

COSA JUZGADA – Objeto / COSA JUZGADA – Elementos para su configuración / COSA JUZGADA – Inexistencia

La providencia sobre la cual se edificó la existencia del fenómeno de la cosa juzgada es la sentencia de 10 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en el trámite de las observaciones presentadas por la secretaria jurídica encargada de la Gobernación de Cundinamarca, en contra del Acuerdo 05 de 2009, expedido por el Concejo del Municipio de Sibaté (Cundinamarca) [...] Como lo indicó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, si bien el objeto del trámite de observaciones y la presente acción de nulidad es el de censurar la legalidad del Acuerdo Municipal 05 de 2009, lo cierto es que los motivos por los cuales, en uno y otro proceso, se considera que el acto enjuiciado viola el artículo 44 de la Ley 715, son diferentes. [...] No puede tenerse, entonces, por configurado el fenómeno de la cosa juzgada, pues contrario a lo afirmado por el apelante y por los intervinientes, no existe identidad de causa, esto es, los motivos por los cuales se consideraba que el acuerdo censurado, en uno y otro proceso, violaban el artículo 44 de la Ley 715 eran diferentes, cuestión que no fue abordada por el apelante.

PRESTACIÓN SERVICIO DE SALUD - Por entes territoriales / CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Por entes territoriales / CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Requisitos / CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Límites / CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Habilitación a los distritos y municipios sujeta a reglamentación por el Gobierno Nacional / CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Se circunscribió a los municipios certificados a 31 de julio de 2001 que hubieran asumido con anterioridad la prestación de los servicios de salud y que quisieren continuar con ello / FALTA DE COMPETENCIA DE CONCEJOMUNICIPAL – Para crear la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté o fijar factores salariales

[L]a Ley 100, en su artículo 194, contempló que la prestación directa de los servicios de salud por parte de los entes territoriales se haría, principalmente, a través de empresas sociales del Estado, entregándole a los concejos municipales, para el caso precisamente de los municipios, la facultad para crearlas, sin establecer ningún límite para el efecto. Las limitaciones para la creación de este tipo de entidades públicas vinieron de la mano de la Ley 715 (2001), que en el parágrafo de su artículo 44, indicó que los municipios no podían asumir, directamente, nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, manteniendo la posibilidad de creación de estos entes a los municipios certificados a 31 de julio de 2001, que hubieran asumido con anterioridad la prestación de los servicios de salud y que quisieren continuar con ello. Estas limitaciones no fueron modificadas por el legislador sino con la expedición de la Ley 1176 (2007), norma que habilitó a los distritos y municipios que no hubieran asumido la prestación de los servicios para que lo hiciera, siguiendo para el efecto la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, la cual fue expedida con posterioridad a la expedición del acuerdo demandado, por lo que dicha habilitación no se encontraba vigente para dicha época. [...] Si bien, como se explicó anteriormente, de la lectura del parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 no se extrae que prohíba expresamente la creación de empresas sociales del Estado, la prohibición emerge de su lectura conjunta con los artículos 194 de la Ley 100 y 26 de la Ley 1122, pues siendo la creación de empresas sociales del Estado la única vía para prestar servicios de salud en forma directa, la prohibición de asumir directamente nuevos servicios de salud implica la prohibición de crear este tipo de entidades, la cual fue autorizada para aquellos municipios que estuvieran certificados a 31 de julio de 2001, que

con anterioridad hubieran asumido la prestación de los servicios de salud y que decidieran continuar con dicha prestación.

NOTA DE RELATORÍA. Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Tercera y Cuarta, de 3 de abril de 2013, Radicación 52001-23-31-000-1997-08582-01 (26.611), C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 25 de noviembre de 2014, Radicación 76001-23-31-000-2007-01330-02 (19377), C.P. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez; y de la Corte Constitucional C-953 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 49 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 332 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 175 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 194 / LEY 715 DE 2001 – ARTÍCULO 44 / LEY 1122 DE 2007 – ARTÍCULO 26 / LEY 1176 DE 2007 – ARTÍCULO 25 /

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 05 DE 2009 (5 de marzo) CONCEJO MUNICIPAL DE SIBATÉ (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00110-01

Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Demandado: MUNICIPIO Y CONCEJO MUNICIPAL DE SIBATÉ

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

Referencia: Nulidad del Acuerdo 5 de 5 de marzo de 2009, expedido por el Concejo del Municipio de Sibaté (Cundinamarca), por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado del Municipio de Sibaté

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto Gustavo Adolfo Borbón García, tercero interesado en el resultado del proceso, en contra de la sentencia del 19 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la cual se declaró no probada la excepción de

cosa juzgada propuesta por el Municipio de Sibaté (Cundinamarca) y se declaró la nulidad del Acuerdo 5 de 5 de marzo de 2009¹, expedido por el Concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca), en el trámite de la acción de nulidad presentada por el Departamento de Cundinamarca.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda²

El Departamento de Cundinamarca, obrando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la declaratoria de nulidad del Acuerdo Municipal nro. 05 del 2009, por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado, Municipio de Sibaté.

1.1. - Las normas violadas

El demandante consideró que los actos demandados transgredieron los artículos 6 y 49 de la Constitución Política, así como los artículos 43, 44, 54 y 65 de la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001³.

1.2.- El concepto de la violación

El demandante manifiesta que la Ley 715 no asignó a los municipios competencias en materia de prestación de servicios de salud, pues conforme al artículo 44 de dicha ley, sus funciones son de dirección del sector en el ámbito municipal, de aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud y de salud pública.

Indicó que el párrafo del citado artículo 44 prohibió a todos los municipios crear nuevas Empresas Sociales del Estado, independientemente de que hubieran sido certificados o de que hubieran asumido la prestación de los servicios de salud, por lo que:

¹ «POR MEDIO DEL CUAL SE CREA LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, MUNICIPIO DE SIBATÉ Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES»

² Folios 6-16, cuaderno principal.

³ «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».

«[...] es claro que el acto acusado, expedido con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 715 de 2001 (sic), vulnera manifiestamente lo dispuesto en el parágrafo del artículo 44 de dicho cuerpo legal, pues mediante él, es claro como el Concejo Municipal de Sibaté y el señor alcalde municipal el primero como cuerpo colegido del municipio, se permitió crear una Empresa Social del Estado para la prestación de los servicios de salud, aparece en esta forma evidente el desconocimiento de la prohibición contenida en dicha ley, dado que el municipio de Sibaté asumió directamente la competencia para la prestación de los servicios de salud, la cual le corresponde al Departamento según lo establecido en el artículo 43 ibídem y como lo ha venido haciendo bajo la Empresa Social del Estado “Mario Gaitán Yanguas” [...]

Sumado a lo anterior, el departamento de Cundinamarca resalta que el artículo 43.2.4 le asigna a ese ente territorial la competencia para organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de instituciones prestadoras de servicios de salud pública en el departamento, por lo que se infiere que:

«[...] [en] el ámbito departamental es el departamento quien determina la conveniencia técnica, administrativa y financiera de crear nuevas instituciones prestadoras de servicios de salud o de nuevos servicios al interior de las instituciones públicas, de tal forma que se garantice una oferta acorde a la demanda potencial y real por parte de la población de los territorios, pero lo supedita a que dicha oferta se realice en términos de costo y eficiencia que garantice el equilibrio financiero y operacional de la red de prestadores [...]»

El ente territorial encuentra que con la expedición del acuerdo enjuiciado se transgredieron los artículos 43.1.2, 43.2.3, 43.2.2, 44, 54 y 65 de la Ley 715 por cuanto «[...] la administración municipal de Sibaté pretende poner en funcionamiento la E.S.E. de primer nivel (sin incorporarse a la red pública departamental de Cundinamarca [...]).

Finalmente considera que el acuerdo demandado es violatorio del artículo 6 de la Constitución Política 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 Concejo Municipal, ni de la administración municipal al presentar su iniciativa, e incurrieron en violación de otras normas de carácter constitucional y legal [...]».

El departamento, posteriormente, se refirió a la incompetencia del Concejo municipal de Sibaté para proferir el acuerdo acusado, subrayando que se desconocieron las competencias que para la prestación de los servicios de salud,

están asignadas a los entes territoriales, toda vez que los municipios están imposibilitados para asumir directamente nuevos servicios de salud o para ampliar los existentes, recordando que para efectos de esa prestación, deben articularse con la red departamental. Adicionalmente explicó que:

«[...] De acuerdo con la norma en cita (se refiere al artículo 49 de la Constitución Política) se tiene que la atención a la salud es un servicio público que se encuentra a cargo del Estado, debiendo éste garantizar la organización, dirección y reglamentación del mismo, así como determinar, a través de la ley, las competencias de las entidades territoriales (Departamentos, Distritos, municipios y territorios indígenas. (Art 286 de la C.P.) En consecuencia con esta disposición, el artículo 311 de la Constitución Política consagra la obligación que le asiste a los municipios de prestar los servicios públicos que determine la ley, así como la de cumplir con las demás funciones que sean asignadas por la misma [...] Luego en ese orden, habiendo establecido como se encuentra por parte de la ley 715 del 2001 parágrafo del artículo 44, que ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes (sic), el concejo municipal de Sibaté carecía de competencia entonces para expedir el acuerdo municipal 05 del 2009, expedido aún después de haber entrado en vigencia la ley en cita desde el año 2001 [...]»

Finalmente, consideró que el acto se encuentra falsamente motivado por cuanto:

«[...] si bien allí en el texto de acuerdo (sic) se citan un sin número de disposiciones, toda ellas que en principio le podrían dar competencia al Concejo del Municipio en el marco de su autonomía para gestionar sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la Ley y en tal virtud el derecho de Gobernarse por autoridades propias y a ejercer las competencias que le correspondan, en el caso que nos ocupa, el acto se encuentra inmerso en la causal de falsa motivación dado que lo consignado en la parte motiva lo desvirtúa en la realidad el parágrafo del artículo 44 de la ley 715 (sic) del 2001, norma que de manera precisa les prohíbe a los municipios la creación de nuevas instituciones de servicios de salud como la creada por el Concejo de la ciudad de Sibaté [...]»

2.- La contestación de la demanda por parte del Concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca)⁴

El Concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca), en la oportunidad procesal correspondiente y mediante apoderado judicial, contestó la demanda solicitando que se desestimaran las pretensiones de la misma.

⁴ Folios 112-117, cuaderno principal.

La parte demandada, inicialmente, indica que la demanda se equivoca al invocar la violación del párrafo del artículo 44 de la Ley 715, por cuanto el acuerdo demandado no se fundó en la citada norma y sí en los artículos 49, 287, 311 y 313 de la Carta Política, en la Ley 10 de enero de 1990⁵, en los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 23 de diciembre 1993⁶, en los artículos 26 y 27 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007⁷ y en la sentencia C-953 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, proferida por la Corte Constitucional, explicando que:

«[...] Con fundamento en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 489 de 1998, las E.S.E son entidades descentralizadas por servicios y la facultad de su creación está en cabeza de los Concejos Municipales según se dispone en el artículo 313 numeral 6, de la Constitución Nacional, y para la época de la creación de la E.S.E de Sibaté se hizo teniendo como fundamento las normas que le dan origen como son la Ley 10 de 1990, Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, y la Ley 1176 de 2007 (sic) y no solo son ellas la fuente y fundamento sino que además sirvieron de motivación del acto objeto de debate.

