamente la prestación de los servicios de salud.

Así las cosas, se encuentra que en el Acuerdo 017 del 21 de diciembre de 2009 *«[p]or medio del cual se crea la Empresa Social del Estado ‘Policlínico San Laureano’ del municipio de Lenguaque y se dictan otras disposiciones»* se dispuso:

«ARTÍCULO 1º: NATURALEZA JURIDICA (sic). Créese la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICLINICO (sic) ‘SAN LAUREANO’ DEL MUNICIPIO DE LENGUAZAQUE; la cual tendrá la naturaleza de Empresa Social del Estado, como entidad de carácter público, descentralizada, del orden municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Dirección Municipal de Salud e integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sometida al régimen previsto en el la (sic) constitución y la ley.

ARTÍCULO 2º: DENOMINACIÓN. Habrá una Institución Prestadora de los Servicios de Salud en el municipio de Lenguaque, que funcionará como Empresa Social del Estado (E.S.E.) del orden descentralizado, adscrita al municipio de Lenguaque, se denominará ‘EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICLINICO (sic) ‘SAN LAUREANO’ DEL MUNICIPIO DE LENGUAZAQUE’ y se distinguirá con la sigla E.S.E. POLICLINICO (sic) ‘SAN LAUREANO’ DEL MUNICIPIO DE LENGUAZAQUE, como en adelante a lo largo de este Acuerdo se designará.

ARTÍCULO 3º: FUNCIONES. La E.S.E. POLICLINICO (sic) ‘SAN LAUREANO’ DEL MUNICIPIO DE LENGUAZAQUE- cumplirá con las funciones, actividades y acciones inherentes a la prestación de servicios de salud definidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud...con arreglo a la Ley 10 de 1990, a la ley 100 de



1993, a la Ley 715 de 2001, a la reglamentación vigente y las disposiciones del Ministerio de la Protección Social y del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud... y a las normas que a posterioridad las sustituyan, modifiquen o adicionen la materia.

ARTÍCULO 4º: OBJETO. El Objeto (sic) de la E.S.E. POLICLINICO (sic) 'SAN LAUREANO' DEL MUNICIPIO DE LENGUAZQUE será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado, en tal sentido, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud y todo lo demás que tenga que ver con el Primer Nivel de Atención Salud (sic).»

Asimismo, se advierte que el referido acto lo expidió el Concejo Municipal de Lenguaque en ejercicio de las facultades, en especial, las conferidas en el numeral 3º del artículo 313 de la Constitución Política, así como en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994²¹, en rigor de la Ley 10 de 1990²² y cumplimiento de los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993²³, del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007²⁴ y del artículo 25 de la Ley 1176 de 2007²⁵.

De igual manera, se observa que en dicha decisión administrativa también se hizo alusión a los artículos 1º, 2º, 48 y 287 superior, 153 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994²⁶, aclarado por el Decreto 1621 de 1995²⁷, que reglamentó los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, para resolver el problema jurídico planteado se advierte

²¹ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

²² Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

²³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

²⁴ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

²⁵ Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

²⁶ por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado. (El Decreto Nacional 1298 de 1994, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-255 de 1995, salvo el numeral 1º del artículo 674)

²⁷ Con este decreto se dispuso: Artículo 1. Aclárase el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994, en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado, en el sentido que este acto administrativo reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.



que el sustento del cargo por la violación de normas superiores²⁸ se centró en la falta de competencia que también se invoca, de manera que, se procederá al análisis integral de este último vicio y de la falsa motivación alegada, en concordancia con el presunto desconocimiento de las normas de rango constitucional y legal, así:

i) Falta de competencia:

El artículo 44 de la Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, estableció lo siguiente:

*«PARÁGRAFO. Los municipios certificados a 31 de julio de 2001 que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán continuar haciéndolo, si cumplen con la reglamentación que se establezca dentro del año siguiente a la expedición de la presente ley. **Ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes y están obligados a articularse a la red departamental.**»* (negrilla fuera del texto)

Conforme a lo anterior, del contenido de la norma referida se pueden establecer dos supuestos o enunciados. El primero, que corresponde a una habilitación sujeta a una condición y, el segundo, una prohibición o limitante, a saber:

a) Que los municipios certificados a 31 de julio de 2001, que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podían continuar haciéndolo, si cumplían con la reglamentación que se establezca dentro del año siguiente a la expedición de dicha ley.

Para la Sala, el municipio demandado no se encontraba en tal situación, pues no acreditó encontrarse certificado para prestar dicho servicio ni fundamentó su decisión en ello, máxime que tal asistencia venía asumiéndola el departamento demandante a

²⁸ Lo cual sustentó especialmente en la vulneración del artículo 6° superior, relacionado con la responsabilidad de los servidores públicos.



través de la ESE Hospital El Salvador de Ubaté (Cundinamarca)²⁹.

b) Que ningún municipio podría asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, los cuales, además se encontraban obligados a articularse a la red departamental.

