

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / EXISTENCIA DE UN MANDATO IMPERATIVO E INOBJETABLE / ACTO DE SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES DISPONDRÁ SOBRE LA SUBROGACIÓN DE OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS ORGANISMOS O ENTIDADES SUPRIMIDAS O DISUELTAS - Compete al Gobierno Nacional / INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LA NORMA / SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER – Acto omitió disponer la subrogación de las obligaciones / SUBROGACIÓN DE LAS OBLIGACIONES – Pago de las providencias judiciales derivadas de los fallos contractuales y extracontractuales

Frente a la norma que se dice incumplida, la Sección Quinta del Consejo de Estado (...) determinó que el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 sí contiene un mandato imperativo e inobjetable. En efecto, la simple lectura de la norma que se dice incumplida, se desprende que aquella impone al Gobierno Nacional la obligación de disponer sobre la subrogación de las obligaciones y derechos de las entidades suprimidas, disueltas y/o liquidadas. Sin embargo, lo anterior no significa que, de forma automática, deba ordenarse el cumplimiento de la norma, pues previo a emitir una orden en ese sentido es deber del juez determinar si aquella, en el caso concreto, se encuentra insatisfecha o si es exigible para las autoridades demandadas. Del Decreto 810 de 2008 “por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y se ordena su liquidación”, se desprende que a través del acto en comento, la ESE referida se suprimió y liquidó, lo que significa que en dicho acto el Gobierno Nacional debió disponer sobre la subrogación de derechos y obligaciones de tal entidad. Ahora bien, revisado en su integridad el contenido del decreto en cita se observa que pese que el Decreto 810 de 2008 contiene el artículo 21 que versa sobre el “Inventario de procesos judiciales y reclamaciones de carácter laboral y contractual”, la única previsión que se advierte de dicha disposición es la que tiene el liquidador de entregar al “Ministerio del Interior y de Justicia” el inventario de los procesos judiciales y reclamaciones en las que sea parte la entidad pero, como lo aceptan las demandadas, lo cierto es que nada se dice acerca de la subrogación de tales obligaciones, tal y como exige el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Así las cosas, la Sección encuentra que en el acto que suprimió y ordenó la liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander omitió hacer un pronunciamiento sobre la subrogación de dichas obligaciones, pese a que el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 así se lo exigía. Esta tesis se ve reforzada si se tiene en cuenta que incluso las entidades demandadas reconocen que ese punto no se encuentra desarrollado en el Decreto 810 de 2008, solo que justifican dicha omisión con el argumento que el representante legal y liquidador de la ESE Francisco de Paula Santander y el representante legal de la Fiduciaria Popular S.A., suscribieron contrato de fiducia mercantil No. 062 de 2009, que posteriormente fue cedido al Ministerio de Salud y Protección Social, pero tal contrato no subsana la omisión en la que se incurrió en el Decreto 810 de 2008. Bajo este panorama, la Sección concluye que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que, se demostró que el mandato imperativo e inobjetable contenido en el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 no se satisfizo en el acto de supresión y liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander.

DESVINCULACIÓN DEL PROCESO – Niega / INTERÉS EN EL PROCESO / PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA

Finalmente, en cuanto a las solicitudes de desvinculación propuesta por las impugnantes, en que no tenían la capacidad para comparecer al presente proceso. La Sala concuerda con la autoridad judicial de primera instancia y colige que no es posible acceder a la peticiones planteadas, porque las entidades de acuerdo con el Decreto 810 de 2008 tienen indistintamente interés con el proceso de liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander bien sea porque suscribieron el decreto que suprimió y ordenó la liquidación de la empresa en comento y porque las previsiones a que se refiere la falta de determinación de la subrogación corresponde a un asunto en el que intervienen aquellas, lo que ocurre respecto de las carteras del Interior y de Justicia y el Derecho en virtud que el referido artículo 21 al señalar en el proceso de inventario de las obligaciones contractuales al aquel entonces Ministerio del Interior y de Justicia, razón por la que en virtud del principio de colaboración armónica entre las autoridades y que como se ha indicado el mandato que se concluyó inobservado compete al Gobierno Nacional, deberán concurrir a subsanar la omisión que, a juicio del demandante, se presentó en el Decreto 810 de 2008.

