

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: No. 110013334005-2015-00236-01
Actor: GUSTAVO ADOLFO BORBÓN GARCÍA
Demandado: MUNICIPIO DE SIBATÉ - CONCEJO MUNICIPAL
Medio de control: SIMPLE NULIDAD
Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN ESE DE SIBATÉ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá DC (fls. 183 a 190 vlto. cdno. no. 1) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: SE NIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA,
por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: *Sin condena en costas.*

TERCERO: *En firme esta providencia, archívese definitivamente el expediente.”* (fl. 190 vlto. – negrillas y mayúsculas fijas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado el 16 de junio de 2015 en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá DC el señor Gustavo Adolfo

Borbón García, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fls. 29 a 36 cdno. ppal. no. 1) con las siguientes súplicas:

“PETICIONES

PRIMERA: **QUE** (sic) por ser contrario a la Constitución, a la ley y adolecer de falsa motivación tanto por haberse fundamentado en hechos no probados, como por haber omitido hechos reales relevantes y existentes **SE DELCARE NULO EL ACUERDO No 09 DE JUNIO 25 DE 2012 “POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE MUNICIPAL DE SIBATÉ Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.”**

SEGUNDA: **Que** mientras se resuelve de fondo la nulidad y en virtud de que si sigue vigente **IMPIDE** la realización del derecho fundamental a la salud de la población más pobre y vulnerable del municipio de Sibaté; **SE DECRETE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACUERDO No. 09 DE JUNIO 25 DE 2012 “POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE MUNICIPAL DE SIBATÉ DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA ESE MUNICIPIO DE SIBATÉ Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.”**

TERCERA: Solicito de manera respetuosa, que se tenga en cuenta el escrito de la demanda como fundamento para **SUSPENDER PROVISIONALMENTE** el acuerdo.” (fl. 30 cdno. ppal. no. 1 – negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).

2) Efectuado el respectivo reparto, según acta individual de la Oficina de Apoyo para tales despachos judiciales correspondió el conocimiento del medio de control de la referencia al Juzgado Cuarenta y Tres Administrativo del Circuito de Bogotá DC (fl. 37 cdno. ppal. no. 1) quien, por auto de 24 de junio de 2015 remitió por competencia el expediente a los Juzgados Administrativos de Bogotá adscritos a la Sección Primera de este Tribunal (fls. 39 a 41), correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá (fl. 43 cdno. no. 1).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) A través de Acuerdo no. 005 de 5 de marzo de 2009 el Concejo Municipal de Sibaté creó la Empresa Social del Estado de Primer Nivel de Atención Sibaté – ESE Municipio de Sibaté en consonancia con la voluntad de la comunidad que demandaba un servicio de salud con condiciones de calidad, oportunidad, accesibilidad y efectividad.

2) La ESE Municipio de Sibaté se habilitó, entró en funcionamiento y prestó servicios de calidad en instalaciones idóneas y con equipos de alta calidad.

3) No obstante lo anterior el Concejo de Sibaté a través del Acuerdo no. 09 de 25 de junio de 2012 autorizó al alcalde municipal para que procediera a su liquidación.

3. Los cargos de la demanda

Se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 6, 48, 49, 121, 189 numeral 11, 313 numeral 6, 322 y 352 de la Constitución Política; 32 numeral 10 de la Ley 136 de 1994; 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993; 44 párrafo de la Ley 715 de 2001; 93-8, 116 y 117 del Decreto 1333 de 1986; 68 de la Ley 489 de 1998; 13 del Decreto 1011 de 2006 y el Decreto 1876 de 1994.

Como sustento de la solicitud de nulidad del acto acusado adujo como cargos o cuestionamientos de ilegalidad los siguientes: a) falta de competencia, b) violación de norma jurídica superior por interpretación errónea del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, c) falsa motivación, d) expedición irregular del acto acusado y, e) desviación de poder, con fundamento en los siguientes razonamientos:

1) El concejo municipal de Sibaté no tenía facultad para autorizar al alcalde municipal para que liquidara la ESE del municipio ya que ninguna de las normas que se citaron, esto es los artículos 6, 313 y 352 de la Constitución Política, 32 numeral 10 de la Ley 136 de 1994, 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993 desarrollados por el Decreto 1876 de 1994 le otorgaban esa potestad.

2) Existe falsa motivación en el acto acusado puesto que el párrafo 1 del

artículo 44 de la Ley 715 de 2001 no establece que los municipios no certificados no pudieran prestar el servicio de salud a través de una ESE, esa norma no prohíbe a los municipios crear o mantener una ESE, por lo tanto se vulneró el principio de legalidad.

3) Existe falsa motivación en el acto acusado por cuanto en este se citó que *“la secretaría de salud de Cundinamarca negó la solicitud de registro, certificación de habilitación y entrega de distintivos de habilitación”* ya que, ese preciso hecho es contrario a los artículos 1, 2, 6, 121 y 287 de la Constitución Política y la sentencia C-963 de 2007 emitida por la Corte Constitucional, a los artículos 68 de la Ley 489 de 1998 y 194 y 195 de la Ley 100 de 1993 que dan vida jurídica a las ESE y a su autonomía, así como también desconoce las disposiciones reglamentarias que han definido el ordenamiento jurídico para la habilitación de las instituciones que prestan servicios de salud, como por ejemplo el artículo 13 del Decreto 1011 de 2016, por tanto constituye falsa motivación ampararse en un pronunciamiento de la Secretaría de Salud que es inconstitucional e ilegal puesto que la exigencia de requisitos adicionales para la habilitación impuestos por el Decreto 1011 de 2006 resultan ajenos a la Constitución, toda vez que solo el legislador puede fijar esas exigencias, como lo dispone el artículo 287 de la Constitución Política.