De otro lado se recuerda que el Municipio no asume directamente la prestación del servicio o de nuevos servicios ni amplía ninguno, porque el Municipio nunca fue ni ha sido el prestador directo de los servicios de salud, siendo estas condiciones fácticas diferentes el Municipio de Sibaté no crea un establecimiento público, el Municipio crea por mandato legal una empresa social del estado.

Porque la Ley 715 como ley orgánica fue en su momento la que decretó Competencias a las entidades Territoriales por efectos de la Descentralización Territorial – diferente a la descentralización por servicios – Es de anotar que por mandato del decreto 1011 de 2006 corresponde al Departamento la inscripción de la E.S.E, en la correspondiente red [...]»

Posteriormente se refirió a la incompetencia de la autoridad administrativa para proferir el acuerdo demandado, resaltando que el Concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca) creó la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté (E.S.E – Municipio de Sibaté), siguiendo el numeral 6 del artículo 313 de la Carta Política que le atribuye a los concejos municipales la competencia para crear las empresas sociales del Estado municipales, lo anterior en concordancia con las leyes 10 de 1990, 100, 1122 y 1176 del 27 de diciembre de 2007⁸ y de

⁵ «[...] Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones [...]»

⁶ «[...] Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [...]»

⁷ «[...] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones [...]»

⁸ «[...] Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]».

acuerdo con la citada sentencia C-953 de 2007⁹ proferida por la Corte Constitucional.

Destacó el contenido de los artículos 194 y 195 de la Ley 100, indicando el primero que la prestación de los servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se haría principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, sometidas al régimen jurídico previsto en la misma Ley 100; y precisando el segundo el régimen jurídico aplicable a esas entidades públicas.

Hizo referencia a la Ley 1122, que en su concepto «[...] deroga lo que le sea contrario en la Ley 715 de 2001 [...]», en particular al artículo 26 que dispone que la prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas se hará a través de empresas sociales del Estado y que en cada municipio existirá una empresa social del Estado o una prestadora de servicios integrante de una empresa social del Estado.

Resalta que es tal la intención del legislador de fortalecer la descentralización por servicios que el artículo 27 de la Ley 1122 establece que «[...] Cuando por las condiciones de mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales podrán transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la población, en las condiciones y requisitos que establezca el reglamento [...]».

El concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca) intenta desvirtuar la argumentación expuesta en la demanda, explicando que:

«[...] detengámonos un momento para observar la Ley 715 de 2001; esta la ley orgánica (sic), en cuanto regula transferencias de recursos a las entidades territoriales y asigna competencias, en el art. 44 establecía competencias en salud a los municipios, y el párrafo del mismo artículo decía: 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; nótese que prohíbe la prestación de servicios de salud

⁹ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

de forma directa por los municipios; sin embargo, no prohíbe que la prestación de servicios se haga a través de Empresas Sociales del Estado; tanto así que acto seguido se establece que los Hospitales e IPS Municipales, deben ser transformadas en ESE [...] téngase en cuenta entonces el mandato vigente de la ley 1176 de 2007 que establece en su Artículo 25 lo siguiente: Prestación de servicios de salud. Modifíquese el artículo 25 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”, lo cual deroga el Parágrafo del Art. 44 de la ley 715 de 2001 que decía: [se cita] [...] este parágrafo fue derogado por el mandato particular del Parágrafo del Artículo 25 de la Ley 1176 de 2007 y derogado de manera integral por el artículo 36 de la misma ley 1176 que ordena: “Vigencia y Derogatorias. La presente ley rige a partir del 1º de enero de 2008 y deroga las disposiciones que le sean contrarias”. [...] Para poner fin a la discusión y conscientes que debe quedar absolutamente claro que la prestación de servicios asistenciales de manera directa por los Entes Territoriales estaba prohibido por la ley 715 de 2001 y aún está prohibido por el artículo 31 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 que establece: [...] es decir a través de instituciones como Hospitales, Policlínicos, Centros o Puestos de Salud que funcionan con Personal de la Planta del Ente Territorial – Departamento o Municipio – o se paga dicho personal asistencial y administrativo con cargo a los recursos del respectivo ente territorial; esto es lo que está prohibido, -reitero- tanto para el departamento como para municipios; de ahí que el legislador recurra a la CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, como la ESE de SIBATÉ [...]

Finalmente analizó el cargo de falsa motivación, insistiendo en que la creación de la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté no se fundó en la Ley 715 de 2001 y si en las Leyes 10 de 1990, 100 y 1122 y en los artículos 49, 287, 311 y 313 de la Constitución Política, así como en la sentencia C-953 de 2007¹⁰, proferida por la Corte Constitucional. Agregando que:

«[...] Con fundamento en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 489 de 1998, las E.S.E, son entidades descentralizadas por servicios y la facultad de su creación está en cabeza de los Concejos Municipales según se dispone en el artículo 313 numeral 6, de la Constitución Nacional, y para la época de la creación de la E.S.E, de Sibaté se hizo teniendo como fundamento las normas que la dan origen (sic) como son la Ley 10 de 1990, Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, y la Ley 1176 de 2007 y no solo son ellas la fuente y fundamento sino que además sirvieron de motivación del acto objeto de debate [...]».

¹⁰ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

3.- La contestación de la demanda por parte del alcalde del municipio de Sibaté (Cundinamarca), señor José Domingo Gutiérrez Alarcón¹¹

El alcalde del municipio de Sibaté (Cundinamarca), señor José Domingo Gutiérrez Alarcón, en la oportunidad procesal correspondiente, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma.

La parte demandada destaca que el acuerdo demandado se fundamenta en el artículo 313 de la Carta Política, y en las leyes 10 de 1990, 100, 1122 y 1176 y el Decreto 1876 de 1994 y no en la Ley 715. Agrega que:

«[...] El demandante sigue obstinado y equivocado de manera voluntaria o involuntaria al querer señalar lo que no ha dicho la norma, porque el parágrafo del citado artículo 44, no prohíbe ni autoriza la creación de nuevas entidades, este de manera textual dice “Ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes” textos totalmente diferentes al citado desde la óptica jurídica o gramatical, porque una cosa es asumir directamente por parte del ente territorial – Municipio – nuevos servicios de salud o ampliar los existentes y otras es crear una entidad para el caso una E.S.E. [...]»

Adicionalmente, explica que la Ley 1122, en su artículo 26, estableció que la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades públicas, entre las cuales han de contarse a los municipios, debe hacerse a través de una empresa social del Estado, lo cual:

«[...] necesariamente en principio obliga a que los municipios que prestan el servicio, para poder continuar prestando el servicio deben transformarse en una ESE, las IPS o crearla y articulara a ella (sic) las unidades prestados del servicio (sic) [...] si no cuenta con una Empresa Social del Estado para prestar el servicio, puede crearla en cumplimiento del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007 ya que como se reitera este ordenó que “en cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE”, sin que haya el legislador precisado que basta con que en el municipio exista una ESE pública de orden nacional o departamental, que además pueden ser varias, para tales entes territoriales no existió una limitante en cuando se refirió el legislador a que en cada municipio existirá una ESE es que tal ESE será del respectivo municipio [...]»

¹¹ Folios 155-166, cuaderno principal.

Encuentra que el artículo 27 de la Ley 1122, permite a los municipios crear empresas sociales del Estado, conforme el principio de autonomía territorial y como lo indicó la sentencia C-953 de 2007¹², proferida por la Corte Constitucional.

El ente territorial demandado también dá cuenta de la expedición de la Ley 1176, que en su artículo 25 establece que los distritos y municipios que no hayan asumido la prestación de los servicios de salud podrían hacerlo si cumplen con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno, «[...] reglamentación esta que atañe a aspectos meramente técnicos y formales como lo han sostenido la Corte Constitucional en la Sentencia C-953 de 2007; aunque para efectos de la Reglamentación de Creación y Funcionamiento de las ESE, la normatividad pertinente se halla expedida y es vigente. [...]».

La parte demandada alegó, posteriormente, la existencia del fenómeno de cosa juzgada por cuanto el departamento de Cundinamarca acudió a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para que fueran estudiadas las observaciones que realizó en contra del Acuerdo 05 de 2009.

Este trámite, identificado con el número 25000-23-24-000-2009-00169-01, se surtió ante la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y culminó con la sentencia del 10 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Fredy Ibarra Martínez, mediante la cual se consideró:

«[...] que “(...) no existe violación del parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, en la mediada en que (sic), dicha disposición legal consagra que los municipios certificados a 31 de julio de 2001, que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán seguir haciéndolo si cumplen con la correspondiente reglamentación, en tanto que, el ataque de legalidad esgrimido por la Gobernación de Cundinamarca radica en que, para la creación de una empresa social del (sic) para la prestación del servicio de salud, aspecto este que no fue previsto en dicha norma, pues en ella no se contemplan las exigencias requeridas para crear una ESE” [...] “Por consiguiente, las observaciones presentadas en contra del acuerdo 05 de 2009 [...] se declararán infundadas, pues, no existe la alegada violación de las normas indicadas como vulneradas, en los términos expuestos en el capítulo del escrito presentado por la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca [...]»

Para el ente territorial existe identidad de objeto y de causa pues, en su entender, la petición es la misma, esto es, la solicitud de nulidad del Acuerdo 05 de 2009, y

¹² Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

los fundamentos jurídicos sustento de la petición son igualmente los mismos, esto es, que se violó el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715.

4.- La intervención del señor Gustavo Adolfo Borbón García, gerente encargado de la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté, E.S.E Municipio de Sibaté¹³

El señor Gustavo Adolfo Borbón García, actuando como gerente encargado de la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté, E.S.E Municipio de Sibaté, en la oportunidad procesal correspondiente, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma¹⁴.

Se refirió, en primer lugar, al concepto de violación formulado en la demanda explicando que la misma se funda en una interpretación errónea del parágrafo del artículo 44 de la Ley 715, pues en su concepto, lo que prohíbe la norma es que los municipios presten en forma directa los servicios de salud, pero:

«[...] no prohíbe que los municipios presten servicios a través de Empresas Sociales del Estado; luego entonces dicha norma en modo alguno prohíbe la creación de Empresas Sociales del Estado – ESE – que es lo que pretende hacer valer el actor pero que no es expresamente lo que dice ese parágrafo; lo cual es obvio, pues la facultad e institucionalidad de crear ESE es de rango constitucional y está reglamentada por el legislador a través de las leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998 (anteriores a la ley 715/01) y de las leyes 1122 y 1177 de 2007 (posteriores a la ley 715/01) [...]»

Para el interviniente, la creación de empresas sociales del Estado por parte de los municipios es autonomía de los entes territoriales, independientemente de si los municipios están o no certificados o si estos han asumido o no la prestación de los servicios de salud, por lo que, en su concepto, el acuerdo demandado no riñe con el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715, por cuanto:

«[...] primero, porque NO es cierto que dicho parágrafo rece que prohíbe la creación de Empresas Sociales del Estado; segundo, las leyes 1122 y 1176 de 2007 (posteriores a la 715/01) en las que se fundamentó el Acuerdo, establecen cosa contraria a lo afirmado por el

¹³ Folios 119-128, cuaderno principal.