DESVINCULACIÓN DEL PROCESO – Niega / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – Representa en esta acción judicial al Presidente de la República / SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES - Corresponde al Gobierno Nacional / GOBIERNO NACIONAL - Conformado por el Presidente de la República y el Ministro o Director de Departamento correspondiente

En este mismo sentido, frente a la petición del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República es importante recordar que, de conformidad con el artículo 115 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional está conformado, para cada negocio particular, por el Presidente de la República y el Ministro o Director de Departamento correspondiente. Así pues, si la norma que se dice incumplida sostiene que corresponde al gobierno y en especial al Presidente de la República proceder a la supresión y liquidación de entidades y determinar lo relativo a la subrogación de las obligaciones, no cabe duda que el DAPRE representa en esta acción judicial al primer mandatario (artículo 159 del CPACA) y, por ende, su desvinculación no es posible.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 115 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 52 - PARÁGRAFO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 54001-23-33-000-2020-00616-01(ACU)

Actor: JUAN JOSÉ YÁÑEZ GARCÍA

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Tema: Confirma orden de cumplimiento

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide las impugnaciones interpuestas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Salud y Protección Social contra la sentencia de 16 de diciembre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió a las pretensiones de la acción de cumplimiento.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor Juan José Yáñez García, el 17 de noviembre de 2020, ejerció acción de cumplimiento contra el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la finalidad de solicitar el cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y, en consecuencia, las demandadas dispongan sobre la subrogación de las obligaciones de la ESE Francisco de Paula Santander, Liquidada, en materia de condenas de sentencias contractuales y extracontractuales.

1.2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos que la parte actora expuso en su demanda así:

1.2.1. Señaló que el gobierno nacional expidió el Decreto No. 810 de 2008 “*por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y se ordena su liquidación*”, el cual fue firmado por el presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de la Protección Social y el director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Informó que el referido decreto ordenó la supresión de la mencionada empresa y su liquidación, “*a más tardar en un plazo de un (1) año*”. Sin embargo, el plazo fue prorrogado en múltiples oportunidades así; Decreto 581 de 2009, (febrero 28), Decreto 843 de 2009 (marzo 13), Decreto 2173 de 2009 (junio 10), Decreto 3262 de 2009 (agosto 31), Decreto 4242 de 2009 (octubre 30) y Decreto 4328 de 2009 (noviembre 6).

1.2.2. Indicó que la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander en Liquidación, celebró el contrato de fiducia mercantil número 062 del 26 de octubre de 2009, cuyo objeto es la “*administración por parte de Fiduciaria Popular S. A.,*

del Patrimonio Autónomo a integrarse con los activos que le transfiera la ESE al cierre del proceso liquidatorio, efectuar los pagos con cargo a dichos recursos y administrar los procesos judiciales, contratos y reservas cedidos por la liquidación de la mencionada Empresa Social del Estado". Asimismo, señaló que el referido contrato fue cedido al Ministerio de Salud y Protección Social, el cual en adelante actúa como fideicomitente cesionario del mismo, lo anterior conforme acta de liquidación final de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander de 13 de noviembre de 2009, firmada por el Ministro de la Protección Social (hoy Ministro de Salud y Protección Social) y la Apoderada General del Liquidador.

1.2.3. Aludió que el Decreto 810 de 2008, al ordenar la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, no dispuso que entidad subrogaría en sus obligaciones a la entidad liquidada, toda vez, que el Patrimonio Autónomo de Remanente de la ESE Francisco de Paula de Santander ni la Fidupopular S.A., en su condición de vocera y administradora del citado fideicomiso, no son continuadores del proceso liquidatorio de la citada entidad liquidada, ni subrogatorios a ningún título de la extinta entidad.

1.2.4. El accionante remitió por correo electrónico, el 24 de septiembre de 2020, correos electrónicos a las entidades accionadas requiriendo el cumplimiento del parágrafo 1º artículo 52 de la Ley 489 de 1998 respecto de la ESE Francisco de Paula de Santander.

1.2.5 El Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante oficio de 1 de octubre de 2020, remitió la petición al Ministerio de Salud y Protección Social.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en oficio de fecha 30 de septiembre de 2020, manifestó al actor que no se presentó el incumplimiento aludido.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante oficio del 6 de noviembre de 2020, en criterio del señor Yáñez, no definió el fondo del asunto.

1.2.6. El accionante considera que el Decreto 810 de 2008, al ordenar la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander no dispuso que entidad subrogaría en sus obligaciones a la entidad liquidada, en materia de condenas de sentencias contractuales y extracontractuales.

Al respecto, aludió que la acción de cumplimiento es procedente para ordenar el acatamiento del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, como ocurrió en el caso de la liquidación del ISS por medio del Decreto 2013 de 2012 en el que la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2015, en el proceso No. 76001-23- 33- 000-2015-01089-01, accedió a las pretensiones.

1.3. Pretensiones

El accionante con el ejercicio de la presente acción solicitó que se dé cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, norma que a

su criterio fue incumplida con la expedición del Decreto 810 de 2008, que ordenó la supresión de la ESE Francisco de Paula Santander y su liquidación, por cuanto no se dispuso sobre la subrogación de obligaciones en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales.