4) De igual manera se incurrió en falsa motivación cuando en el texto del acto demandado se hizo cita de un *“fallo de primera instancia”* (fl. 35) con vulneración del debido proceso por desconocimiento del principio de la doble instancia y pretender darle eficacia a un fallo no ejecutoriado; la parte demandada omitió tener en cuenta hechos que estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión distinta como fue la existencia del fallo ejecutoriado emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 10 de septiembre de 2009 en el que se determinó que no existía violación del párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, abrogándose así el concejo facultades y competencias que no le han sido otorgadas por la Constitución ni la ley.

5) Tampoco son ciertos los hechos expuestos en el acto acusado consistentes en que *“no hay sostenibilidad técnica ni económica para la sostenibilidad de la*

ESE” y que “en aras de propugnar por la protección de los recursos públicos y de efectuar el compromiso del alcalde con el pueblo de cumplir fielmente la Constitución, las leyes de Colombia, las ordenanzas y los acuerdos, se considera necesario liquidar la ESE Municipio Sibaté” ya que, no son producto de la realidad ni obedecen a un estudio técnico que conduzcan a determinar la no sostenibilidad, además, es engañosa la argumentación porque si se trata de cumplir el acuerdo de creación es ilegal liquidarla conforme a los artículos 121 y 128 de la Constitución Política, y si se trata de defender el derecho y la participación ciudadana en la toma de decisiones que les afectan y el interés general la decisión adoptada en el acto demandado es inconstitucional.

6) El acto demandado fue expedido en forma irregular por cuanto decidió una cosa diferente a la que anunció debido a que en el epígrafe del acuerdo se dispuso que se autorizaba al alcalde para que procediera a la liquidación de la ESE, en tanto que en el artículo primero de la parte resolutive se dispuso la disolución de la empresa.

7) Se incurrió en desviación de poder por cuanto la decisión adoptada en el acto acusado no se tomó para salvaguardar el patrimonio público ni para garantizar el bienestar de los habitantes del municipio de Sibaté, resaltándose que no se consultó el interés general puesto que con el acto demandado se generaba un detrimento patrimonial y la población más pobre y vulnerable no podría acceder al servicio de salud.

4. Contestación de la demanda por parte del municipio de Sibaté – Concejo Municipal

Mediante escrito radicado el 7 de marzo de 2018 ante la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá (fls. 106 a 112 vlt. cdno. ppal. no. 1) el Municipio de Sibaté – Concejo Municipal contestó la demanda, actuación en la que frente a los cargos de nulidad esgrimió los siguientes argumentos de defensa:

1) El acuerdo municipal número 09 de 25 de junio de 2012 cumple con los requisitos de existencia y validez por lo que debe reputarse legal.

2) El concejo municipal de Sibaté se encontraba facultado para proferir el Acuerdo municipal no. 09 de 25 de junio de 2012 en virtud de lo previsto en los artículos 1, 2 y 78 de la Constitución Política, 153, 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, 25 y 26 de la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 1876 de 1994.

3) La motivación del acto demandado es acorde con los fundamentos fácticos en que se edificó puesto que la decisión se sustentó en la inviabilidad financiera de la ESE municipio de Sibaté, hecho este evidenciado por la Contraloría General de la República y porque además con ella no se afectó la prestación del servicio de salud.

3) El acto acusado fue expedido con el fin de satisfacer el interés general y la decisión estuvo determinada por la autorización otorgada al alcalde para liquidar una entidad que no era financieramente viable.

4) La expedición del acto demandado estuvo sujeta al procedimiento y formalidades dispuestas para ello.

5. Alegatos de conclusión

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, dentro de ese término la parte actora (fls. 174 a 181) presentó los alegatos de conclusión, en donde fundamentalmente reiteró lo expuesto en la demanda.

6. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá DC en providencia de 19 de diciembre de 2016 (fls. 183 a 190 vlto. cdno. ppal. no. 1) dictó sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia fueron los siguientes:

1) La fijación del litigio consistió en establecer la legalidad del Acuerdo municipal 09 de 25 de junio de 2012 y si se violaron los artículos 1, 2, 48, 121, 189, 209, 287, 313 numeral 6 y 352 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el artículo 32 numeral 10 de la Ley de la Ley 136 de 1994, el artículo 44 de la ley 715 de 2001 y los Decretos 133 de 1986, 1876 de 1994 y 1011 de 2006.

2) Al revisar el contenido del acto acusado se encuentra que si bien en el epígrafe se hace alusión a que corresponde a un acto administrativo *“por el cual se autoriza al alcalde municipal de Sibaté Departamento de Cundinamarca para la liquidación de la ESE municipio de Sibaté y se dictan otras disposiciones”*, en dicho acto administrativo lo que realmente se decidió conforme a lo consignado en la parte resolutive fue disolver la entidad por lo que no se dispuso autorización alguna al alcalde para disponer la supresión de la ESE del municipio de Sibaté.

3) De entenderse que la parte actora fundó su acusación en el hecho de que el concejo no era competente para disponer la disolución de la ESE del municipio de Sibaté tampoco se encuentra acreditada la falta de competencia por lo siguiente:

a) El numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política consagra que corresponde a los concejos municipales *“6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.”*

b) De manera consecuente según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 315 Constitucional al alcalde le está asignada la atribución de *“4. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los respectivos acuerdos.”*

c) Dentro de las atribuciones asignadas a los concejos municipales se encuentra la de determinar la estructura de la administración municipal, esto

es, definir el número y la clase de entidades públicas que cumplen funciones municipales y el aspecto cuantitativo que implica que las puede crear, autorizar, organizar, suprimir, liquidar o fusionar.

d) Esa competencia en cuanto a la supresión, liquidación y fusión la puede cumplir el concejo municipal de manera particular respecto de determinada entidad de manera general y de forma consecuente con la atribución asignada al alcalde en el numeral 4 del artículo 315 Constitucional para cualquier entidad, estableciendo mediante acuerdo municipal los criterios que para el efecto deba observar el alcalde.

e) La atribución que le fue asignada al alcalde implica cualquier medida que determine la desaparición de un órgano municipal, situación que guarda relación con la disolución que dispuso el concejo municipal de Sibaté mediante el acto acusado pues, esta se predica de las entidades cuya creación implica el concurso de la voluntad del municipio y de otras personas, a saber, las que se crean con la autorización del concejo.