¹⁴ Mediante auto del 9 de diciembre de 2011 (folios 188-189, cuaderno principal) el magistrado instructor del proceso en primera instancia, doctor Fredy Ibarra Martínez, decidió «[...] en atención al escrito del 28 de octubre de 2011 visible en los folios 119 a 128 del cuaderno principal del expediente **téngase** a la Empresa Social del Estado de I Nivel de Sibaté – ESE Municipio de Sibaté como tercero interesado en las resulta [...]»

actor; tercero, porque ni el Concejo ni el Alcalde desconocieron prohibición alguna pues tal prohibición manifestada en la demanda era inexistente a la hora de aprobar y sancionar el Acuerdo y tercero (sic), porque NO ES CIERTO que se violen los artículos 43.1.2, 43.2.2, 44, 54 y 65 de la ley 715 de 2001 – como dice el accionante (Inciso 2º, folio 4 de la demanda) al manifestar que (se cita) [...] ya que como producto del Acto Administrativo controvertido por el Actor, es la propia Secretaría Departamental de Cundinamarca a quien compete y corresponde integrarla a la red pública del departamento cuando proceda al respectivo registro en el Registro Especial de Prestadores de Salud – REPSS – del Ministerio de la Protección Social, trámite éste posterior a la Habilitación por parte del prestador (la ESE) y que en nada afecta la legalidad del Acuerdo demandado [...]»

El señor Borbón García, a su turno, destaca que el acuerdo demandado no viola el artículo 6 de la Carta Política, como lo afirma el demandante, pues es la propia Constitución Política la que le otorga a los concejos municipales la facultad de crear empresas sociales del Estado, lo cual refuerza citando la sentencia C-408 de 1994, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, proferida por la Corte Constitucional.

Para el interviniente la regulación vigente no es el parágrafo 44 de la Ley 715, sino el artículo 25 de la Ley 1176, disposición que:

«[...] Sí faculta a los municipios que no hayan asumido la prestación de los servicios de salud, para que puedan hacerlo y iii). Se presente una gran diferencia: El parágrafo del Art. 44 decía: “directamente” mientras que el Art. 25 NO dice “directamente”; lo cual es lógico y consecuente con la unidad del ordenamiento legal y jurídico (Ley 1122 de 2007), porque “directamente”, se refiere a no poder prestar servicios a través de hospitales, centros de salud, puestos de salud, policlínicos, etc., pertenecientes a las plantas globales de los municipios como ocurría antes de la Ley 715; a hoy y en virtud del Artículo 26 Ley 1122 y del artículo 25 de la ley 1176/06, los municipios SI pueden prestar servicios de salud, pero únicamente a través de EMPRESA SOCIALES DEL ESATADO (sic) - ESE - que son entidades descentralizadas por servicios independientes de la entidad territorial; así las cosas, el Acuerdo No. 05 de marzo 5 de 2009 [...] no es contrario ni a la constitución ni a la ley [...]»

En cuanto al cargo de incompetencia del Concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) para proferir el acuerdo demandado, el interviniente manifiesta que es este ente el que constitucionalmente tiene la facultad para crear empresas sociales del Estado en el nivel municipal, lo cual va en consonancia con las sentencias C-408 de 1994, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; C-953 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; C-1112 de 2001,

Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; y C-1114 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, todas proferidas por la Corte Constitucional.

El señor Borbón García considera, adicionalmente, que el acuerdo no está falsamente motivado puesto que el artículo 44 de la Ley 715 le prohibió a los municipios prestar directamente servicios de salud, pero no crear empresas sociales del Estado. Además, la creación de la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté, E.S.E Municipio de Sibaté, se encuentra fundamentada en las leyes 10 de 1990, 100, 1122 y 1176, en consonancia con la sentencia C-953 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, proferida por la Corte Constitucional.

5.- La sentencia de primera instancia proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁵

La Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 19 de abril de 2012, decidió no tener por probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el municipio de Sibaté (Cundinamarca) y declaró la nulidad del Acuerdo 05 de 2009, proferido por el Concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca).

Frente a la excepción propuesta por el municipio de Sibaté (Cundinamarca) consistente en que había operado el fenómeno de la cosa juzgada por cuanto ante la misma Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se adelantó un proceso de control de legalidad por vía de observaciones en contra del citado acuerdo por la violación del artículo 44 de la Ley 715, la autoridad judicial explicó:

«[...] 2. Excepciones: [...] La providencia en la que el demandado fundamentó la excepción de cosa juzgada en la presente acción de nulidad es la sentencia de la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 10 de septiembre de 2009, en el proceso con radicación número 25000-23-24-000-2009-00169 con ponencia del doctor Fredy Ibarra Martínez, proferida como conclusión de un juicio de legalidad por la vía del trámite de observaciones, que al ser comparada con el objeto y causa de la acción de nulidad bajo análisis, se tiene lo siguiente: [...] En ese sentido, es claro que el objeto y la causa de los procesos a que se hizo alusión son los mismos pero, parcialmente, esto es, únicamente en cuanto tiene que ver con el juicio

¹⁵ Folios 271-308, cuaderno principal.

de legalidad del Acuerdo Municipal 05 de marzo de 2009 por la presunta vulneración del párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001; **sin embargo, la Sala encuentra que las causas que motiva dicho juicio de legalidad en este otro asunto son diferentes. [...] En efecto, el proceso de observaciones con radicación número 250002324000200900169-01 el fundamento de la censura propuesta por el actor se refiere a que la Empresa Social del Estado municipio de Sibaté no se encontraba inscrita en el Registro Especial de Prestadores de Salud del Departamento de Cundinamarca, asimismo, que dicha empresa no estaba debidamente certificada para la prestación del servicio. [...] Por su parte, en el presente proceso de nulidad el concepto de violación se circunscribe a la capacidad de los municipios para crear empresas sociales del Estado cuyo objetivo sea la prestación de los servicios de salud, toda vez que, a su juicio, los municipios no pueden asumir de manera directa la prestación de este tipo de servicios de conformidad con el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001; en otros términos, se discute la ausencia de competencia para la expedición del acto administrativo demandado. [...] De todo lo anterior, la Sala advierte que la excepción de cosa juzgada no se encuentra probada, puesto que en las acciones en mención no se presenta la identidad de causa, que, como fue estudiado previamente, es un requisito indispensable para la configuración de esa excepción procesal. [...]**»

La Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, luego de resolver la excepción alegada, descendió al análisis de los cargos formulados por el departamento de Cundinamarca.

En primer lugar, estudió la acusación consistente en que el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) carecía de competencia para proferir el acuerdo demandado. Luego de citar el numeral 1 del artículo 313 de la Constitución Política, el artículo 194 de la Ley 100, el párrafo del artículo 44 de la Ley 715, el artículo 26 de la Ley 1122, el artículo 25 de la Ley 1176 y el Decreto 4973 del 23 de diciembre de 2003¹⁶, señaló lo siguiente:

«[...] Ahora bien, de las normas transcritas se tiene que, a pesar de que el concejo municipal en principio tenía la atribución de crear Empresas Sociales del Estado como mecanismo para garantizar la prestación del servicio público de salud, **cabe aclarar que de conformidad con el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 dicha facultad quedó eliminada, no obstante el párrafo del artículo 45 de la Ley 715, modificado por el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007, se dio la posibilidad excepcional de que los municipios asuman directamente la prestación de los servicios de salud siempre y**

¹⁶ «[...] 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 [...]

cuando cumplan con la reglamentación que expida el gobierno nacional. [...] Aquella reglamentación está contenida, como ya se indicó, en el Decreto Nacional 4373 que entró en vigencia el día 23 de diciembre de 2009 [...] 6) De conformidad con lo anterior, la Sala observa **que el Acuerdo Municipal No. 05 de marzo de 2009 expedido por el Concejo municipal de Sibaté crea la Empresa Social del Estado con el objetivo de cumplir con las funciones, actividades y acciones inherentes a la prestación de servicios de salud definidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud [...]** En consecuencia, se encuentra que el concejo municipal expidió el acuerdo en mención cuando no se encontraba vigente la reglamentación sobre la materia, y por lo tanto no podía crear la Empresa Social del Estado de primer nivel de atención Sibaté con el objeto de prestar los servicios de salud, máxime si se tiene en cuenta que el municipio tampoco se encuentra certificado para la prestación de dicho servicio, con lo que queda demostrada la vulneración de las normas invocadas por el actor, motivo por el cual el cargo está llamado a prosperar. [...]

En segundo lugar, analizó el cargo de falsa motivación que se hace consistir en que los fundamentos normativos en que se sustentó la expedición del acto administrativo demandado son desvirtuados por el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, destacando que:

«[...] 2) Conforme a lo estudiado en la solución del primer cargo, esto es, lo concerniente a la violación por incompetencia de la entidad que profirió el acto, la Sala hace remisión y reitera, en lo pertinente, lo analizado sobre el tema con ocasión de resolver dicho primer cargo de nulidad; por lo tanto, **el presente motivo de censura está llamado a prosperar, como quiera que para el momento de la expedición del acuerdo municipal no se encontraba vigente la normatividad pertinente que reglamentaba la facultad excepcional para que este tipo de entes territoriales puedan prestar de forma directa los servicios de salud a través de la creación de empresas sociales del estado (sic).** [...] Así las cosas, como quiera que fue demostrada la violación de las disposiciones invocadas en la demanda como fundamento de los cargos de nulidad esgrimidos, y se acreditó la falta de competencia de la entidad así como la falsa motivación en el acto acusado, se impone acceder a las súplicas elevadas por la parte actora, pues la presunción de legalidad que ampara el acuerdo municipal demandado fue desvirtuada. [...]

6.- El recurso de apelación presentado por el señor Gustavo Adolfo Borbón García, tercero interesado en el resultado del proceso¹⁷

El señor Gustavo Adolfo Borbón García, inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de

¹⁷ Folios 309-313, cuaderno principal.

apelación a fin de que se revoque la decisión judicial y, en su lugar, se desestimen las pretensiones de la demanda, de acuerdo con los siguientes argumentos:

«[...] I- No compartimos el fallo proferido, por cuanto la decisión no atiende en derecho la excepción de cosa juzgada incoada; la que a su vez ha de prosperar en razón a lo que se expondrá y previo lo siguiente: [...] 1. En cuanto al primer cargo, por la incompetencia de la corporación que profirió el acto demandado; No es cierto lo inculpado por la parte actora y sí por el contrario, el Concejo Municipal es la autoridad competente para tales fines; por lo siguiente: [...] a. El artículo 194 de la ley 100 (sic) de 1993, estableció: (se cita) [...] b. La Corte Constitucional, ha sido enfática en la Sentencia C-953/07, la que determina que “... a nivel territorial, dado que Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, conforme al artículo 1° de la Constitución, la creación de las empresas prestadoras de salud a [...] c. cargo del Estado compete al órgano de representación popular en cada nivel territorial, como lo indican los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Carta, ya que a los departamentos y municipios corresponde, en ejercicio de su autonomía, la prestación del servicio público de salud en los términos que establezca la Constitución y la ley (Art. 298, 300-10, 311 y 313-10)”

[...]

2. En cuanto al segundo cargo, referente a la falsa motivación, tampoco es cierto; máxime cuando el Acuerdo demandado se sustenta en la constitución, en la ley y bajo el Amparo de la Corte Constitucional según lo determinado por esta en la sentencia C-953/07 (antes citada) y: [...] a. El Parágrafo del Artículo 44 de la ley (sic) 715 de 2001 en ninguno de sus apartes establece la prohibición a los Concejos Municipales de crear Empresas Sociales del Estado de Orden Municipal. [...] b. Dicho parágrafo se refiere a no prestar servicios de salud directamente, pero en ningún momento establece la prohibición que los municipios creen su Empresa Social del Estado.

[...]