1.4. Trámite en primera instancia

La demanda de cumplimiento fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que en auto de 18 de noviembre de 2020 dispuso su admisión frente a la Presidencia de la República, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Salud y Salud y Protección Social, Interior, Justicia y del Derecho y el Departamento Administrativo de la Función Pública para que rindieran los informes y conceptos correspondientes a las pretensiones que formuló el accionante.

1.5. Informes

1.5.1. El Ministerio de Salud y Protección Social aludió que no es la autoridad encargada de reglamentar o determinar cuál es la entidad que subrogará en las acreencias a la ESE Francisco de Paula Santander por cuanto constitucional y legalmente no tiene asignada dicha competencia.

Concluyó que el párrafo primero del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, no contiene una orden con la capacidad de equipararse a un título ejecutivo, debido a que la obligación que se demanda no es clara, expresa y exigible, tanto es que no establece la autoridad contra quién debería proferirse la orden de cumplimiento, lo cual exige un ejercicio interpretativo que no es posible en este tipo de acciones constitucionales, por lo que solicitó que se negara la pretensión de la demanda.

1.5.2. El Ministerio del Interior citó sus funciones para así concluir que dicha entidad no ha incumplido ninguna de las asignadas en la Constitución y en la ley y específicamente en el Decreto Ley 2893 de 2011, mediante el cual se modificó la estructura de esa cartera y, en consecuencia, aludió que no existe omisión en la obligación que se pretende atribuir en la demanda, razón por la cual no advierte fundamento jurídico ni fáctico para su vinculación, por lo que solicita se declare la improcedencia de la presente acción de cumplimiento. Maxime si se tiene en cuenta que la ESE Francisco de Paula Santander cuya liquidación fue ordenada mediante el Decreto 810 de 2008, funcionó como una entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, prestando servicios de salud.

1.5.3. El Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó que resulta abierta, categórica y palmariamente contraria la creación, función y ejercicio de la liquidada ESE Francisco de Paula Santander (que en su momento hizo y estuvo encajada en el sector administrativo de la salud) a la estructura y actividad administrativa del Estado a través del Ministerio de Justicia cuya función corresponde establecer,

proponer, adoptar, ejecutar y evaluar la política pública del sector administrativo de justicia y del derecho.

Arguyó que esa cartera no incumplió ninguna función de las asignadas en la Constitución Política ni la ley, específicamente en el Decreto Ley 2897 de 2011 modificado por el Decreto 1427 de 2017, por lo tanto, no existe omisión a la aparente y supuesta obligación que se le pretende endilgar en la presente acción, razón por la cual no existe fundamento jurídico ni fáctico para su vinculación.

1.5.4. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República señaló que no es competente respecto de las pretensiones de la presente acción de cumplimiento por cuanto al revisar las firmas de quienes suscribieron el Decreto 810 de 2008, se puede acreditar que la Presidencia de la República no lo suscribió, por lo que planteó la excepción de falta de legitimación en la causa material o en su defecto se nieguen las pretensiones de la demanda.

Señaló la naturaleza jurídica del DAPR citando el Decreto 133 del 27 de enero de 1956 y la Ley 1° de 1958, refirió que conforme a lo dispuesto los artículos 115 y 159 del CPACA, el primer mandatario no representa legal ni judicialmente a la Presidencia de la República, entidad que tiene su propio representante legal que es el Director General, por lo que concluyó que los actos que expida el Gobierno Nacional, su representación judicial está en cabeza del Ministro o del Director correspondiente, más no en cabeza del señor Presidente de la República y en consecuencia el primer mandatario no es sujeto procesal salvo las excepciones de los artículos ya mencionados.

1.5.5. El Departamento Administrativo de la Función Pública aludió la ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto si bien se señala el incumplimiento del párrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en lo que respecta a la consagración normativa del Decreto 810 de 2008, no se formula ninguna petición en concreto para solucionar la problemática propuesta.

Expuso que no existe el incumplimiento alegado por el accionante, por cuanto si bien el Decreto 810 de 2008 no es explícito sobre la subrogación de obligaciones y derechos de la cita entidad, sí hace una expresa mención sobre los bienes que hacen parte de la masa de la liquidación (artículo 19) y asigna el inventario de procesos y reclamaciones de carácter laboral y contractual al Ministerio de Justicia (artículo. 25), al tiempo que impone al liquidador la función de responder por la guarda y administración de los bienes y haberes que se encuentren en cabeza de la entidad en liquidación, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto (literal b del artículo 5°) y la responsabilidad de transigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, en los procesos y reclamaciones que se presenten dentro de la liquidación, cuando sea del caso, atendiendo las reglas sobre prelación de créditos que informan las disposiciones que regulan la liquidación (literal i del artículo 5°)..