4) Los artículos 44 y 45 de la Ley 715 de 2001 se adoptaron en consideración a que la mayoría de los distritos y municipios prestarían directamente el servicio de salud en unas condiciones que no resultarían consecuentes con los principios establecidos en los artículos 1 y 209 de la Constitución Política e impedirían el cumplimiento de los fines esenciales y sociales del Estado consagrados en los artículos 2 y 355 *ibidem*, razón por la cual las citadas disposiciones jurídicas aceptan la posibilidad de que se preste directamente el servicio cuando se cumplan las reglamentaciones sobre cómo pueden atenderlo.

5) Si los distritos y municipios estaban prestando directamente el servicio de salud de conformidad con la autorización contenida en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, es decir, siendo certificados a 31 de julio de 2001 en cuanto venían prestándolo o, de la manera aludida en el parágrafo del artículo 45 *ibidem*, esto es asumiendo directamente la prestación, en ambos eventos sin cumplir con los reglamentos sobre la materia que se darían dentro del año siguiente a la expedición de la Ley 715 de 2001 lo que se imponía era dejar de

prestarlo y el desmonte de la estructura con la que se venía haciendo.

6) El municipio de Sibaté (Cundinamarca) para cuando el momento en que se expidió la Ley 715 de 2001 no venía prestando el servicio de salud de manera directa y decidió atenderlo en marzo de 2008.

7) La reglamentación de la Ley 715 de 2011 se adoptó hasta el 23 de diciembre de 2009 cuando se expidió el Decreto 4973 de 2009, es decir, el municipio de Sibaté asumió la prestación del servicio de salud sin considerar la condición a la que estaba atada esa posibilidad por lo que se imponía que adoptara las medidas para dejar de prestarlo, situación esta que guardaba relación con lo decidido en el acto acusado en cuanto se dispuso el desmonte de la estructura que se había creado para la prestación del servicio.

8) Al revisar el contenido del acto acusado se encuentra que existe divergencia entre lo enunciado en el epígrafe de ese acto y lo que se decidió en la parte resolutive en cuanto se dijo que se autorizaba al alcalde para la liquidación de la ESE municipio de Sibaté y a la postre lo que decidió fue disolver esa entidad.

No obstante, si bien esa irregularidad da cuenta de cómo se documentó lo realmente resuelto no constituye una incorrección capaz de invalidar el acto acusado en atención a lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 01 de 0184 vigente para la época en que se profirió el acto acusado, toda vez que son consecuentes las razones y la decisión y que lo que el concejo estudió y dispuso fue disolver la ESE del municipio de Sibaté.

Basta con revisar las normas que se citaron como sustento de la competencia de la corporación para proferir el acto demandado como son los artículos 313 y 352 de la Constitución Política y el numeral 10 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, normas que dan cuenta de la atribución de los concejos para determinar la estructura de la administración municipal y votar el presupuesto municipal, así como también al verificar los fundamentos fácticos y jurídicos que daban cuenta que no era viable que existiera la ESE del municipio de Sibaté, por tanto la motivación y lo resuelto en el acto acusado es congruente.

9) En lo que respecta al cargo de falsa motivación, el primer alegato del demandante hace referencia a la acusación de ilegalidad del acto por medio del cual el Departamento de Cundinamarca negó la autorización a la ESE Municipio de Sibaté para la prestación del servicio de salud, situación que implica un estudio de validez que no es propio de este proceso, por lo que es razón suficiente para negar esa acusación.

Como segundo argumento el demandante adujo que el acto se fundó en un concepto errado de la junta directiva, pero, se limitó a realizar esa aseveración mas no la sustentó, situación suficiente para negar el cargo en cuanto a ese argumento se refiere.

En relación con el tercer argumento en que se apoya el cargo de falsa motivación se debe precisar que no obstante se citó como fundamento de la decisión lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 19 de abril de 2012 dentro del expediente de simple nulidad 2011-110-01 y que esa providencia no se encontraba en firme, ese no fue el único motivo ni la razón de la determinación adoptada en el Acuerdo municipal no. 09 de 25 de junio de 2012, adicionalmente ese acto no se expidió en cumplimiento de lo dispuesto por ese tribunal en esa oportunidad.

10) De la verificación de la parte considerativa del acto acusado y los documentos que forman parte de los antecedentes administrativos no se advierte incorrección que lo invalide pues se encuentra que el concepto de la junta directiva y lo decidido por el Tribunal de Cundinamarca daban cuenta del detrimento patrimonial que estaba causando la operación de la ESE municipal de Sibaté, la negativa para la prestación del servicio y la consecuente adopción de medidas preventivas por parte de la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la imposibilidad de prestar el servicio con sujeción a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 715 de 2001, aspecto este último que resultó conforme a derecho.

11) Lo decidido en el acto acusado no implica de manera automática que el municipio pierda los recursos que invirtió para organizar la ESE Municipio de Sibaté en cuanto puede enajenarlos a un precio razonable y sus habitantes no quedarían sin la prestación del servicio de salud, como quiera que esa

prestación debe ser asumida por el departamento según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 298 de la Constitución Política en virtud del cual le corresponde a este cumplir funciones administrativas complementarias de la actividad municipal.

7. El recurso de apelación

El 27 de junio de 2017 la parte actora presentó por escrito recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 194 a 200 cdno. no. 1), medio de impugnación que fue concedido mediante auto de 9 de mayo de ese mismo año (fl. 207 *ibidem*).

Los fundamentos del recurso de alzada en síntesis son los siguientes:

1) En cuanto al cargo de falta de competencia el *a quo* aplicó disposiciones que no hacen parte de las normas consideradas en la contestación de la demanda como son los artículos 313 numeral 6 y 315 numeral 4 de la Constitución Política.