II. No compartimos en la providencia recurrida que el Tribunal haya desatendido en derecho, la excepción de cosa juzgada pretendida; por cuanto se dan los presupuestos necesarios para que sea considerada con el peso y la validez jurídica que le asiste; de acuerdo a lo siguiente: [...] a. En la sentencia del 10 de septiembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en el proceso No. 25000232400020090016901, Magistrado ponente, Dr. Fredy Ibarra Martínez –el mismo magistrado objeto hoy de la presente apelación- se identifican: los mismos sujetos procesales (Gobernación de Cundinamarca y el Concejo Municipal de Sibaté); el mismo objeto y la misma causa; pues el actor pretendía que el Acuerdo acusado era violatorio del parágrafo de Artículo 44 de la ley (sic) 715 de 2001 [...] b. La *ratio decidendi* de la sentencia primaria invocada determinó que “no existe violación del parágrafo del artículo 44 de a ley (sic) 715 de 2001, en la medida en que dicha disposición legal consagra que los municipios certificados a 31 de julio de 2001, en la medida en que dicha

disposición legal consagra que los municipios certificados a 31 de julio de 2001, que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán seguir haciéndolo si cumplen con la correspondiente reglamentación, en tanto que, el ataque de legalidad esgrimido por la Gobernación de Cundinamarca radica en que, para la creación de una empresa social del estado (ESE) (sic), la misma debía estar previamente certificada para la prestación del servicio de salud, aspecto que no fue previsto en dicha norma, pues, en ella no se contemplan las exigencias requeridas para crear una ESE". (negrilla en el texto Mia) (sic) [...] c. En tal sentido, si ya en una ocasión fue pretendido que se declarara que el Acuerdo demandado era violatorio del mentado párrafo y el tribunal en sentencia debidamente ejecutoriada determinó que NO violaba la norma acusada; dicha decisión da tránsito a cosa juzgada y resulta evidentemente antijurídico que una segunda oportunidad se contradiga lo instituido; máxime cuando el propio y mismo magistrado ponente expresa (a folio 31 del fallo apelado) que "En ese sentido, es claro que el objeto y la causa de los procesos a que se hizo alusión son los mismos; aunque para justificar el fallo se diga que parcialmente; ya que se observa que evidentemente, el mismo idéntico caso ya fue objeto de decisión y ésta – reitero – es cosa juzgada. [...] d. En definitiva, el fundamento de las dos demandas presentadas por la Gobernación de Cundinamarca contra el Acuerdo mencionado, son el mismo Párrafo del Artículo 44 de la ley 715 y como usted mismo lo expresa en el fallo; no tiene relación dicho párrafo con la creación de Empresas Sociales del Estado. [...]»

Cabe mencionar que, mediante el auto del 28 de enero de 2014, el magistrado sustanciador del proceso (doctor Marco Antonio Velilla Moreno) decidió admitir el recurso de apelación «[...] interpuesto por la apoderada de la parte demandada [...]» y decidió no aceptar la reforma del recurso de apelación presentada el 19 de noviembre de 2012 por contravenir el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo¹⁸.

1.7.- Solicitud de coadyuvancia presentada por los señores José Uriel González Vargas, Miryam Melo Ávila, Yurani Angélica Acuña Garzón, César Iván Ochoa Bello, Julieth Esmeralda Montoya, Nelson Efrén Cajamarca López, Omar Giovanni Ramírez Bojacá, Luís Eduardo Zárate, Jairo Augusto Garzón Ramírez, Edilberto Montoya Sosa, Arcenio Posada González, Lyda Mireya Castañeda Pineda, Edson Erasmo Montoya, Olga Esperanza Castiblanco, Ángela Mireya González, Luz Marleny Páez Tequia, Lida Yamile González Garzón, John Fernando Páez Tequia, María Romelia Bello Jiménez, Deyanira Mateus Mendivelso, Nidia Alejandra Ramírez Velandia, Carlos Andrés Rivas Páez, Fernando Castañeda Garzón, Luís Johnson Pardo Díaz, María Matilde Martínez Arias, Sofía Consuelo Simbaqueba Guáqueta,

¹⁸ Folio 43-45, cuaderno del Consejo de Estado.

Jaqueline Simbaqueba Guáqueta, Jorge Enrique González, Yesid Parmenio Martínez, Oscar Jiménez González, Ana Yolanda Bermúdez, Rubelio Bello Jiménez, Flor Estela González, Floriza Gutiérrez Vargas, Olga Castañeda Pineda, Ana Marisol Martín, Andrés Yesid Rojas, Olga Yaneth Chaves, Rosa Elvira Rotiva, Nubia Stella Chávez, Diego Lasso Loaiza, Carolina Adames, Sergio Armando Adames, Blanca Lilia Ramírez, Víctor Manuel Pardo Moreno, Yirley Carolina Sosa, Elizabeth Guáqueta Vargas, Milton Esteban Rodríguez, Lilia Mary Urrego Rodríguez, Marco Aurelio Garzón, Mike Gabriel Buitrago Ramírez, Marlén Rocío Ayala Bohórquez y Cristóbal Ramírez Garzón¹⁹

Los ciudadanos mencionados anteriormente presentaron «[...] Coadyuvancia dentro del Recurso de apelación del Proceso de Simple Nulidad [...]», solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia y, en su lugar, que declarara la legalidad del Acuerdo 05 de 2009, expedido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca).

Mediante providencia del 28 de enero de 2014, el magistrado ponente de este proceso (doctor Marco Antonio Velilla Moreno), resolvió tener a los ciudadanos citados como coadyuvantes, en la medida en que dicha coadyuvancia fue formulada dentro de la oportunidad prevista en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo.

Los coadyuvantes de la parte demandada no están de acuerdo con la sentencia de primera instancia, en primer lugar, porque encuentran que se desatendió la existencia del fenómeno de la cosa juzgada puesto que:

«[...] 1. Los sujetos de las demandas son los mismos, por un lado la Gobernación de Cundinamarca y por el otro el Concejo Municipal de Sibaté. [...] 2. El Objeto de las Demandas es en esencia es el mismo, ya que en ambas se pretende que el Acuerdo No. 05 de marzo 5 de 2009 expedido por el Concejo de Sibaté se anule.[...] 3. La causa: La invocación de la norma violada que sirvió de fundamento en las demandas es la misma, el párrafo del Artículo 44 de la Ley 715 de 2001 [...] 4. La RATIO DECIDENDI de la sentencia primaria del 10 de septiembre de 2000, el Tribunal estableció que: (se cita) [...] 5. Se está de acuerdo con el acápite anterior razonado por el Tribunal en la sentencia primaria en el entendido que el párrafo del Artículo 44 de la ley 715 de 2001 (norma invocada por el actor como violada) de ninguna manera prohíbe la creación de Empresas Sociales del Estado [...] Por lo tanto, al reunirse los requisitos para que se configure la excepción de

¹⁹ Folios 24-35, cuaderno Consejo de Estado.

cosa juzgada, ésta ha de ser atendida por el Consejo de Estado y deberá entonces fallarse en términos de ser reconocida y considerada como probada [...]».

Frente al cargo relativo a la falta de competencia del Concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) para expedir el acuerdo demandado, los intervinientes no están de acuerdo con lo decidido por la primera instancia, toda vez que, en su concepto, se fundamentó en normas que no fueron invocadas por el actor como violadas, como el Decreto 4973 de 2009, reglamentario del artículo 25 de la Ley 1176.

Los coadyuvantes, en relación con el vicio de falsa motivación que se le endilga al decreto demandado, consideran que la decisión judicial se sustentó en normas que no fueron invocadas por el actor como violadas, «[...] pues, como se observa, su decisión se sustenta en el Decreto Nacional 4973 de 23 de diciembre de 2009, reglamentario del art. 25 de la ley 1176 de 2007 (sic). Lo cual es improcedente [...]», además de reiterar que el decreto mencionado «[...] no hace parte en la demanda de las normas invocadas como violadas y como él mismo lo establece, es posterior a la creación de la ESE; a sabiendas que no puede aplicar normas sin vigencia [...]», por lo que encuentran que el fallo de primera instancia carece de legalidad por transgredir el principio de irretroactividad.

8.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público

Mediante auto del 21 de julio de 2014²⁰, el magistrado sustanciador del proceso ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

La Gobernación de Cundinamarca presentó sus alegatos de conclusión²¹ defendiendo la sentencia de primera instancia en cuanto acogió las pretensiones de la demanda de nulidad del Acuerdo 05 de 2009, expedido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca), acogiendo los razonamientos expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁰ Folio 50, cuaderno Consejo de Estado.

²¹ Folios 51-56, cuaderno Consejo de Estado.

El señor Gustavo Adolfo Borbón García reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el agente del Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal²².

9.- La solicitud de prelación de fallo y la decisión adoptada por esta Sección

Esta Sala considera de la mayor importancia resaltar que mediante decisión del 25 de agosto de 2016²³, le confirió prelación al trámite y decisión de este proceso judicial en la medida en que encontró que las razones invocadas en las solicitudes presentadas por el doctor Álvaro Escobar Gil, Fiscal 14 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y por la doctora Luz Marina Echeverry Cepeda, Procuradora 171 Judicial II Penal, se subsumen dentro de los supuestos previstos en el artículo 16 de la Ley 1285 de enero 22 de 2009²⁴.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El acto administrativo demandado

Lo es el Acuerdo Municipal 05 de 5 de marzo de 2009, «POR MEDIO DEL CUAL SE CREA LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, MUNICIPIO DE SIBATÉ Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES», expedido por el Concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca)²⁵, cuya parte resolutive es del siguiente tenor²⁶:

«[...] ACUERDA: [...] ARTÍCULO 1º: [...] Créese la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN SIBATÉ; 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, sometida al régimen previsto en el la (sic) constitución y la ley. [...] ARTÍCULO 2 Denominación: Habrá una Institución Prestadora de los Servicios de Salud en el municipio de Sibaté, que funcionará como Empresa Social del Estado (ESE) del orden descentralizado, adscrita al municipio de Sibaté, se denominará “EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN SIBATÉ” y se distinguirá con la sigla “E.S.E.- MUNICIPIO DE SIBATÉ”, como en adelante a lo largo de este Acuerdo se designará [...] ARTÍCULO 3º: “ESE – MUNICIPIO DE SIBATÉ” – cumplirá con las funciones, actividades y acciones inherentes a la prestación de servicios de salud definidos en el Sistema

²² Folios 57-64, cuaderno Consejo de Estado.

²³ Folios 91-95, cuaderno Consejo de Estado.

²⁴ «Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia».

²⁵ Folios 42-51, cuaderno Consejo de Estado.

²⁶ El acuerdo demandado cuenta con 38 artículos en su parte resolutive, por lo que se transcriben los primeros cuatro artículos.

General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), 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 (CNSSS) y a las normas que a posterioridad las sustituyan o modifiquen o adicionen la materia [...] ARTÍCULO 4º: OBJETO. El Objeto de la “E.S.E – MUNICIPIO DE SIBATÉ” 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 Salud [...]»

2.- El problema jurídico

Son tres los problemas jurídicos que esta Sala deberá resolver en relación con el presente asunto. El primero será determinar si se configuró el fenómeno de la cosa juzgada, por cuanto el apelante insiste en que la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia de 10 de septiembre de 2009, ya decidió la controversia que en este proceso se está decidiendo.

El segundo consistente en determinar si el Concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) expidió el Acuerdo 05 de 2009, careciendo de competencia para el efecto y, por ende, desconociendo los artículos 6º y 49 de la Constitución Política y los artículos 43, 44, 54 y 65 de la Ley 715, normas que el actor señaló como violadas por dicha autoridad administrativa.