Agregó que el contrato de fiducia Mercantil N° 62 de 2009, fue cedido al Ministerio de Salud y Protección Social, que en la actualidad actúa como fideicomitente cesionario, con lo cual la subrogación de obligaciones y concretamente el pago de las providencias judiciales derivadas de los fallos contractuales y extracontractuales a cargo de la ESE Francisco de Paula Santander hoy liquidada, se encuentran garantizados con recursos provenientes del patrimonio autónomo o en su defecto con recursos de la Nación, canalizados a través del referido Ministerio.

Expuso que si bien el parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 establece que se debe disponer sobre la subrogación de obligaciones y derechos de la liquidación, ello no puede suponer o significar que dicha obligación solamente puede devenir del texto del decreto inicial que dispone sobre la liquidación, o bajo una determinada fórmula sacramental o una cláusula pética con un contenido específico.

Concluyó que la suscripción del Decreto 810 de 2008 por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, expedido por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social), respondió al hecho de que en el mismo se encuentran inmerso un tema de “estructura” de una de las entidades enlistadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 (artículo 13 Decreto 430 de 2016), más no porque tenga alguna atribución especial en torno a los temas de subrogación, administración o pago de las obligaciones y derechos de las entidades suprimidas o liquidadas del sector salud (artículos 6 y 121 superiores), asunto que funcionalmente compete a otras autoridades, razón por la cual se solicita la exclusión de la Función Pública del fallo que ponga fin al proceso.

1.5.6. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público citó las funciones que cumple y manifestó que no es claro cuál es la actuación desatendida a cargo de esa cartera o que diera origen al desconocimiento del artículo 52 de la Ley 489 de 1980, teniendo en cuenta que la ESE Francisco de Paula Santander, cuya liquidación fue ordenada mediante el Decreto 810 de 2008, fungió como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo objeto fue la prestación de los servicios de salud, como servicio esencial a cargo del Estado, y no de ese Ministerio.

1.6. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia de 16 de diciembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Ministerio de Salud y Protección Social y Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la Presidencia de la República, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, Interior, Justicia y del Derecho y los Departamentos Administrativos de la Función Pública y de la Presidencia de la República han incumplido el mandato contenido en el artículo 52 parágrafo 1o de la Ley 489 de 1998.

TERCERO: ORDENAR al Gobierno Nacional conformado en esta oportunidad por la Presidencia de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social, Interior, Justicia y del Derecho y los Departamentos Administrativos de la Función Pública y de la Presidencia de la República, el cumplimiento del parágrafo 1o del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de que se disponga sobre la subrogación de las obligaciones de la extinta ESE Francisco de Paula Santander, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta la complejidad del tema. (...)

Para arribar a la anterior conclusión, el *a quo* señaló que la Sección Quinta en sentencia del 15 de diciembre de 2015¹ se pronunció sobre la exigibilidad del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y determinó que dicha norma contiene una “*obligación imperativa e inobjetable que debe cumplir el Gobierno Nacional*”, tesis que fue reiterada mediante providencia del 7 de diciembre de 2016². Hecha esta precisión la autoridad judicial de primera instancia coligió que dichas providencias eran aplicables al caso concreto, por tanto el acto de supresión de las entidades debía disponer, entre otras, la subrogación de obligaciones y derechos.

Para el Tribunal el Decreto 810 de 2008 no permite entender el cumplimiento de la obligación de determinar la entidad que subroga las obligaciones y derechos de la ESE Francisco de Paula Santander en cuanto a obligaciones en materia de condenas de sentencias contractuales y extracontractuales. Bajo esa acotación, el juez *a quo* concluyó que la norma invocada por el actor se encuentra incumplida.

De otra parte, precisó que si bien el representante legal y liquidador de la ESE Francisco de Paula Santander y el representante legal de la Fiduciaria Popular S.A., suscribieron contrato de fiducia mercantil No. 062 de 2009, que posteriormente fue cedido al Ministerio de Salud y Protección Social, de su objeto no significaba que la citada entidad fiduciaria o el ministerio subrogaran o fueran los directamente llamados a responder por las obligaciones impuestas a la extinta entidad financiera más allá de las derivadas y establecidas en el propio contrato de fiducia, pues la mencionada entidad fiduciaria y la referida cartera únicamente actúan en calidad de administradores de los recursos y activos fideicometidos.