Ahora bien, en cuanto al régimen de las empresas sociales del Estado, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 establece que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de dichas empresas, las cuales constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, y sometidas al régimen jurídico previsto en ese capítulo.

Por su parte, con el artículo 26 de la Ley 1122 de 2007 se dispuso que la prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de empresas sociales del Estado (ESE), que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud y que en todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una empresa de tal naturaleza.

A su vez, debe precisarse que el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007, que modificó el artículo 45 de la Ley 715 de 2001³⁰, al regular las competencias en salud por parte de los distritos, contempló que tanto estos como los municipios que no hubiesen asumido la prestación de los servicios de salud, podrían hacerlo si cumplían con la **reglamentación** que para el efecto expida el

²⁹ Tal como se reseñó en la demanda y se reiteró con la apelación presentada por la parte demandante.

³⁰ «ARTÍCULO 45. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LOS DISTRITOS. Los distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación. La prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articulará a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos. En los mencionados distritos, el laboratorio departamental de salud pública cumplirá igualmente con las funciones de laboratorio distrital.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 26 de la Ley 1176 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los distritos y municipios que no hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán hacerlo si cumplen con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno, y tendrán el plazo definido por este.»



Gobierno, cuyo plazo sería el definido por este.

En efecto, tal facultad solo se reglamentó con el **Decreto 4973 del 23 de diciembre de 2009** *«[p]or el cual se establecen los requisitos y procedimientos para la certificación de la asunción de la prestación de los servicios de salud y se dictan otras disposiciones»*, el cual en su artículo segundo contempló:

«Artículo 2°. De la asunción de la prestación de los servicios de salud. Se entiende por asunción de la prestación de los servicios de salud por parte de los municipios certificados, la gestión de los recursos propios o asignados para garantizar la prestación de servicios de salud de baja complejidad requeridos por la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, de manera oportuna y eficiente, a través de las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, atendiendo el diseño de la red de prestación de servicios de salud definida por el respectivo departamento y las normas relacionadas que regulan y controlan la oferta.

Cuando la oferta de servicios de las Empresas Sociales del Estado no sea suficiente en el municipio o en su área de influencia, el municipio certificado, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o quien este delegue, podrá contratar con otras instituciones prestadoras de servicios de salud debidamente habilitadas.

Parágrafo. Ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes y están obligados a articularse a la red departamental. Se entiende por asumir directamente nuevos servicios de salud o ampliar los existentes, la creación de Empresas Sociales del Estado del nivel municipal o la creación o ampliación de los servicios habilitados en las existentes.

Sin embargo, si en concepto del departamento se requiere la ampliación de los servicios en un municipio certificado para gestionar la prestación de servicios de salud, esta ampliación se realizará a través de las Empresas Sociales del Estado existentes que operen en el área de influencia del departamento. Estas modificaciones deben ser aprobadas por las autoridades nacionales correspondientes de acuerdo con la normatividad vigente sobre la materia.» (negrilla fuera del texto original)



Al respecto, debe señalarse que la naturaleza de dicho decreto es el de acto reglamentario, en la medida de que fue expedido en ejercicio de las facultades legales, en especial, de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política³¹, en el literal c) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 45 de la Ley 715 de 2001 modificado por el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007.

De manera que, si el acto acusado se expidió con anterioridad a la mencionada reglamentación, esto es, el 21 de diciembre de 2009, la entidad territorial demandada no podía disponer la creación de la aludida ESE.

Ello por cuanto la prohibición establecida en el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, como lo es que ningún municipio podría asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, implicaba, a su vez, la limitante para la creación de empresas sociales del Estado, dado que la prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se podía hacer a través de estas.

En otras palabras, tal limitante deviene de una interpretación sistemática de la mencionada norma con lo establecido en los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 26 de la Ley 1122 de 2007, según la cual, si ningún municipio podía asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, ello necesariamente restringía la creación de las citadas empresas.

Por tanto, el Concejo Municipal de Lenguazaque no contaba con la competencia para expedir el acto acusado, toda vez que su objeto fue la prestación de servicios de salud, siendo que conforme a la norma referida estaba obligado a articularse a la red departamental³².

En tal sentido, el cargo por falta de competencia prospera.

³¹ Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ... 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

³² En consonancia con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001.



ii) Falsa motivación:

Para la entidad demandante con el acto demandado se incurrió en una falsa motivación, al sustentarse en normas que no le conferían ni al Concejo Municipal ni al alcalde de Lenguazaque la facultad de asumir directamente la prestación de los servicios de salud, conforme a lo señalado en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001.