La decisión del juez de primera instancia contradice, por un lado, lo preceptuado en el numeral 4 del artículo 315 de la Constitución Política que le asigna funciones al alcalde referentes a “*suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos*” y, por otro, lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 313 *ibidem* que establece como atribuciones de los concejos municipales “*determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.*”

Por mandato del artículo 209 Constitucional las autoridades están sometidas al principio de coordinación lo que significa que cuando hay competencias conjuntas cada autoridad debe actuar con prontitud y eficacia para no entorpecer el ejercicio de la función de otra autoridad.

No se trata de una asignación de funciones idénticas como lo interpreta el a quo sino de la distribución implícita de los espacios jurídicos de actuación, el normativo para el concejo y el ejecutivo para el alcalde.

La Constitución asigna competencias taxativas a los alcaldes para suprimir o liquidar las ESE de conformidad con los acuerdos respectivos, nunca a los concejos municipales, lo que estos últimos deben hacer y que el concejo de Sibaté no ha hecho es expedir el acuerdo municipal que fijara los criterios generales, causales y reglas dentro de las cuales el alcalde pueda ejercer esas competencias específicas. Hasta tanto el concejo municipal de Sibaté no emita el acto administrativo que fije los criterios generales, causales y reglas el alcalde no puede liquidar la ESE.

El concejo municipal de Sibaté no es competente para autorizar al alcalde que disuelva suprima o liquide una ESE municipal ya que esa competencia del alcalde es de rango constitucional.

En este punto el fallador de primer grado decidió de manera *extrapetita*.

2) En cuanto al cargo referente a la violación de la norma jurídica superior por interpretación errónea del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 se debe destacar lo siguiente:

a) El párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 preceptúa que *“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.*

b) La citada norma en ningún momento prohíbe a las Empresas Sociales del Estado ofertar y prestar servicios de salud, si así lo hiciera sería inconstitucional ya que la razón de ser de una ESE municipal es la prestación de servicios de salud a la población más pobre y vulnerable.

c) La norma prohíbe a los municipios no certificados asumir directamente la prestación del servicio de salud, la certificación no es otra cosa que la descentralización territorial, concepto diferente a la descentralización por servicios de la que hace parte la ESE, es importante poner en conocimiento que antes de la promulgación de la Ley 715 de 2001 los municipios prestaban el servicio de salud directamente a través de los puestos y centros de salud con personal vinculado con la administración municipal.

d) Por otro lado, el párrafo del artículo 25 de la Ley 1176 de 2007 derogó tácitamente el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 por lo que el Acuerdo acusado se funda una norma derogada.

3) Asimismo se desvirtúan los argumentos del juez de primera al resolver los cargos denominados expedición irregular del acto acusado, falsa motivación y desviación de poder por las siguientes razones:

a) La génesis para que la ESE de Sibaté no pudiera seguir prestando los servicios de salud a la población pobre y vulnerable fue la arbitraria imposición de la medida de suspensión de servicios impuesta por la dirección de inspección, vigilancia y control de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, asimismo esa entidad profirió el auto no. 2014337747 de 7 de octubre de 2014 que declaró la cesación del procedimiento en contra de la ESE y se ordenó el archivo porque *“revisado los presupuestos procesales, que gobiernan la presente actuación, y en virtud del principio de objetividad e imparcialidad que debe regir la presente actuación administrativa, se procede al estudio de la forma jurídica de dar por terminada la presente actuación, para garantizar el derecho al principio de legalidad y debido proceso del investigado, puesto que algunos documentos no dan certeza ni tampoco prueban las presuntas infracciones que dieron origen a la investigación.”* (fl. 199).

b) La suspensión total del carácter temporal de los servicios ofertados y prestados por la ESE de primer nivel Sibaté fue uno de los motivos que tuvieron los concejales para emitir el Acuerdo municipal cuya nulidad se solicita, una vez ejecutoriado el citado auto la ESE de Sibaté no tenía impedimento para prestar los servicios de salud, auto determinante para probar

que el grave daño al patrimonio público fue responsabilidad de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, además el a quo desestimó las normas que se expusieron en la demanda ya que aplicó actuaciones ilegales de esta última entidad.

c) No se valoró una prueba determinante como es la *ratio decidendi* de la sentencia ejecutoriada el 10 de septiembre de 2009 mediante la cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró infundadas las observaciones de la demanda presentadas por la Gobernación de Cundinamarca por la presunta ilegalidad del Acuerdo de creación de la ESE del municipio de Sibaté en donde se estableció 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 para crear una ESE.”* (fl. 199).

d) La afirmación de que hubo detrimento patrimonial es desacertada puesto que no existe un fallo de responsabilidad fiscal.

8. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto de 8 de junio de 2017 (fl. 4 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 7 de julio de ese mismo año (fl. 8 cdno. ppal.) se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso, al Ministerio Público para que emitiera concepto.

En dicho término, la parte actora presentó alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de alzada (fls. 10 y 11 cdno. ppal.).

9. Concepto del Ministerio Público

La agente del Ministerio Público emitió concepto (fls. 12 a 20 cdno. ppal.) en los siguientes términos:

- 1) La competencia para adoptar el procedimiento de liquidación de entidades públicas contenido en la Ley 1105 de 2006 en cuanto a la organización y condiciones de cada una de las entidades territoriales se asigna a estas y no a los gobernadores y a los alcaldes de los municipios.
- 2) A las entidades territoriales se les reconoce la competencia para suprimir o disolver y liquidar sus organismos y al mismo tiempo se les atribuye la facultad para establecer el procedimiento de liquidación mediante una adaptación del contenido en la misma ley a la organización y las condiciones particulares de aquella.
- 3) Lo anterior guarda armonía con la disposición general según la cual las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley (artículo 287 de la Constitución Política) como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- 4) Respecto de la distribución de competencias entre los órganos de las entidades territoriales es necesario partir de la base de lo dispuesto en los artículos 308 numeral 8 de la Constitución Política según el cual es atribución del gobernador del departamento *“suprimir o fusionar las entidades de conformidad con las ordenanzas”*, y 315 numeral 4 *ibidem* según el cual es atribución del alcalde del municipio *“suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos”*.
- 5) La competencia de los gobernadores y de los alcaldes está supeditada a la autorización de las asambleas departamentales y de los concejos municipales, respectivamente, lo cual es una consecuencia lógica de la existencia de una jerarquía en el ordenamiento jurídico que la Constitución señala al disponer que es atribución del gobernador cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos y las ordenanzas de la asamblea departamental (artículo 305 numeral

1 de la Constitución Política) y que es competencia del alcalde cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos, las ordenanzas y los acuerdos del concejo municipal (artículo 315 numeral 1 de la Constitución).