El tercero se contrae a determinar si el Acuerdo 05 de 2009 se encuentra falsamente motivado en la medida en que no tuvo en cuenta en su expedición los artículos 6 y 49 de la Constitución Política y los artículos 43, 44, 54 y 65 de la Ley 715, normas que la parte demandante indicó como transgredidas por el Concejo del Municipio de Sibaté (Cundinamarca).

3.- El análisis de los problemas jurídicos y de los cargos formulados en el recurso de apelación

3.1.- Primer problema jurídico a resolver: La existencia del fenómeno de la cosa juzgada en el presente asunto

El fenómeno de la cosa juzgada se encontraba regulado en los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, cuyo contenido es el siguiente:

«[...] **ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos.

La sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes.

Los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se regularán por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión [...]»

«[...] **ARTICULO 175. COSA JUZGADA.** El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:» La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios [...]»

En relación con el fenómeno de la cosa juzgada, esta Corporación ha indicado que:

«[...] Pues bien, en cuanto al fenómeno de la cosa juzgada²⁷, cabe advertir que se le ha asimilado al principio del <<*non bis in ídem*>> y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltos a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, goza de plena eficacia jurídica, por ello la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado. [...]»²⁸

También ha señalado que:

«[...] Sobre la cosa juzgada, ha dicho la Corte Constitucional²⁹ que es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquellas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto.

El fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales³⁰.

La cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada³¹.

El fenómeno de la cosa juzgada opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior.

Como tal, dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica [...]»³²

²⁷ Se reiteran en este punto las consideraciones efectuadas por la Subsección, mediante sentencias de 18 de julio de 2012, expedientes 20.079 y 19.205 y de 16 de agosto de 2012, expediente 21.985, entre otras providencias.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCION A. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., abril tres (3) de dos mil trece (2013). Expediente: 520012331000199708582 01 (26.611). Actor: María del Carmen Palma y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa [...]»

²⁹ Sentencia C_522 de 2009.

³⁰ Sentencia C-543 de 1992

³¹ Ídem 11

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Bogotá D.C. veinticinco (25) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación: 760012331000200701330 02 (19377). Demandante: HERNANDO MORALES PLAZA. Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL Y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. Asunto: Nulidad Ordenanza 219 de octubre 11 de 2006

Tanto el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil como el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo fueron derogados por el Código General del Proceso (Artículo 303) y por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Artículo 189).

Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sección B, en la sentencia del 19 de abril de 2012, Magistrado Ponente: Fredy Ibarra Martínez, analizó la existencia del fenómeno de la cosa juzgada bajo los lineamientos de los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y 175 del Código Contencioso Administrativo, normas aplicables a la controversia, por lo que le corresponde a la Sala verificar si, a la luz de dichas disposiciones legales, se configuró o no tal fenómeno.

La doctrina³³ ha indicado que para que opere este fenómeno se requiere de la presencia de los siguientes elementos:

«[...] 1.- Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada. Si en el primer proceso la sentencia no está ejecutoriada, no opera la excepción de cosa juzgada sino la de pleito pendiente, que es previa y cuyos requisitos son fundamentalmente los mismos de la excepción de cosa juzgada; sólo se diferencian en que el pleito pendiente supone la no terminación del primer proceso, en tanto que la cosa juzgada, al basarse en el fallo ejecutoriado, parte de la finalización de aquel, tal como ya se explicó al estudiar la excepción previa.

2.- Que ese nuevo proceso sea entre una mismas partes, o, como lo anota el art. 332, que “haya identidad jurídica de partes”.

[...]

3.- Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto (art. 332). Tal como lo dice con particular acierto la Corte, “el objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia”, que son precisamente los puntos sobre los cuales versa la parte resolutive de la sentencia; Devis señala que el “objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso”.

Ampliamente tratado por la doctrina debido a su importancia, el concepto de objeto del proceso resulta esencial entre otros muchos aspectos para precisar la existencia de la cosa juzgada; numerosas son

³³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Tomo I, Bogotá D.C., DUPRE Editores, 2009. Páginas 646-648.

las teorías que pretenden explicar cuál es la noción, y vívido ejemplo de ellos son las posiciones de la Corte Suprema de Justicia y de uno de los redactores del Código, pues mientras la entidad que se encuentra en las pretensiones, el segundo lo ubica en la sentencia.

En realidad las dos posiciones son acertadas porque el objeto del proceso no sólo se encuentra en las pretensiones, lo cual equivale a aceptar que igualmente debe buscarse en los hechos en que aquellas se apoyan, sino también en lo decidido en la sentencia y es por eso que en orden a precisar si existe el mismo objeto en el nuevo proceso deben estudiarse los hechos, pretensiones y sentencia del anterior para confrontarlo con los hechos y pretensiones del segundo a fin de precisar si existe identidad y, caso de darse los otros requisitos, declarar la existencia de la cosa juzgada.

4. Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior. La causa es la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia. Esos motivos, por disposición del art. 76, deben aparecer expresados en toda demanda y surgen de los hechos de ella por cuanto de su análisis es como se puede saber si en verdad existe identidad de causa [...]»

La providencia sobre la cual se edificó la existencia del fenómeno de la cosa juzgada es la sentencia de 10 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en el trámite de las observaciones presentadas por la secretaria jurídica encargada de la Gobernación de Cundinamarca, en contra del Acuerdo 05 de 2009, expedido por el Concejo del Municipio de Sibaté (Cundinamarca)³⁴.

En la mencionada providencia judicial se indicó que las normas legales quebrantadas por el Concejo municipal, al expedir el acuerdo censurado eran las siguientes:

«[...] Señala la entidad observante como presuntamente vulneradas las disposiciones contenidas en el artículo 44 de la ley 715 de 2001 y en el decreto reglamentario 027 de 2003 [...] Sobre el punto, es importante advertir que, si bien la entidad observante aduce como vulnerado el artículo 44 de la ley 715 de 2001, lo cierto es que, en el concepto de la violación hace referencia únicamente al párrafo de dicha norma. [...] Igual situación se presenta en cuenta tiene que ver con la supuesta vulneración del decreto 27 de 2003, pues, la parte actora no indica que específicas normas que estima vulneradas, limitándose a hacer mención de manera general y abstracta de dicha disposición reglamentaria, pero, en el capítulo denominado: "Concepto de la Violación", transcribe sólo los incisos primeros de los artículo 1° y 2° (sic) de dicha normativa, y el artículo 3° ibídem. [...]»

³⁴ Folios 191-216, cuaderno principal.

Sintetizó los fundamentos de la censura de la siguiente forma:

«[...] 1) La Empresa Social del Estado Hospital de Sibaté no se encuentra inscrita en el Registro Especial de Prestadores de Salud del Departamento de Cundinamarca, según lo certificó la Secretaría de Salud Departamental [...] 2) Asimismo, dicha empresa no se encuentra debidamente certificada para la prestación del servicio [...]»

Como lo indicó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, si bien el objeto del trámite de observaciones y la presente acción de nulidad es el de censurar la legalidad del Acuerdo Municipal 05 de 2009, lo cierto es que los motivos por los cuales, en uno y otro proceso, se considera que el acto enjuiciado viola el artículo 44 de la Ley 715, son diferentes.

Como se indicó en aquel trámite, la Gobernación de Cundinamarca consideró que se violaba tal artículo toda vez que la empresa social del Estado creada mediante el acto demandado, de un lado, no se encontraba inscrita en el registro especial de prestadores de salud del departamento de Cundinamarca, y de otro lado, que dicha empresa no se encontraba certificada para la prestación del servicio. Fue sobre estos dos cargos que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en aquella sentencia, se pronunció indicando que:

«[...] no existe violación del párrafo del artículo 44 de la ley 715 de 2001, en la medida en que, dicha disposición legal consagra que los municipios certificados a 31 de julio de 2001, que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán seguir haciéndolo si cumplen con la correspondiente reglamentación, en tanto que, el ataque de legalidad esgrimido por la Gobernación de Cundinamarca radica en que, para la creación de una empresa social del Estado (ESE), la misma debía estar previamente certificada para la prestación del servicio de salud, aspecto este que no fue previsto en dicha norma, pues, en ella no se contemplan las exigencias requeridas para crear una ESE [...]»

En la presente acción de nulidad, la razón fundamental por la que se considera violado el párrafo del artículo 44 de la Ley 715, como se evidencia, es diferente y radica en que esta disposición prohíbe que los municipios asuman directamente nuevos servicios de salud o que amplíen los ya existentes, lo cual, en concepto de la Gobernación de Cundinamarca, fue lo que ocurrió con la creación de la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté (ESE Municipio de Sibaté), mediante el acuerdo impugnado.

No puede tenerse, entonces, por configurado el fenómeno de la cosa juzgada, pues contrario a lo afirmado por el apelante y por los intervinientes, no existe identidad de causa, esto es, los motivos por los cuales se consideraba que el acuerdo censurado, en uno y otro proceso, violaban el artículo 44 de la Ley 715 eran diferentes, cuestión que no fue abordada por el apelante.

3.2.- Los cargos de falta de competencia del Concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca) para expedir el Acuerdo 05 de 2009 y falsa motivación de dicho acto administrativo

La Sala, al encontrar que no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada en el presente asunto, abordara el estudio de las acusaciones formuladas por el apelante y por las que considera que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y desestimadas las pretensiones de la demanda, pues en su sentir el Acuerdo 05 de 2009, no transgrede los artículos 6 y 49 de la Constitución Política ni los artículos 43, 44, 54 y 65 de la Ley 715 de 2001.

3.2.1.- La falta de competencia del Concejo del municipio de Sibaté (Cundinamarca) para expedir el Acuerdo 05 de 2009

El apelante, en síntesis, considera que el Concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) si es competente para expedir el Acuerdo 05 de 2009 por virtud del artículos 194 y 195 de la Ley 100, en concordancia con la sentencia C-953 de 2007³⁵, proferida por la Corte Constitucional.

Inicialmente cabe recordar que, conforme al artículo 48 de la Carta Política, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, **en los términos de la Ley**, norma que agrega que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprende la prestación de los servicios **en la forma que determine la Ley**.

A su turno, el artículo 49 de la Constitución Política indica que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, correspondiéndole organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes de acuerdo con

³⁵ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Asimismo, conforme a este artículo constitucional, **es atribución del Estado 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.**

En consonancia con lo anterior, al tenor del artículo 365 de la Constitución Política, **los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley.**

En relación con el punto de controversia, el legislador expidió la Ley 100, con la cual creó el sistema de seguridad social integral, norma que, en su artículo 194, indicó:

«[...] **ARTÍCULO 194. NATURALEZA.** La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que 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, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo. [...]»

De este artículo puede colegirse **que se considera prestación directa de los servicios de salud, la que realiza la nación o los entes territoriales a través de empresas sociales del Estado.** Asimismo, esta norma resalta que este tipo de entidades públicas son creadas por la ley o por las asambleas departamentales o concejos municipales.

Luego fue expedida la Ley 715, en la cual el Legislador dictó normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Carta Política y organizó la prestación de los servicios de educación y salud. De esta ley, hace parte el artículo 44, que regula las competencias de los municipios en relación con los servicios de salud, la cual contempla en su párrafo, 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 [...]»