Finalmente, indicó que no eran de recibo los argumentos expuestos por las demandadas según el cual no tenían legitimación en la causa para dar cumplimiento a la norma que se dice inobservada, toda vez que, suscribieron el decreto que suprimió y liquidó a la ESE Francisco de Paula Santander. Respecto de los Ministerios de Justicia y del Interior señaló que si bien no suscribieron el acto

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación N° 76001-23-33-000-2015-01089-01 CP. Rocío Araujo Oñate.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación N° 25000- 23-41-000-2016-01613-01(ACU) CP. Alberto Yepes Barreiro.

de supresión lo cierto es que en el artículo 21 del Decreto 810 de 2008 dejó a su cargo el “*Inventario de procesos judiciales y reclamaciones de carácter laboral y contractual*” y, por ende, participaron en la liquidación y supresión de la entidad y sí tenían la obligación de acatar la disposición que se dice incumplida.

1.7. Impugnaciones

Inconformes con la decisión de primera instancia, la mayoría de las entidades demandadas presentaron impugnación, con base en los argumentos que la Sala resume así:

1.7.1. El Ministerio de Salud y Protección Social solicitó que la sentencia de primera instancia fuera revocada, para lo cual insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, especialmente que no es la autoridad encargada de reglamentar o determinar cuál es la entidad que subrogará en las acreencias a la ESE Francisco de Paula Santander por cuanto constitucional y legalmente no tiene asignada dicha competencia.

1.7.2. El Departamento Administrativo de la Función Pública reiteró los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló que no existe inobservancia de la norma invocada en la demanda, pues los procesos judiciales y los de carácter contractual que se encontraban en curso o que se iniciaron al momento de empezar el proceso de liquidación del Instituto son atendidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho (artículo 25 del Decreto 810 de 2008) y a partir del momento en que la liquidación culminó el pago de los mismos quedó en cabeza del PAR, de conformidad con el contrato de fiducia mercantil No. 062 de 2009, administrado por Fiduciaria Popular S.A., hoy sustituido por el Ministerio de Salud y Protección Social (acta de liquidación final de la ESE Francisco de Paula Santander de 13 de noviembre de 2009).

1.7.3. El Ministerio de Justicia y del Derecho reiteró los argumentos expuestos en primera instancia y manifestó que si bien se configuró una omisión de mencionar sobre la subrogación de obligaciones en el Decreto 810 de 2008, no puede concretarse cuál es la norma incumplida específicamente por parte de dicha cartera, máxime si se tiene en cuenta el artículo 21 del referido decreto dispuso sobre los inventarios de los procesos judiciales y reclamaciones de carácter laboral y contractual, pero tal previsión forzosamente estaba supeditada a la entrega del Liquidador de la entidad ESE Francisco de Paula Santander.

Finalmente, indicó que la “*Corte Constitucional, en Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999, mediante la cual declaró EXEQUIBLE (en su totalidad) el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, por considerar que el presidente de la República tiene una facultad constitucional permanente para suprimir y fusionar las entidades u organismos administrativos nacionales o modificar su estructura qué debe ejercer con sujeción a las normas que definen los principios y reglas generales expedidas por el Congreso de la República, por tanto el citado artículo debe someterse a lo determinado por el Gobierno nacional para suprimir entidades estatales en el marco de las competencias que para el efecto le confiere el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política. Por tanto la Corte*

Constitucional, en la enunciada sentencia sobre lo dispuesto en el párrafo del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, explica que la resolución sobre las subrogaciones de los derechos, contratos y obligaciones en la liquidación de entidades públicas se produce por mandato de la ley y aún en contra de la voluntad de las partes e implica el traspaso a la nueva entidad de todos los derechos y obligaciones de la entidad liquidada ello en aplicación de los artículos 1667 y 1670 del Código Civil.”

1.7.4. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República insistió en la proposición de la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta en el informe rendido en primera instancia. Señaló que sobre la responsabilidad de la Presidencia de la República existe un grave error, pues el Tribunal asumió que esta entidad representa al Presidente de la República, lo que no es cierto, pues el primer mandatario no fue ni demandado, ni vinculado al proceso, de manera que no es sujeto procesal, y no se puede afirmar que la norma presuntamente incumplida contiene una obligación para el “Gobierno” entonces esa obligación lo es “en especial al Presidente de la República”.

1.7.5. El Ministerio del Interior manifestó que si bien se configuró una omisión de mencionar sobre la subrogación de obligaciones en el Decreto 810 de 2008, no puede concretarse cuál es la norma incumplida específicamente por parte de dicha cartera, si se tiene en cuenta que no suscribió el acto de supresión de la ESE Francisco de Paula Santander.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia de 16 de diciembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA” Ley 1437 de 2011³, así como del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado que, en su artículo 13, “Sección Quinta”, numeral 7º, establece la competencia en esta Sección para conocer de “[...] las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento[...]”.

2.2. Generalidades de la acción de cumplimiento⁴

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda “[...] acudir ante la

³ Modificado por la Ley 2080 de 2021.