6) En esta materia de organización de la administración pública y el ejercicio de la función de suprimir o fusionar organismos de la misma debe destacarse la existencia de una simetría en la asignación constitucional de competencias en los órdenes nacional y territorial, por un lado, al Congreso de la República, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para “*determinar la estructura*” (artículos 150 numeral 7, 330 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución Política) y, por otro lado, al Presidente de la República, a los gobernadores de departamentos y a los alcaldes municipales para suprimir o fusionar entidades u organismos de conformidad, en su orden, con la ley, las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales (artículos 198 numeral 15, 305 numeral 8 y 315 numeral 4 de la Constitución Política).

7) En el orden territorial es aplicable el criterio expuesto sobre el ejercicio de esas competencias en el orden nacional conforme al cual el Congreso de la República tiene una competencia plena, mientras que el Presidente de la República está sometido a las leyes dictadas por aquel, por consiguiente el Congreso tiene atribuciones para: a) suprimir o fusionar entidades u organismos directamente, en forma particular o específica; b) otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para establecer las reglas generales de la supresión o fusión o para suprimir o fusionar en forma particular o específica una o más entidades u organismos o, c) expedir mediante ley las normas generales con base en las cuales y por vía de reglamentación el Presidente de la República puede ordenar la supresión o liquidación de las entidades u organismos con sujeción a aquellas.

8) En el orden territorial la competencia para adoptar la organización y condiciones de las entidades territoriales, el procedimiento de liquidación de las entidades u organismos públicos que aquellas decidan suprimir, disolver y liquidar contenido en el Decreto 254 de 2000 y en la Ley 1105 de 2006 de ser necesario puede ser ejercida por la asamblea departamental o el gobernador y por el concejo municipal o el alcalde, según el mecanismo que escoja la

asamblea o el concejo municipal entre los equivalentes al orden nacional que ha señalado la Corte Constitucional.

9) Conforme a la Constitución las asambleas departamentales y los concejos municipales pueden otorgar facultades extraordinarias a los gobernadores y los alcaldes para ejercer temporalmente funciones de las que corresponden a aquellos de conformidad con los artículos 300 numeral 9 y 313 numeral 3 de la Constitución Política.

10) Por lo tanto se debe confirmar la sentencia de primera instancia dado que no están probados los cargos de nulidad esgrimidos con la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) aspecto preliminar, 2) objeto de la controversia, 3) objeto de la apelación y competencia del *ad quem*, 4) análisis de la impugnación y 5) condena en costas.

1. Aspecto preliminar

Pone de presente la Sala de Decisión Cabe observar que el Consejo Superior de la Judicatura expidió los Acuerdos Nos. PCSJA20-11519 del 16 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 21 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11529 del 25 de marzo de 2020, PCSJA20- 11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020 mediante los cuales suspendió los términos judiciales desde el 17 de marzo y hasta el 24 de mayo de 2020, exceptuando las acciones constitucionales, *habeas corpus* y controles inmediatos de legalidad, como parte de las medidas adoptadas para la preservación de la vida y la mitigación de riesgos con ocasión de la situación de emergencia sanitaria generada por la irrupción y pandemia del denominado coronavirus Covid-19.

A partir del Acuerdo No. PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020 igualmente proferido por el Consejo Superior de la Judicatura se incluyó como excepción a esa suspensión aquellos procesos que en cualquiera de los medios de control jurisdiccional establecidos en la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 01 de 1984, inclusive, se encuentren para dictar sentencia, de primera, única o segunda instancias, así como sus aclaraciones o adiciones, decisiones que se notificarán electrónicamente (artículo 5, numeral 5.5), de manera que procede la Sala a resolver el presente medio control por encontrarse exceptuado conforme al Acuerdo PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020.

2. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión de legalidad del Acuerdo número 09 de 25 de junio de 2012 expedido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) a través del cual se decidió: *“Artículo primero: disuélvase la Empresa Social del Estado Municipio de Sibaté y declárese en estado de liquidación y se disponga de los recursos que le sean necesarios para otras entidades de la administración municipal. Artículo segundo: practíquese la liquidación en el lapso de 6 meses para lo cual se deberá observar el procedimiento del Decreto ley 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006 y, Artículo tercero: facúltese al señor alcalde municipal contratar con cargo al presupuesto municipal de la vigencia 2012 al personal para liquidar conforme al decreto ley 254 de 2000 modificado por la ley 1105 de 2006”* (fl. 114 y vlto. cdno. no. 1).

Para el efecto la parte actora adujo como cargos o cuestionamientos de legalidad los de a) falta de competencia, b) violación de norma jurídica superior por interpretación errónea del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, c) falsa motivación, c) expedición irregular del acto acusado y, e) desviación de poder como se estableció en la fijación del litigio y en la sentencia de primera instancia.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda por considerar que el acto acusado se ajustó al ordenamiento jurídico que regula la materia por lo que los cargos de nulidad no tenían vocación de prosperidad.

El problema jurídico en esta la segunda instancia consiste en determinar lo siguiente:

- a) Si el concejo municipal de Sibaté no era competente para autorizar al alcalde que disolviera, suprimiera o liquidara una ESE municipal ya que según la parte acora esa es una atribución del alcalde de rango constitucional.
- b) Si hubo interpretación errónea del párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001.
- c) Si en este caso concreto se configuraron los cargos de nulidad denominados expedición irregular del acto acusado, falsa motivación y desviación de poder.