Esta norma establece, en primer lugar, que aquellos municipios certificados a 31 de julio de 2001, que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, pueden continuar con ello, siempre que sigan la reglamentación expedida por el Ejecutivo. En segundo lugar, esta norma prohíbe que los municipios asuman directamente nuevos servicios y que amplíen los existentes, estando en la obligación de articularse a la red departamental.

Si se articula esta disposición legal, con la contenida en el artículo 194 de la Ley 100, tenemos que siendo la creación de empresas sociales del Estado la forma principal de prestación directa de servicios de salud³⁶, entre otros, de los municipios, existe entonces la prohibición para que los municipios asuman nuevos servicios de salud a través de la creación de empresas sociales del Estado.

La creación de estas empresas sociales del Estado, solo fue autorizada para aquellos municipios que estuvieran certificados a 31 de julio de 2001, que con anterioridad hubieran asumido la prestación de los servicios de salud y que decidieran continuar con dicha prestación.

El legislador, posteriormente, expidió la Ley 1122, la cual consagró en su artículo 26 que:

«[...] ARTÍCULO 26. DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS. 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. En todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado, excepto las unidades de prestación de servicios de salud que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud. En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE.

PARÁGRAFO 1o. Cuando por las condiciones del mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales podrán transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la

³⁶ La Corte Constitucional, en la sentencia C-953 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa ratifica esta afirmación, al indicar que: «[...] Por lo tanto, se concluye que estas empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, a la que compete la prestación directa de los servicios de salud a nivel nacional y territorial. [...]»

población, en las condiciones y requisitos que establezca el reglamento.
[...]]»

De este artículo puede colegirse que si una entidad pública quiere prestar servicios de salud debe organizarse como empresa social del Estado o hacer parte de una de estas empresas, reiterando en este aspecto el artículo 194 de la Ley 100, salvo las unidades de prestación de servicios de salud que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud.

Adicionalmente es claro que en cada municipio debe existir una empresa social del Estado o una unidad prestadora de servicios integrante de una empresa Social del Estado, lo que implica, entonces, **que la ley no exige que en cada municipio se cree una estas entidades.**

No se evidencia que esta disposición legal hubiere modificado los lineamientos que con anterioridad se habían esbozado en el artículo 194 de la Ley 100 y en el párrafo del artículo 44 de la Ley 715.

Luego se expidió la Ley 1176, la cual modificó el artículo 45 de la Ley 715, en la siguiente forma:

«[...] **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”. [...]]»

Esta norma habilitó a los distritos y municipios que no asumieron la prestación de los servicios de salud con anterioridad, para que lo pudieran hacer, siempre que cumplieran con la reglamentación que para el efecto expediera el Gobierno Nacional, la cual solo vino a ser expedida el 23 de diciembre de 2009, con el Decreto 4973, lo que indica que la habilitación legal prevista en dicho artículo no podía sustentar la expedición del citado acuerdo, pues para esta fecha la reglamentación no había sido expedida.

En suma, tenemos que la Ley 100, en su artículo 194, contempló que la prestación directa de los servicios de salud por parte de los entes territoriales se haría, principalmente, a través de empresas sociales del Estado, entregándole a los concejos municipales, para el caso precisamente de los municipios, la facultad para crearlas, sin establecer ningún límite para el efecto.

Las limitaciones para la creación de este tipo de entidades públicas vinieron de la mano de la Ley 715 (2001), que en el párrafo de su artículo 44, indicó que los municipios no podían asumir, directamente, nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, manteniendo la posibilidad de creación de estos entes a los municipios certificados a 31 de julio de 2001, que hubieran asumido con anterioridad la prestación de los servicios de salud y que quisieren continuar con ello.

Estas limitaciones no fueron modificadas por el legislador sino con la expedición de la Ley 1176 (2007), norma que habilitó a los distritos y municipios que no hubieran asumido la prestación de los servicios para que lo hiciera, siguiendo para el efecto la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, la cual fue expedida con posterioridad a la expedición del acuerdo demandado, **por lo que dicha habilitación no se encontraba vigente para dicha época.**

Si bien como lo señalan los intervinientes, de la lectura del párrafo del artículo 44 de la Ley 715 no se prohíbe expresamente la creación de empresas sociales del Estado, la misma emerge de su lectura conjunta con los artículos 194 de la Ley 100 y 26 de la Ley 1122, pues siendo la creación de empresas sociales del Estado la única vía para prestar servicios de salud en forma directa, la prohibición de asumir directamente nuevos servicios de salud implica que la prohibición de crear este tipo de entidades.

Fue esta la razón fundamental esgrimida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para encontrar acreditada la falta de competencia del concejo municipal para proferir el acto demandado, indicando:

«[...] Ahora bien, de las normas transcritas se tiene que, a pesar de que el concejo municipal en principio tenía la atribución de crear Empresas Sociales del Estado como mecanismo para garantizar la prestación del servicio público de salud, cabe aclarar que de conformidad con el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 dicha facultad quedó eliminada, no obstante, mediante el párrafo del artículo 45 de la Ley

715, modificado por el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007, se dio la posibilidad excepcional de que los municipios asuman directamente la prestación de los servicios de salud siempre y cuando cumplan con la reglamentación que expida el gobierno nacional [...] Aquella reglamentación está contenida, como ya se indicó, en el Decreto Nacional 4373 (sic) que entró en vigencia el día 23 de diciembre de 2009 [...]»

En momento alguno, entonces, la autoridad judicial aplicó retroactivamente el Decreto 4973 de 2009 como lo sugieren los intervinientes pues la misma se menciona para sugerir que esta reglamentación, que bien podía habilitar al municipio de Sibaté (Cundinamarca) para prestar directamente los servicios de salud, fue expedida con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 05 de 2009, expedido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca).

Es así como esta Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acertó al encontrar configurado el vicio de falta de competencia del concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) para crear la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté (ESE Municipio de Sibaté) por medio del acuerdo demandado, en la medida en que, se reitera, dicha facultad fue limitada y circunscrita a los municipios certificados a 31 de julio de 2001 que hubieran asumido con anterioridad la prestación de los servicios de salud y que quisieren continuar con ello, situación en la que no se encontraba el municipio de Sibaté (Cundinamarca), toda vez que lo pretendido por dicho municipio era prestar directamente servicios de salud que, para la fecha de la demanda, se prestaban por parte del departamento de Cundinamarca, a través de la Empresa Social del Estado Mario Gaitán Yanguas, como lo indica el ente territorial, precisamente, en su demanda.³⁷

El apelante cita un aparte de la sentencia C-953 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, para dar soporte a su argumento, fragmento que es del siguiente tenor:

«[...] "...a nivel territorial, dado que Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, conforme al artículo 1o de la Constitución, la creación de las empresas prestadoras del servicio de salud a cargo del Estado compete al órgano de representación popular en cada nivel territorial, como lo indican los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Carta, ya que a los departamentos y municipios corresponde, en ejercicio de su

³⁷ Folio 8, cuaderno principal.

autonomía, la prestación del servicio público de salud en los términos que establezca la Constitución y la ley (Art. 298, 300-10, 311 y 313-10). [...]»

Esta Sala encuentra que la cita realizada por el apelante hace parte de un capítulo que la Corte Constitucional denominó «[...] 4. El principio de reserva de ley en materia de determinación de la estructura de las entidades públicas, las competencias de las entidades territoriales en la materia y los alcances de la potestad reglamentaria del Gobierno [...]», que se transcribe a continuación:

«[...] 4. El principio de la reserva de ley en materia de determinación de la estructura de las entidades públicas, las competencias de las entidades territoriales en la materia y los alcances de la potestad reglamentaria del Gobierno.

4.1. La separación funcional entre el Legislativo y el Ejecutivo, como dos poderes independientes en la organización del Estado, es determinante desde la perspectiva de la garantía de los derechos y libertades y del principio democrático. Así, dentro del esquema constitucional de distribución de competencias, corresponde al Congreso en principio, proferir las leyes que regulan la organización del Estado, y al Ejecutivo, reglamentarlas, dentro de los linderos determinados por el legislador.

En ausencia de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República (artículo 150-10), el Ejecutivo no puede, sin quebrar el principio de reserva de ley, regular aspectos que constitucionalmente pertenecen exclusivamente al legislador. Su competencia en tales casos se limita al simple ejercicio de su potestad reglamentaria, subordinada en todo caso, al tenor de la ley.

4.2. La potestad reglamentaria, por su parte, en los términos del artículo 189-11 de la Carta, ha sido descrita por esta Corporación en la sentencia C-805 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), de la siguiente forma:

“[Es] la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley ... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

“Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella, el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo. (...)”

“El Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional

de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no pueda adoptar medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo.”

(...)

“Tal potestad, como atribución constitucional del Presidente de la República, puede ejercerse por éste en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo”.

4.3. Ahora bien, es necesario en el caso de las Empresas Sociales del Estado precisar conforme a la Carta, si la regulación de los aspectos necesarios para la creación o transformación de tales entidades, corresponde al Ejecutivo o al legislador, en los términos descritos.

En primer lugar, según el artículo 150-7 de la Constitución, la definición de la estructura orgánica de la Administración corresponde al Congreso Nacional, el cuál mediante ley puede crear las entidades del orden nacional señalando sus objetivos generales y su estructura orgánica. Según este artículo, al legislador le compete determinar tal estructura a nivel nacional y “crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, y otras entidades del orden nacional”, entre las que se encuentran las ESE del orden nacional.

Lo anterior se ajusta a lo señalado igualmente por el artículo 210 de la Carta, que sostiene que es al legislador a quien compete crear por ley o por autorización de ésta, las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios (Art. 210 C.P), categoría a la que pertenecen las Empresas Sociales del Estado, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa (Art. 209 C.P.). Deberá ser igualmente la ley, la que determine el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. De

hecho, según el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, las ESE, aunque gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

No obstante, el Congreso puede otorgar temporalmente esa atribución de crear o transformar tales entidades, al Ejecutivo mediante una ley de facultades extraordinarias. Sobre el particular, la sentencia C-306 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), expuso esa posibilidad de la siguiente forma:

“[L]a atribución para crear, suprimir y fusionar entidades públicas del orden nacional y para señalar sus objetivos y estructura orgánica, se radica en cabeza del Congreso de la República, el cual a su vez puede delegarlas en el Ejecutivo a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, pues la delegación en tales materias no se encuentra dentro de las prohibiciones previstas en el numeral 10° del artículo 150 de la Constitución Política”.

Ahora bien, en segundo lugar, en la determinación de la estructura de la administración nacional, - según lo ha precisado la jurisprudencia y la ley -, el legislador debe incluir la formulación de los elementos que configuran esa organización, esto es, la creación de los distintos organismos y entidades que la conforman, la definición de sus interrelaciones respectivas, la enunciación de los objetivos generales de los organismos y entidades constituidas, así como su correspondiente estructura orgánica, su naturaleza jurídica, las competencias atribuidas, su régimen legal, el señalamiento de los órganos de dirección y administración, etc.

Ha dicho la jurisprudencia sobre los aspectos involucrados en la determinación de la estructura orgánica de estas entidades, que:

“[E]l legislador ha desarrollado el concepto de estructura orgánica partiendo del supuesto de que incluye la definición de los elementos del órgano, es decir, lo relacionado básicamente con su régimen jurídico, patrimonial y de personal. Ciertamente, en desarrollo del artículo 150-7 de la Carta, que otorga competencia al legislador para crear, suprimir o fusionar entidades del orden nacional y para señalar sus objetivos y estructura orgánica, el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, al definir lo que se entiende por contenido de los actos de creación de una entidad, dispone expresamente que la estructura orgánica de un organismo comprende la determinación de los siguientes elementos: (i) la denominación, (ii) la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, (iii) la sede, (iv) la integración de su patrimonio, (v) el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y (vi) el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos o vinculados. (...)