⁴ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por esta Sección: sentencia de 15 de diciembre de 2016, Expediente: 25000-23-41-000-2016-00814-01; 26 de mayo de 2016, Expediente: 52001-23-33-000-2016-00136-01, con ponencia de Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de noviembre de 2016, radicación 20001-23-33-000-2016-00371-01 MP Alberto Yepes Barreiro ; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de febrero de 2017, radicación 11001-33-42-048-2016-00636-01 MP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E).

autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido". En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos [...]".

Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2° de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional "[...] el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo [...]" (subraya fuera del texto) ⁵.

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben cumplir los siguientes requisitos mínimos:

- i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1°)⁶.
- ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5° y 6°).

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁶ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de instaurar la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito “[...] cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable [...]” caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace improcedente la acción. También son causales de improcedibilidad pretender la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

2.3.1. Normas contra las que procede la acción de cumplimiento y requisitos

Se ha establecido que las fuentes del derecho sobre las cuales recae la acción de cumplimiento comprenden tanto la ley en sentido formal como material, esto último desde la óptica de aquellos decretos con fuerza de ley o con vocación legislativa dictados por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 150-10, 212, 213, 215 y 341 de la Constitución Política.⁷

Sin dejar a un lado, la procedencia de la acción de cumplimiento contra los actos administrativos de contenido general o particular, bajo el entendido que éstos reflejan la voluntad unilateral de la administración de producir efectos jurídicos, se precisa lo anterior, si se tiene en cuenta que no es dable el mecanismo constitucional previsto en el artículo 87 constitucional frente a actos de mera ejecución, pues tales determinaciones no tienen la categoría de un verdadero acto administrativo, ya que solo se limitan a materializar una orden judicial o administrativa.⁸

Dentro de este contexto, resulta pertinente manifestar que es inadecuada la acción de cumplimiento en relación con normas fundamentales, “[...] pues el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía. De hecho, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1998, al concluir que no procede ésta acción constitucional para exigir el cumplimiento de normas supremas [...]”⁹.

Ahora bien, frente al requisito de la renuencia, resulta pertinente manifestar que el mismo se constituye en una exigencia de procedibilidad de la acción y, para ello, es necesario que el demandante previamente a acudir a la jurisdicción, haga una

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", MP: Flavio Augusto Rodríguez Arce, 21 de enero de 1999, radicado ACU-546.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, MP. Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2013-00486-01

⁹ Sentencia de 3 de junio de 2004, Rad. 44001-23-31-000-2004-0047-01(ACU)

solicitud expresa de cumplimiento a la autoridad pública o al particular que ejerce funciones públicas sobre la ley o el acto administrativo objeto de requerimiento, lo cual puede realizarse a través del derecho de petición pero enfocado al fin reseñado.¹⁰

Por su parte, la subsidiariedad implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable. Igual a lo que acaece frente a la tutela, pues se trata de instrumentos judiciales residuales y no principales.

Lo cual se explica en “[...] garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio [...]”¹¹.

Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a normas que generen gastos,¹² a menos que estén apropiados;¹³ o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior.¹⁴

2.3.2. De la renuencia

El requisito de la constitución en renuencia de la autoridad, consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste¹⁵ y que ésta

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta MP. Susana Buitrago Valencia (E). 9 de mayo de 2012, 76001-23-31-000-2011-00891-01 (ACU).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta MP., Alberto Yepes Barreiro, 1 de noviembre de 2012, radicado 76001-23-31-000-2012-00499-01(ACU).

¹² Consejo de Estado, sentencia del 15 de marzo de 2001, expediente, radicado 05001-23-31-000-2000-4673-01(ACU).

¹³ Consejo de Estado, sentencia de 14 de mayo de 2015, expediente, radicado 25000-23-41-000-2015-00493-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁴ Sentencia *ibídem*.

¹⁵ Sobre el particular esta Sección ha dicho: “[...] La Sala también ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se **deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia**. Como el accionante reclamó de la Superintendencia de Puertos y Transporte el cumplimiento de los artículos 41 del Decreto 101 de 2000; 14 del Decreto 1016 de 2000 y 3, 4 y 10 del Decreto 2741 de 2001, los cuales constan, en su orden, de 4, 14, 4, 6 y 9 numerales, **sin indicar con claridad en cuál de ellos se consagra el deber**

se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad, la Sala ha señalado que “[...] el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento [...]”.¹⁶

Sobre este tema, esta Sección¹⁷ ha dicho que:

“[...] Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

*El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que **si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.***

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

*Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera, **delimita el marco del incumplimiento reclamado.** Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella **define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos [...]**”¹⁸ (Negritas fuera de texto).*

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 establece lo siguiente:

“[...] Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud [...]”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el

legal que pedía cumplir, en criterio de la Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia que sobre la materia se ha fijado, estima que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal a quo”. (Negrita fuera de texto)

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, MP. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. MP: Susana Buitrago.