Al respecto, debe precisarse que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo dirección, coordinación y control del Estado³³, el cual también tiene a su cargo la organización, dirección y reglamentación de la atención de la salud y el saneamiento ambiental³⁴, por lo que dada su naturaleza, dichos servicios se encuentran sometidos al régimen jurídico que fije la ley³⁵.

De manera que, si bien conforme lo consagra el artículo 311 superior³⁶, al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, es la misma norma la que fija una limitante para ejercer tal potestad, a saber:

En primer lugar, se advierte que el referido acto lo expidió el Concejo Municipal de Lenguazaque en ejercicio de las facultades, en especial las conferidas en el numeral 3° del artículo 313 de la Constitución Política, así como en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994³⁷, en rigor de la Ley 10 de 1990³⁸ y cumplimiento de los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993³⁹, del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007⁴⁰ y del artículo 25 de la Ley 1176 de

³³ Artículo 48 superior.

³⁴ Artículo 49 ibidem.

³⁵ Artículo 365 ibidem.

³⁶ En concordancia con lo dispuesto en los artículos 287, 298, 300 (numeral 10), 311 y 313 (numeral 10) ibidem.

³⁷ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

³⁸ Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

³⁹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁴⁰ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.



2007⁴¹.

En segundo lugar, se observa que en dicha decisión administrativa también se hizo alusión a los artículos 1°, 2°, 48 y 287 superior, 153 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994⁴², aclarado por el Decreto 1621 de 1995⁴³, que reglamentó los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, resulta relevante precisar que, si bien en la parte considerativa del acuerdo demandado se hizo referencia a la facultad consagrada en el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007, tal reseña solo se efectuó de la siguiente manera:

«i) Que el artículo 25 de la ley 1176 de 2007, establece que los distritos y municipios que no hayan asumido la prestación de servicios de salud, podrán hacerlo.»

No obstante, la citada norma contempla lo siguiente:

«ARTÍCULO 25. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. Modifíquese el artículo 45 de la Ley 715 de 2001 en los siguientes términos:

*‘Parágrafo. Los distritos y municipios que no hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán hacerlo **si cumplen con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno, y tendrán el plazo definido por este**’.* (negrilla fuera del texto original)

Por lo que, para la Sala el fundamento normativo sobre el cual se sustentó el acto administrativo acusado del 21 de diciembre de 2009, omitió hacer referencia a la condición que la misma norma establecía, al no indicar que tal facultad procedía si se cumplía

⁴¹ Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

⁴² por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado. (El Decreto Nacional 1298 de 1994, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-255 de 1995, salvo el numeral 1° del artículo 674).

⁴³ Con este decreto se dispuso: Artículo 1. Aclárase el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994, en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado, en el sentido que este acto administrativo reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.



con la reglamentación que para el efecto hiciera el Gobierno, lo cual aconteció con posterioridad a su expedición con el Decreto 4973 del 23 de diciembre de 2009⁴⁴.

Además, debe indicarse que el municipio demandado no acreditó que los servicios nivel I de baja complejidad no fueran prestados través de ESE del departamento. De manera que, con el acto acusado se incurrió en una falsa motivación, toda vez que, si bien en el acto acusado se hizo alusión a unas normas para acreditar la competencia del municipio, lo cierto es que desatendió las disposiciones consagradas en la Ley 715 de 2001 y su posterior reglamentación.

En consecuencia, el precitado cargo también prospera, en la medida de que la entidad demandada debía esgrimir los motivos adecuados y suficientes, al mediar una limitante legal para la expedición de un acto de creación de una empresa social del Estado para la prestación de forma directa los servicios de salud, conforme a la normativa expuesta.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demandada para, en su lugar, declarar la nulidad del acuerdo demandado, por las razones expuestas.

Finalmente, a folio 7 del cuaderno 2 reposa el poder conferido por quien se encontraba facultada para ello, en representación de la parte demandante, a la abogada Lina Rocío Vera Sánchez, con los respectivos soportes, razón por la cual en la parte resolutive de esta providencia les será reconocida personería para actuar en el proceso.

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

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia del 28 de junio de 2012,

⁴⁴ Por el cual se establecieron los requisitos y procedimientos para la certificación de la asunción de la prestación de los servicios de salud y se dictaron otras disposiciones.



emitida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declárase la nulidad del Acuerdo 017 del 21 de diciembre de 2009 *«[p]or medio del cual se crea la Empresa Social del Estado ‘Policlínico San Laureano’ del municipio de Lenguaque y se dictan otras disposiciones»*, expedido por el Concejo Municipal de Lenguaque (Cundinamarca), por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Reconócese personería para actuar como apoderada del departamento de Cundinamarca, a Lina Rocío Vera Sánchez, en los términos del poder que obra a folio 7 del cuaderno 2.

CUARTO: En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera
Aclaración de voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