3. Objeto de la apelación y competencia del *ad quem*

Sobre el punto cabe advertir que dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte demandante.

De acuerdo con lo anterior se tiene que se trata de una situación de apelante único donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso¹, norma aplicable en virtud de la remisión legal contenida en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En efecto el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa:

“Artículo 328.- El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

¹ Normatividad procesal aplicable atendiendo el criterio consignado en el Acuerdo no. PSAA-10392 de 1 de octubre de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en la Sentencia C-229 de 21 de abril de 2015 proferida por la Corte Constitucional, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”. (resalta la Sala).

En ese contexto es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, vale decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, razón por la cual la competencia funcional de esta Corporación se encuentra restringida legalmente.

4. Análisis de la impugnación

En los términos en que ha sido planteada la controversia en consonancia con lo expuesto por el Ministerio Público la sentencia apelada será confirmada por las razones que se exponen a continuación:

1) Manifiesta la parte actora en el recurso de alzada en consonancia con lo expuesto en la demanda que el concejo municipal de Sibaté no tenía competencia para autorizar para disolver, suprimir o liquidar una ESE municipal por ser esa una atribución del alcalde de rango constitucional.

En ese sentido argumenta la parte demandante que la Constitución asigna competencias taxativas a los alcaldes para suprimir o liquidar las ESE de conformidad con los Acuerdos respectivos, nunca a los concejos municipales ya que lo que estos últimos deben hacer y que el concejo de Sibaté no ha hecho es expedir el acuerdo municipal que fije los criterios generales, causales y reglas dentro de las cuales el alcalde pueda ejercer esas competencias específicas por lo que hasta tanto el concejo municipal de Sibaté no expida el acto administrativo que fije los criterios generales, causales y reglas el alcalde no puede liquidar la ESE.

Este motivo de censura no es de recibo para la Sala por las siguientes razones:

a) El artículo 287 de la Constitución Política reconoce un reparto constitucional de competencias definiendo la estructura de la administración y en este sentido la autonomía de las entidades territoriales al explicar que estas "*gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley*", agregando que en consecuencia ellas tienen unas precisas potestades dentro de las cuales se encuentra la de "*ejercer las competencias que les correspondan*".

Al respecto la norma preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.

2. Ejercer las competencias que les correspondan.

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

4. Participar en las rentas nacionales.” (resalta la Sala)

b) A su turno la Constitución Política dispone que una de las atribuciones de las entidades territoriales es organizar la estructura de la administración municipal.

c) En efecto en el numeral 6 del artículo 313 *ibidem* prevé que corresponde a los concejos municipales *determinar la estructura de la administración municipal* y las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, norma cuyo contenido es como sigue:

“ARTÍCULO 313. Corresponde a los concejos:

(...)”

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.” (resalta la Sala).

d) En consonancia con lo anterior el artículo 315 numeral 4 de la Constitución Política dispone que los alcaldes tienen la atribución de suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales de conformidad con los acuerdos municipales que sobre la materia expidan los concejos municipales:

La norma preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 315. Son atribuciones del alcalde:

(...).

4. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos. (destaca la Sala)

e) Es claro entonces que de la autonomía administrativa que la Constitución Política reconoce a los municipios para la gestión de los asuntos de naturaleza administrativa, para la creación, constitución, modificación, fusión, transformación, *supresión, disolución y liquidación* de entidades y organismos del orden municipal tanto del sector central como descentralizado por servicios, sea cual fuere su campo de actividad, esa una tarea que corresponde de manera exclusiva a las autoridades municipales, así lo confirman los artículos 313 numeral 6 y 315 numeral 4 de la Constitución Política.

f) Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1105 de 2006 el cual también hace referencia a la facultad de suprimir o disolver y liquidar entidades del orden municipal por parte de las entidades territoriales, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 1o del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

(...).

PARÁGRAFO 1o. Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan suprimir o disolver y liquidar una entidad pública de dicho nivel, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptando su procedimiento a la organización y condiciones de cada una de ellas, de ser necesario, en el acto que ordene la liquidación.” (resalta la Sala).

g) Las normas constitucionales antes citadas no establecen ningún tipo de excepciones por lo cual ha de entenderse que la *facultad* para determinar la *estructura de la administración* por parte del *concejo municipal* dispuesta en el artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política comprende e involucra igualmente la creación, constitución, modificación, fusión, transformación, *supresión, disolución y liquidación* de aquellas entidades, organismos o dependencias municipales encargadas de la prestación de los servicios de salud.

h) Respecto de la competencia de los concejos municipales para *suprimir o disolver y liquidar* las ESE de carácter municipal la Corte Constitucional² ha precisado lo siguiente:

*“A partir de lo expuesto, considera la Corte que la facultad otorgada por las disposiciones acusadas a la Superintendencia Nacional de Salud de liquidar entidades sometidas a su vigilancia, incluyendo las ESE de carácter departamental o municipal, **no priva a las asambleas departamentales ni a los concejos municipales de la atribución de suprimir entidades en ejercicio de sus competencias que les permiten definir la estructura de la administración nacional.***

*Para la Corte es claro que no existe oposición entre, por una parte, la facultad otorgada a la Superintendencia Nacional de Salud de liquidar entidades de salud sometidas a su vigilancia sin consideración a su naturaleza jurídica (particularmente, sin tener en cuenta su carácter nacional o territorial), y, por otra parte, **la atribución prevista en la Constitución para que las asambleas departamentales, los gobernadores, los concejos municipales y los alcaldes determinen la estructura de la administración nacional.** Lo anterior, se debe a que no se desconoce el reparto de competencias constitucionalmente definido, según los criterios fijados en la jurisprudencia constitucional (ver supra, numerales y).”* (negritas adicionales).