¹⁸ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla.

solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8° de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y que, de este, pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.

En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando la petición “[...] *tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia [...]*”.

Por último, resulta relevante para la Sala precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano¹⁹.

En el presente asunto, como prueba del agotamiento del requisito de la renuencia, la parte accionante aportó escrito radicado electrónicamente el 24 de septiembre de 2020, a las autoridades demandadas en el que solicitó el acatamiento del parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, con la finalidad de determinar la entidad que subroga las obligaciones de la ESE Francisco de Paula Santander, para que se supere el vacío del acto general que ordenó la supresión, disolución y liquidación.

A su turno, se tiene que el actor recibió respuesta por parte del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante oficios de 1 de octubre de 2020, 30 de septiembre de 2020, del 6 de noviembre de 2020, respectivamente, quienes manifestaron no ser los competentes para dar cumplimiento a lo planteado y según informó el actor el Ministerio de Justicia remitió la petición al Ministerio de Salud y Protección Social pero de tal entidad no se advierte respuesta alguna.

En consecuencia, la Sala considera superado el requisito de constitución en renuencia respecto del cumplimiento del parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, porque las respuestas de los Ministerios de Justicia y del Derecho, Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública fueron negativas al contenido del escrito de agotamiento de renuencia y, en todo caso, resultan contrarias al querer del accionante y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y las carteras de Interior y Salud y Protección Social no respondieron en el tiempo previsto en el artículo 8 de la Ley 393 de 1997.

2.3.3 Norma que se pide cumplir

¹⁹ Lo mismo se reitera en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación 25000-23-41-000-2016-02003-01 MP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicación 15001-33-33-000-2016-00690-01 MP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 15001-23-33-000-2016-00249-01 MP. Lucy Jeannette Bermúdez, entre otras.

El actor pretende el cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 la cual establece:

“ARTICULO 52. DE LA SUPRESION, DISOLUCION Y LIQUIDACION DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

(...)

PARAGRAFO 1o. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se pide el cumplimiento de una ley y, por tanto, el primer requisito para la procedencia de la acción de cumplimiento se encuentra satisfecho.

2.3.4. De las causales de improcedencia de la acción constitucional

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia²⁰ ha desarrollado “la existencia de otro mecanismo judicial”, como causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

Así, se ha indicado que *“la razón de ser de esta causal de improcedencia es garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido como propio para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio”²¹.*

²⁰ Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres.

²¹ Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

Así las cosas, la Sala comparte la tesis a la que allegó el *a quo*, según la cual el señor Yáñez García no cuenta con otro medio judicial efectivo para lograr la aplicación del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 que, a su juicio, se encuentra incumplido.

2.3.5. La norma cuyo cumplimiento se solicitó no implica gasto

En cuanto a este presupuesto de procedibilidad de la acción de cumplimiento, la Sala coincide con lo dicho por el *a quo* puesto que en este caso, la norma cuya aplicación se solicita no genera gasto, pues en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia se generaría una obligación de hacer, consistente en expedir un acto.

2.3.6. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”²². Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “*imperativo e inobjetable*” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Ahora bien, el artículo 5º de la Ley 393 de 1997 señala que la presente acción se dirigirá contra la autoridad a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, es decir, impone al demandante la carga de establecer, tanto para la constitución en renuencia y la interposición de la demanda, la autoridad pública o el particular en ejercicio de funciones públicas que debe cumplir la norma.

No obstante, el inciso final impone al juez el deber, en todo caso, de notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido. Es decir, si el demandante yerra al determinar la parte obligada a cumplir el precepto, o si la norma cuyo cumplimiento se pretende no indica de manera expresa la autoridad que tiene a su cargo hacerlo efectivo, el juez deberá estudiar el conjunto de normas que integran el sistema jurídico vigente, identificarla y vincularla al proceso.

Igual deber tendrá el juez si la autoridad que señala la norma cuyo cumplimiento se pretende, fue suprimida, fusionada o escindida, caso en el cual tendrá que efectuar el estudio respectivo para identificar, en la actualidad, qué autoridad debe cumplir la norma correspondiente.

²² Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).

No puede afirmarse, entonces, la inexistencia de un mandato imperativo e inobjetable cuando la norma cuyo cumplimiento se pretende requiera del análisis de otros preceptos o no precisa la autoridad obligada, pues lo que realmente aquella debe prescribir es un “deber”. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo. Así, por ejemplo, si la norma consagra una facultad o su ejercicio es discrecional, no se cumplirá el requisito bajo estudio.