“Dentro de los anteriores parámetros constitucionales, el deslinde competencial corresponde al legislador, en ejercicio de su potestad de

configuración, puesto que, al establecer la estructura orgánica de las entidades que cree, puede hacerlo con mayor o menor detalle, y lo mismo acontece respecto del señalamiento de las respectivas competencias. Así, entre más detallado y preciso sea el señalamiento de las competencias de un órgano, menor es el espacio para la concreción reglamentaria de las funciones que corresponden a sus distintos empleos”.

Por otra parte, y en tercer lugar, a nivel territorial, dado que Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, conforme al artículo 1o de la Constitución, la creación de las empresas prestadoras del servicio de salud a cargo del Estado compete al órgano de representación popular en cada nivel territorial, como lo indican los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Carta, ya que a los departamentos y municipios corresponde, en ejercicio de su autonomía, la prestación del servicio público de salud en los términos que establezca la Constitución y la ley (Art. 298, 300-10, 311 y 313-10).

Sobre este aspecto ha dicho la Corte que la autonomía de las entidades territoriales se concreta a través del respeto de toda autoridad pública, especialmente del legislador, de los “derechos mínimos reconocidos a esas entidades para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como para participar en las rentas nacionales”³⁸. El artículo 287 de la Constitución Política, consagra a ese respecto, que “las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

4.4. En lo que respecta a las ESE, el legislador ha adoptado las decisiones sobre su creación, su naturaleza, sus características y su ubicación en la estructura del Estado, como ya se dijo anteriormente. En lo esencial señaló que las ESE son entidades descentralizadas por servicios, y pueden ser del orden nacional o del orden territorial.

Las entidades descentralizadas por servicios, categoría a la que alude expresamente el artículo 210 superior³⁹ y a la que pertenecen las Empresas Sociales del Estado (Art. 68 de la Ley 489 de 1998 y Art. 194 de la Ley 100 de 1993), cuentan en consecuencia con la autonomía administrativa que les es reconocida en la ley,⁴⁰ y que es consubstancial a su noción de empresas descentralizadas por servicios.⁴¹

³⁸ Ver sentencia C-1112 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido ver, entre otras, la sentencia C-1114 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁹ ARTÍCULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

⁴⁰ A.V. M. Álvaro Tafur Galvis a la Sentencia C-1258/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño en la que se dijo “dentro del concepto de descentralización, tal como lo acepta tradicionalmente la doctrina, la

Para el caso concreto de las ESE del nivel territorial, la sentencia C-408 de 1994 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), afirmó lo siguiente:

“[E]l artículo 150 en su numeral 7o., otorga competencia al Congreso de la República para crear personas jurídicas que no correspondan a la tipología hasta ahora existente, cuando afirma que podrá mediante ley determinar "la estructura de la administración nacional", con la creación, supresión o fusión de "otras entidades del orden nacional". Además, tiene la ley la competencia de otorgar a las asambleas departamentales y a los concejos municipales funciones como las ordenadas en los artículos examinados, de disponer, que las entidades territoriales a través de esas últimas corporaciones creen, transformen o reestructuren las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud, en empresas sociales del orden departamental o municipal, pues ellas están autorizadas para cumplir las funciones que les señale la ley, según lo dispone la Carta en los artículos 300-10 y 313-10, respectivamente”.

De allí que sean efectivamente tales corporaciones a nivel territorial las que puedan crear, de acuerdo a sus competencias constitucionales y lo previsto en la ley, las ESE a nivel territorial, con fundamento en la autonomía desarrollada por la ley.

4.5. Por otra parte, dado que la prestación del servicio público en salud conlleva la necesaria intervención del Ejecutivo y que en materia de determinación de la estructura de la administración nacional también el gobierno tiene competencias constitucionales (Art. 150 numerales 15 y 16 y 154 C.P.), es pertinente recordar, que el Congreso debe contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la administración nacional, debido a que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior.

Con todo, aunque el Presidente de la República de conformidad con las previsiones de los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta, puede “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” o “modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales”, lo cierto es que para el efecto, el Ejecutivo está subordinado a las previsiones legislativas en la materia, ya que las competencias descritas pueden ejercerse sólo con sujeción a las reglas que defina la ley.

Como lo sostuvo la sentencia C-889 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño):

autonomía administrativa es elemento indispensable pero, en este caso, su regulación compete con amplitud a la ley y pone en juego no tanto los principios de unidad y autonomía constitucional sino aquellos otros de supremacía y descentralización, tal como se desprende de los artículos 189, 209 y 210 de la Constitución.”

⁴¹ Ver al respecto entre otras las sentencias C-484/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-295/95 M.P. Fabio Morón Díaz, C-1051/01 M.P. Jaime Araujo Rentería C-1258/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

“Además de la atribución dada al Congreso de la República por el artículo 150 numeral 7 para determinar la estructura de la administración nacional, también el Presidente de la República participa constitucionalmente en esta materia. Según los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta Política, el Presidente podrá, de una parte, suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales, de conformidad con la ley, y, de otra parte, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley, podrá modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales.

Sin embargo, no se registra una plena cotitularidad entre las dos autoridades para determinar la estructura de la administración nacional. Entre ellas hay diferencias materiales y de sujeción regulatoria. Al Congreso le corresponde ejercer estas facultades, sea de manera directa (C.P., art. 150, nl. 7) o a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional (C.P., art. 150.10). Y el Gobierno ejerce las atribuciones asignadas por el artículo 189, dentro de las reglas generales o la autorización dadas por el Legislativo.

Así pues, la determinación de la estructura de la administración nacional puede darse a partir de la creación, fusión, supresión y reestructuración de entidades y organismos públicos. Y, en ejercicio de sus respectivas competencias, estas atribuciones están asignadas tanto al Congreso de la República, como al Presidente de la República. En sus decisiones el Congreso estará sujeto a los principios consagrados en la Constitución Política, y el Presidente, en su actuación, estará sujeto tanto a los principios constitucionales como a los principios y reglas generales dadas por el legislador”.

Con base en estas premisas sentadas por la jurisprudencia constitucional, entra la Corte en el estudio de los cargos presentados por el actor, contra los literales a), b), c) y d) y los párrafos 1 y 3, del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007. [...]»

Los análisis realizados por la Corte Constitucional se hacen a propósito de la demanda ciudadana en contra de los literales a), b), c) y d) y los párrafos 1 y 3 del artículo 27 de la Ley 1122, cuyos argumentos fueron sintetizados por la Corte Constitucional, en la siguiente forma:

«[...] El ciudadano alega la inconstitucionalidad de las expresiones resaltadas del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, por considerar que ellas son contrarias a los artículos 49, 150 numeral 7, 154, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Carta.

En efecto, para el actor los literales a), b), c), y d) y los párrafos 1 y 3 del artículo 27 demandado deben ser declarados inexecutable, **debido a que la creación, transformación, categorización, organización y operación de las Empresas Sociales del Estado, el funcionamiento y remuneración de sus juntas directivas, las transferencias y los demás aspectos acusados, tienen reserva de ley, por lo que su definición compete exclusivamente al legislador (Art. 150 C.P) o en**

su defecto al Presidente de la República, en caso de ser investido de facultades extraordinarias, y no así al Gobierno Nacional como lo consagran los apartes de la norma acusada.

Considera el actor, que el artículo 27 impugnado pretende modificar aspectos puntuales de las Empresas Sociales del Estado ya regulados por el legislador en las Leyes 489 de 1998, la Ley 100 de 1993 y la Ley 344 de 1996, autorizando al gobierno para el efecto. De hecho, cuando el artículo atacado parcialmente usa el término regulación y a renglón seguido autoriza al Gobierno para adelantar la reglamentación de los aspectos allí señalados dentro de los 6 meses siguientes a partir de la vigencia de la ley, lo que está haciendo a juicio del actor es entregándole al gobierno la regulación de tales aspectos, que sólo pueden ser definidos por vía legal.

En concreto, y con relación a la creación de Empresas Sociales del Estado del orden nacional, señala el ciudadano que de acuerdo con el artículo 150-7 de la Carta, se requiere de una ley para ese propósito, por lo que es el Congreso y no el gobierno, quien ostenta la facultad de determinar la estructura de la administración nacional y de crear, suprimir o fusionar entidades de ese orden, señalando sus objetivos y estructura orgánica.

Los literales a) y b) de la norma acusada son entonces inexecutable para el demandante. El primero, por permitir que el gobierno reglamente los requisitos para la creación, transformación, categorización y operación de las Empresas Sociales del Estado; y el segundo, por autorizar que sea el Gobierno Nacional quien deba regular la forma de constituir las ESE, cuando se trata de aquellas de propiedad de varias entidades territoriales que se asocian.

Estos dos literales en consecuencia, además de vulnerar el artículo 150-7, desconocen para el ciudadano los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta, en la medida en que olvidan que para el caso de las Empresas Sociales del Estado, la Constitución le atribuye a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y no al gobierno, la determinación de la estructura de la Administración en las entidades territoriales, así como el establecimiento de las funciones en sus dependencias y las escalas de remuneración correspondiente.

Con respecto al literal d) y al párrafo 3 del artículo 27 acusado, relativos a la conformación y funciones de las juntas directivas del nivel nacional, departamental, distrital y municipal de las Empresas Sociales del Estado, afirma el demandante que también tales expresiones son contrarias a la Carta, en la medida en que las juntas directivas de esas entidades hacen parte de la estructura orgánica de las Empresas Sociales del Estado, por lo que la atribución de tales facultades al gobierno, vulnera igualmente los artículos 150-7 y los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta, que fijan tales competencias al Congreso o en las Asambleas y Concejos a nivel territorial.

Sobre el párrafo 1 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, sostiene el actor que al establecer la ley demandada que ninguna Empresa Social

del Estado podrá crearse o transformarse sin el visto bueno del Ministerio de Protección Social mientras el gobierno nacional reglamenta el artículo, se incurre en inconstitucionalidad. En primer lugar, porque el gobierno no puede desarrollar por vía reglamentaria tales temas, y en segundo lugar porque con ello se desconocen los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta, dado que la restricción impuesta por el párrafo acusado lesiona la autonomía de los entes territoriales (Art. 1, 2, 287, 298, 300, 331 de la Carta), atenta contra el principio de descentralización administrativa (Art. 1, 49, 209, 210, 285, 352, 356, 368 de la Carta) y desconoce el artículo 49 de la Carta, que exige que los servicios de salud se organicen “en forma descentralizada, por niveles de atención” y con la participación de la comunidad.

Por último, el ciudadano afirma que el literal c) del artículo 27 demandado, quebranta el artículo 154 de la Carta, porque autoriza al gobierno a reglamentar las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado recursos, cuando por las condiciones del mercado tales empresas no resulten sostenibles, siendo ésta una atribución que según el actor también compete a la ley. En criterio del ciudadano, se trata de transferencias, y según el artículo 154 de la Constitución ellas exigen expedición de una ley de iniciativa gubernamental. Sostiene el demandante entonces, que:

“[N]o es posible que el numeral c) glosado sea constitucional, al faltar una ley que establezca las condiciones o requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado Subsidiadas, recursos, cuando por cuestiones del mercado estas no sean sostenibles”.