² Corte Constitucional, sentencia C - 246 de 2019, M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo.

i) Es claro entonces que los concejos municipales sí tienen competencia para *suprimir o disolver y liquidar* entidades, organismos o dependencias municipales encargadas de la prestación de los servicios de salud como las ESE de carácter municipal, por corresponder a la determinación de la estructura administrativa del municipio y concretamente al sector descentralizado por servicios.

j) Asimismo cabe resaltar que los alcaldes municipales también tienen asignada la función de suprimir entidades y dependencias municipales pero *“de conformidad con los acuerdos respectivos”*, tal como clara y expresamente lo consagra el artículo 315 numeral 4 de la Constitución Política, es decir, que para ejercer esa atribución debe contar con la autorización respectiva del concejo municipal.

Ello es concordante con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política según el cual establece que los concejos municipales pueden *“autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.”*

k) En este caso concreto el Acuerdo no. 09 de 25 de junio de 2012 expedido por el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca), esto es, el acto demandado, decidió lo siguiente: *“Artículo primero: disuélvase la Empresa Social del Estado Municipio de Sibaté creada mediante Acuerdo 05 de 2009 y declárese en estado de liquidación y se disponga de los recursos que le sean necesarios para otras entidades de la administración municipal. Artículo segundo: practíquese la liquidación en el lapso de 6 meses para lo cual se deberá observar el procedimiento del Decreto ley 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006 y, Artículo tercero: facúltase al señor alcalde municipal contratar con cargo al presupuesto municipal de la vigencia 2012 al personal para liquidar conforme al decreto ley 254 de 2000 modificado por la ley 1105 de 2006”* (fl. 27 a 28 vlto. cdno. ppal.), artículo este último que fue modificado por el Acuerdo municipal no. 20 de 13 de octubre de 2012 en donde se dispuso lo siguiente: *“Artículo primero: Modifícase el artículo tercero del acuerdo no. 09 de 25 de junio de 2012 el cual quedará así: facúltase al señor alcalde municipal para nombrar con cargo a los recursos de la entidad en liquidación al personal*

requerido para liquidar conforme al Decreto ley 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006. Artículo Segundo: prorróguese el término inicial de la liquidación por seis (6) meses a partir de la fecha de vencimiento del Acuerdo 09 de 2012” (fl. 114 a 116 cdno. no. 1).

Asimismo, el acto demandado fue objeto de prórroga en cuanto al plazo fijado para la liquidación de la ESE del municipio de Sibaté a través de Acuerdos municipales posteriores, los números 12 de 2013 y 22 de 29 de noviembre de ese mismo año (fls. 117 a 120 *ibidem*).

l) Es claro entonces que con el acto acusado el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca) ordenó o dispuso la supresión de la Empresa Social del Estado Municipio de Sibaté, es decir ordenó su disolución y liquidación, facultad esta que es otorgada por el artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política y que ha sido reconocida por la jurisprudencia de Corte Constitucional como ampliamente se analizó, por tanto no es de recibo el argumento expuesto por la parte actora consistente en que la corporación municipal carecía de competencia para suprimir o disolver o liquidar la ESE municipal.

m) Asimismo, es pertinente advertir que, contrario a lo expuesto por la parte actora, que en el Acuerdo que ordenó la disolución y liquidación de la ESE municipal además de facultarse al alcalde para que contratara el personal requerido para llevar a cabo la liquidación se dispuso que esta se debía realizar de conformidad con el procedimiento dispuesto para el efecto en el Decreto-ley 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006 (fls. 114 a 120 cdno. no. 1).

n) Por consiguiente este primer cargo de la demanda y la apelación no prospera.

2) La parte actora aduce que hubo interpretación errónea del párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 el cual establece lo siguiente: *“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”, en ese sentido argumentó que esa norma en ningún momento prohíbe a las Empresas Sociales del Estado ofertar y prestar servicios de salud y que si así lo hiciera sería inconstitucional ya que la razón de ser de una ESE municipal es la prestación de servicios de salud a la población más pobre y vulnerable; de igual manera resaltó que la norma prohíbe a los municipios no certificados asumir directamente la prestación del servicio de salud y que la certificación no es otra cosa que la descentralización territorial, concepto diferente a la descentralización por servicios de la que hace parte la ESE, por lo que era importante poner en conocimiento que antes de la promulgación de la Ley 715 de 2001 los municipios prestaban el servicio de salud directamente a través de los puestos y centros de salud con personal vinculado con la administración municipal.

Finalmente expuso la parte actora que el párrafo del artículo 25 de la Ley 1176 de 2007 derogó tácitamente el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 por lo que el Acuerdo demandado se funda en una norma derogada.

Estos motivos de censura no tienen asidero jurídico por lo siguiente:

a) El Consejo de Estado en providencia de 13 de julio de 2017 emitida dentro del proceso con radicación número 25000 23 24 000 2011 00110 01³, a través de la cual se confirmó la sentencia emitida por esta Sección del Tribunal que anuló el acto administrativo contenido en el Acuerdo no. 05 de 2009 emitido por el Concejo de Sibaté (Cundinamarca) mediante el cual precisamente se creó la Empresa Social del Estado municipio de Sibaté, respecto del contenido y alcance del párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 precisó lo siguiente:

“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

³ Consejo de Estado, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, sentencia de 13 de julio de 2017, expediente no. 25000 23 24 000 2011 00110 01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

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 salud⁴, 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

⁴ 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. [...]».

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. [...]»

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 parágrafo 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 expidiera 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 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 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.⁵
(se resalta).

b) De la citada sentencia se tiene lo siguiente:

(i) El artículo 194 de la Ley 100 de 1993 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, entregándoles a los concejos municipales, para el caso precisamente de los municipios, la facultad para crearlas, sin establecer ningún límite para el efecto.

(ii) Las limitaciones para la creación de este tipo de entidades públicas vinieron de la mano de la Ley 715 de 2001 que en el párrafo del 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.