Frente a la norma que se dice incumplida, la Sección Quinta del Consejo de Estado²³ ha indicado que todos los elementos antes descritos se encuentran satisfechos, es decir, determinó que el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 sí contiene un mandato imperativo e inobjetable.

En efecto, la simple lectura de la norma que se dice incumplida, se desprende que aquella impone al Gobierno Nacional la obligación de disponer sobre la subrogación de las obligaciones y derechos de las entidades suprimidas, disueltas y/o liquidadas. Sin embargo, lo anterior no significa que, de forma automática, deba ordenarse el cumplimiento de la norma, pues previo a emitir una orden en ese sentido es deber del juez determinar si aquella, en el caso concreto, se encuentra insatisfecha o si es exigible para las autoridades demandadas.

Del Decreto 810 de 2008 *“por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y se ordena su liquidación”*, se desprende que a través del acto en comento, la ESE referida se suprimió y liquidó, lo que significa que en dicho acto el Gobierno Nacional debió disponer sobre la subrogación de derechos y obligaciones de tal entidad.

Ahora bien, revisado en su integridad el contenido del decreto en cita se observa que pese que el Decreto 810 de 2008 contiene el artículo 21 que versa sobre el *“Inventario de procesos judiciales y reclamaciones de carácter laboral y contractual”*, la única previsión que se advierte de dicha disposición es la que tiene el liquidador de entregar al *“Ministerio del Interior y de Justicia”* el inventario de los procesos judiciales y reclamaciones en las que sea parte la entidad pero, como lo aceptan las demandadas, lo cierto es que nada se dice acerca de la subrogación de tales obligaciones, tal y como exige el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998.

Así las cosas, la Sección encuentra que en el acto que suprimió y ordenó la liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander omitió hacer un pronunciamiento sobre la subrogación de dichas obligaciones, pese a que el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 así se lo exigía. Esta tesis se ve reforzada si se tiene en cuenta que incluso las entidades demandadas reconocen que ese punto no se encuentra desarrollado en el Decreto 810 de 2008, solo que justifican dicha omisión con el argumento que el representante legal y liquidador de

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación N° 76001-23-33-000-2015-01089-01 CP. Rocío Araujo Oñate, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación N° 25000-23-41-000-2016-01613-01 CP. Alberto Yepes Barreiro, entre otras.

la ESE Francisco de Paula Santander y el representante legal de la Fiduciaria Popular S.A., suscribieron contrato de fiducia mercantil No. 062 de 2009, que posteriormente fue cedido al Ministerio de Salud y Protección Social, pero tal contrato no subsana la omisión en la que se incurrió en el Decreto 810 de 2008.

Bajo este panorama, la Sección concluye que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que, se demostró que el mandato imperativo e inobjetable contenido en el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 no se satisfizo en el acto de supresión y liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander.

Finalmente, en cuanto a las solicitudes de desvinculación propuesta por las impugnantes, en que no tenían la capacidad para comparecer al presente proceso. La Sala concuerda con la autoridad judicial de primera instancia y colige que no es posible acceder a la peticiones planteadas, porque las entidades de acuerdo con el Decreto 810 de 2008 tienen indistintamente interés con el proceso de liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander bien sea porque suscribieron el decreto que suprimió y ordenó la liquidación de la empresa en comento y porque las previsiones a que se refiere la falta de determinación de la subrogación corresponde a un asunto en el que intervienen aquellas, lo que ocurre respecto de las carteras del Interior y de Justicia y el Derecho en virtud que el referido artículo 21 al señalar en el proceso de inventario de las obligaciones contractuales al aquel entonces Ministerio del Interior y de Justicia, razón por la que en virtud del principio de colaboración armónica entre las autoridades y que como se ha indicado el mandato que se concluyó inobservado compete al Gobierno Nacional, deberán concurrir a subsanar la omisión que, a juicio del demandante, se presentó en el Decreto 810 de 2008.

En este mismo sentido, frente a la petición del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República es importante recordar que, de conformidad con el artículo 115 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional está conformado, para cada negocio particular, por el Presidente de la República y el Ministro o Director de Departamento correspondiente. Así pues, si la norma que se dice incumplida sostiene que corresponde al gobierno y en especial al Presidente de la República proceder a la supresión y liquidación de entidades y determinar lo relativo a la subrogación de las obligaciones, no cabe duda que el DAPRE representa en esta acción judicial al primer mandatario (artículo 159 del CPACA) y, por ende, su desvinculación no es posible.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 16 de diciembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que ordenó a las entidades demandadas dar cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firmado electrónicamente)

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

(Firmado electrónicamente)

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

(Firmado electrónicamente)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

(Firmado electrónicamente)

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

Esta providencia fue generada con firma electrónica, la cual tiene plena validez y efectos jurídicos, conforme con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y el Decreto 2364 de 2012.