En consecuencia, solicita a la Corte Constitucional que declare inexecutable las expresiones acusadas y los párrafos correspondientes del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007. [...]»

Como puede observarse la cita realizada por el apelante hace parte de una serie de argumentos por los cuales la Corte Constitucional encontró inconstitucional que el Gobierno Nacional reglamentara, a partir de la vigencia de la Ley 1122, en otras cosas, los requisitos para la creación de las empresas sociales del Estado, aspecto relacionado con lo debatido en este proceso, pues en su criterio este es un aspecto del resorte del legislador.

Para esta Sala es importante resaltar que la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del literal a) del artículo 27 de la Ley 1122, explicó que:

«[...] 5.1.2. Al analizar concretamente el texto del literal acusado, observa esta Corporación que establecer los requisitos - o reglamentarlos -, para la creación, categorización, organización etc., de las ESE, supone definir las exigencias básicas necesarias para la ejecución de esas actividades. En otras palabras, los requisitos resultan ser un paso previo para las decisiones indicadas, porque fijan

los linderos a los que deben someterse las correspondientes autoridades.

Sin embargo, las discrepancias de los intervinientes en torno a la constitucionalidad de las normas acusadas pasa por un desacuerdo sobre la interpretación de las mismas. Para unos el contenido de tales decretos suplirá vacíos en la legislación y también será una limitante para el legislador en el futuro si el Congreso decide regular las materias enunciadas en las disposiciones acusadas. En ese sentido concluyen que materialmente los decretos allí mencionados invadirán la órbita de competencia del legislador. Para otros, dichos decretos sólo desarrollarán los requisitos que ya han sido fijados en las leyes vigentes y por lo tanto los aspectos por ellos reglamentados serán plasmados en normas infralegales, de carácter técnico, que en ningún caso vinculan al legislador, sino que se subordinan a las normas que éste ha expedido o expida en el futuro.

La dificultad surge cuando a la luz de la primera interpretación se concluye que la creación, transformación, categorización, etc., de las ESE debe ser definida por el Congreso mediante ley, y que los Concejos y Asambleas tienen competencia para ello a nivel territorial, atendiendo a lo que establezca el órgano legislativo. Se pregunta la Corte en consecuencia: ¿puede entonces el Ejecutivo señalarle al Legislador los “requerimientos” o límites para que realice sus competencias constitucionales a la hora de consolidar la estructura de la administración pública? ¿Puede hacerlo acaso, respecto de las entidades territoriales mediante decreto administrativo?

A la luz de la primera interpretación, la respuesta es negativa. Definir los requisitos jurídicos que delimitan la creación, transformación, operación etc., de las ESE, es una competencia del Congreso. Especialmente, conforme a la jurisprudencia previamente enunciada, la determinación de la estructura de la administración nacional comprende para el legislador más allá de la simple creación de las instituciones, la enunciación de los objetivos generales de los organismos y entidades constituidas, su correspondiente estructura orgánica, su naturaleza jurídica.

A su vez, dado que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales tienen en sus competencias la determinación de la estructura de la administración departamental o municipal, - de acuerdo a la Constitución y a la ley -, sólo el Congreso puede fijarle a las entidades territoriales tales límites y directrices. Por ende, la determinación de los requisitos para el efecto, impuestos por medio de un decreto ejecutivo, resultan ajenos a la Carta. Sólo el legislador y eventualmente el Presidente de la República, mediante facultades extraordinarias, pueden definir tales exigencias.

Así, el literal a) acusado, según la primera interpretación, es inconstitucional. El Congreso no puede delegar la definición de los “requisitos” en materia de determinación de la estructura de la administración, al Ejecutivo, y éste proceder en consecuencia mediante un decreto administrativo. Un decreto de tal naturaleza,

no puede naturalmente establecerle restricciones ni al Legislador ni a las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales para el ejercicio de sus competencias constitucionales. La potestad reglamentaria (Art. 189-11 C.P) se somete en todo a la ley y depende de ella, por lo que el Legislador no puede pretender que a través de esa potestad presidencial, se desarrollen temas de su exclusivo resorte constitucional.

Sin embargo, una lectura cuidadosa del literal a) del artículo 27 revela que el objeto de tales decretos es reglamentar el contenido de ciertos criterios técnicos atinentes a la gestión, no a la estructura, relevantes para las autoridades administrativas que, en aplicación de las leyes anteriormente citadas y en ejercicio de lo autorizado por ellas, adopten la decisión de crear, transformar, categorizar, organizar y operar una ESE. Tales criterios a reglamentar son los siguientes: *“Población, densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, accesibilidad geográfica y cultural, servicios que ofrece, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado (ESE) en la red de su área de influencia”*.

A su turno, la enunciación efectuada por el legislador limita al Ejecutivo en punto a los criterios que ha de tener en cuenta al momento de tomar las decisiones administrativas relativas a transformar, categorizar, organizar y operar una ESE.

A la luz de esta segunda interpretación del literal a) acusado, no existe una invasión de las competencias del legislador sino un desarrollo de los parámetros establecidos por el propio legislador, los cuales por su naturaleza técnica bien pueden ser definidos y precisados mediante decretos reglamentarios.

No obstante, ante la constatación de que la norma puede ser interpretada en un sentido contrario a la Constitución es necesario excluir dicha interpretación mediante un condicionamiento que fije su alcance. Por lo tanto, se señalará en la parte resolutive de esta sentencia que el literal a) del artículo 27 acusado es exequible en el entendido de que los decretos reglamentarios versan sobre los aspectos técnicos de los criterios establecidos por el legislador.

Sin embargo, este condicionamiento es insuficiente para solucionar el problema constitucional derivado de que aspectos estructurales como lo son la creación o transformación de una ESE por el legislador, en el nivel nacional, o por las asambleas o concejos, en los niveles territoriales, queda supeditada al cumplimiento de requisitos, así éstos sean técnicos, definidos y precisados por un acto administrativo. Por lo tanto, las expresiones “creación” y “transformación” serán declaradas inexecutable. [...]».

Lo anterior permite colegir que si bien las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen dentro de sus competencias la creación de empresas sociales del Estado, el legislador puede fijarle a las entidades territoriales límites y

directrices, como la señalada en el párrafo del artículo 44 de la Ley 715, limitación que igualmente puede sustentarse en la función asignada al legislador de configurar el diseño y la estructura del servicio público de salud, conforme lo indicó, precisamente, la Corte Constitucional en dicha sentencia, en la siguiente forma:

«[...] La función de configurar el diseño y la estructura al servicio público en salud le fue atribuida al Congreso. Esta reserva de ley tiene especial significado dado que la salud es un derecho constitucional, el cual ha sido calificado por la Corte como fundamental.⁴² Lo anterior no significa que todas las leyes sobre la salud deban ser estatutarias, **sino que aún las decisiones sobre la organización del sistema de salud y la configuración de los organismos que lo integran deben ser adoptadas mediante leyes después de un proceso de deliberación democrática y pluralista.**

Compete entonces al Congreso, en ejercicio de sus competencias constitucionales en la materia, (i) *expedir las leyes* que regirán la prestación de los servicios públicos, entre ellos el de Seguridad Social en Salud (Art. 150-23 C.P.); (ii) asegurar la prestación eficiente del servicio de salud a todos los habitantes del territorio nacional *regulando mediante ley*, la forma de prestación de tales de servicios y su régimen jurídico (Art. 48, 365 C.P.); (iii) consolidar la prestación del servicio público de salud a través de entidades públicas o privadas (art. 48, 150 num. 23 C.P), *creando las entidades que sean necesarias por ley para el efecto* (Art. 210 C.P). (iv) *Organizar la prestación de los servicios de salud* a los habitantes, tomando en consideración su derecho al acceso a la promoción, protección y recuperación de su salud y al saneamiento ambiental (art. 49, 150 num. 23, 365 C.P.), atendiendo para ello los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; (v) *regular* los mecanismos y las funciones de vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud (Art. 49, 150 num. 7 C.P., 365 C.P.); (vi) *determinar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares para el efecto*, así como los aportes a su cargo (Art. 49, 288, 356 C.P.) y (vii) *establecer* los términos en los cuales la atención básica será gratuita y obligatoria. (Art. 49 C.P.). [...]»

La Sala constata, entonces, que la sentencia C-953 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, proferida por la Corte Constitucional, se encuentra lejos de respaldar la competencia del Concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) para expedir el acuerdo mediante el cual se creó la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté (ESE Municipio de Sibaté), por lo que la inconformidad propuesta por el apelante frente a la sentencia de primera instancia no tiene vocación de prosperidad.

⁴² Sentencia C-811 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3.2.2.- La falsa motivación del Acuerdo 05 de 2009, expedido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca)

El apelante no está conforme con la sentencia de primera instancia en tanto evidenció que el Acuerdo 05 de 2009 se encontraba falsamente motivado pues, en su concepto, el acto administrativo se sustenta en la Constitución Política y la Ley y bajo el amparo de la sentencia C-953 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, proferida por la Corte Constitucional.

Reiteró que el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 en ninguno de sus apartes establece la prohibición a los concejos municipales de crear empresas sociales del Estado del orden municipal, agregando que dicho párrafo se refiere a la prohibición de prestar servicios de salud directamente, pero no prevé la restricción de crear dicha categoría de entidades públicas.

Si bien, como se explicó anteriormente, de la lectura del párrafo del artículo 44 de la Ley 715 no se extrae que prohíba expresamente la creación de empresas sociales del Estado, la prohibición emerge de su lectura conjunta con los artículos 194 de la Ley 100 y 26 de la Ley 1122, pues siendo la creación de empresas sociales del Estado la única vía para prestar servicios de salud en forma directa, la prohibición de asumir directamente nuevos servicios de salud implica la prohibición de crear este tipo de entidades, la cual fue autorizada para aquellos municipios que estuvieran certificados a 31 de julio de 2001, que con anterioridad hubieran asumido la prestación de los servicios de salud y que decidieran continuar con dicha prestación.

A lo anterior debe sumarse que dentro de la parte considerativa del acto demandado se hace referencia a los artículos 1°, 2°, 48 y 287 de la Constitución Política; 153, 194 y 195 de la Ley 100; 26 de la Ley 1122; 25 de la Ley 1176; y el Decreto 1876 de 1994 como sustento del acto, olvidando que el citado párrafo del artículo 44 de la Ley 715 era una de las disposiciones que debían fundamentar el acto administrativo demandado.

Además, se indica en el literal i) de dicha parte considerativa 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 [...]», omitiendo citar en su integridad dicha disposición que señala claramente que «[...] 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** [...]», por lo que esta norma no podía fundar válidamente el acto demandado en la medida en que dicha reglamentación no existía al momento de la expedición y entrada en vigencia del Acuerdo 05 de 2009, expedida por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca).

La Sala evidencia, entonces, que los argumentos expuestos por el apelante no están llamados a prosperar.

Por las anteriores razones, la Sala considera que las inconformidades planteadas en el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia no tienen vocación de prosperidad, por lo que, en consecuencia, se dispondrá la confirmación de la sentencia de primera instancia, mediante la cual se decidió no tener por probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el municipio de Sibaté (Cundinamarca) y se declaró la nulidad del Acuerdo Municipal 05 de marzo de 2009, proferido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca).

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 19 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en la que se decidió no tener por probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el municipio de Sibaté (Cundinamarca) y se declaró la nulidad del Acuerdo Municipal 05 de marzo de 2009, proferido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca).

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