(iii) Esas limitaciones no fueron modificadas por el legislador sino con la expedición de la Ley 1176 de 2007 la cual en el artículo 25, que modificó el párrafo del artículo 45 de la Ley 715 de 2001, habilitó a los distritos y municipios que no hubieran asumido la prestación de los servicios para que lo hicieran, siguiendo para el efecto la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional la cual fue expedida el 23 de diciembre de 2009 a través del Decreto 4973, es decir con posterioridad a la expedición del Acuerdo demandado en aquel caso, esto es el Acuerdo 05 de 5 de marzo de 2009 que fue emitido por

⁵ Folio 8, cuaderno principal.

el concejo municipal de Sibaté (Cundinamarca), por lo que la habilitación no se encontraba vigente para dicha época.

(iv) Si bien el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 no 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 la prohibición de crear este tipo de entidades.

(v) En ese sentido el Consejo de Estado concluyó 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 ese proceso, en la medida en que esa 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 indicó el ente territorial en aquella demanda.

c) Es claro entonces que en aquel caso precisamente donde se analizó el acto de creación de la ESE del municipio de Sibaté (Cundinamarca) finalmente fue anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo por no cumplir con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico incluido el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, por tanto sí era jurídicamente viable que esa entidad del orden municipal fuera suprimida, esto es, jurídicamente disuelta y liquidada por el concejo municipal tal como se dispuso en el acto administrativo demandado en este otro proceso judicial puesto que su acto de creación no tenía sustento legal válido.

d) Tampoco es de recibo el argumento consistente en que el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007 derogó tácitamente el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715

de 2001 por cuanto aquella disposición de manera expresa lo que hizo fue modificar el artículo 45 de la Ley 715 de 2001.

Por consiguiente este otro motivo de censura no prospera.

3) La parte actora argumenta que en este caso concreto se configuraron los cargos de nulidad denominados expedición irregular del acto acusado, falsa motivación y desviación de poder, por las siguientes razones:

a) La génesis para que la ESE de Sibaté no pudiera seguir prestando los servicios de salud a la población pobre y vulnerable fue la arbitraria imposición de la medida de suspensión de servicios impuesta por la dirección de inspección, vigilancia y control de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, sin embargo esa entidad profirió el auto no. 2014337747 de 7 de octubre de 2014 que declaró la cesación del procedimiento en contra de la ESE y se ordenó el archivo de la actuación administrativa.

La suspensión total del carácter temporal de los servicios ofertados y prestados por la ESE de primer nivel Sibaté fue uno de los motivos que tuvieron los concejales para emitir el Acuerdo acusado, una vez ejecutoriado el citado auto la ESE de Sibaté no tenía impedimento para prestar los servicios de salud, auto determinante para probar que el grave daño al patrimonio público fue responsabilidad de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, además el *a quo* desestimó las normas que se expusieron en la demanda.

b) No se valoró una prueba determinante como es la *ratio decidendi* de la sentencia ejecutoriada el 10 de septiembre de 2009 mediante la cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró infundadas las observaciones de la demanda presentadas por la Gobernación de Cundinamarca por la presunta ilegalidad del Acuerdo de creación de la ESE del municipio de Sibaté en donde se estableció lo siguiente: “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 haya 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 para crear una ESE.” (fl. 199).

c) En la parte introductoria del Acuerdo demandado se manifiesta que se pretende liquidar la ESE Sibaté pero en la parte resolutive de ordenó la disolución y liquidación, y de otra parte no se consultó el bienestar de la comunidad ni el interés general.

d) Finalmente en cuanto a la afirmación de que hubo detrimento patrimonial es desacertada puesto que no existe un fallo de responsabilidad fiscal.

Estos otros motivos de censura no son atendibles por no tener fundamento jurídico válido, por lo siguiente:

a) El acto administrativo de creación de la ESE municipio de Sibaté fue anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo por no cumplir con los requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico, es decir no cumplió con los presupuestos legales que excepcionalmente permitían su creación contenidos en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 y en el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007 que modificó el parágrafo del artículo 45 de la Ley 715 de 2001 consistentes, en su orden, en lo siguiente: i) 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, aspecto que no fue acreditado por la parte actora y, ii) se 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, sin embargo el acto de creación de la ESE fue proferido antes de que se expidiese esa reglamentación; por tanto sí era jurídicamente viable que esa entidad del orden municipal Empresa Social del Estado municipio de Sibaté fuera suprimida, esto es disuelta y liquidada por el concejo municipal como se dispuso en el acto administrativo demandado en este otro proceso judicial ya que su creación no tenía ningún soporte jurídico.

b) Asimismo cabe manifestar que el Consejo de Estado al confirmar la sentencia emitida por esta misma Sección del Tribunal que anuló el acto de creación de la ESE del municipio de Sibaté dentro del proceso de simple nulidad no. 2011-00110-01, determinó de manera clara que si bien el objeto del trámite de observaciones no. 20089-0069-01 también tramitado en esta Sección del Tribunal, y aquel proceso de nulidad tenía por objeto la censura de legalidad del Acuerdo municipal 05 de 2009, lo cierto es que los motivos por los cuales en uno y otro proceso se consideró que el acto enjuiciado violó el artículo 44 de la Ley 715 eran distintos, llegando a la conclusión de que no existió cosa juzgada.

Al respecto se analizó y consignó lo siguiente⁶:

“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

⁶ Consejo de Estado, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, sentencia de 13 de julio de 2017, expediente no. 25000 23 24 000 2011 00110 01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

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.” (destaca la Sala).

c) De la citada providencia se tiene que en el trámite de control judicial por vía de observaciones la Gobernación de Cundinamarca consideró que se violaba el párrafo del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 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, que dicha empresa no se encontraba certificada para la prestación del servicio por que el concejo municipal no podía aprobar su creación, sin embargo se declararon infundadas las observaciones debido a que esos precisos aspectos no fueron previstos en la citada norma como requisitos para crear una ESE.

d) Por su parte en la acción de simple nulidad 2011-00110-01 la razón fundamental por la que se consideraba violado el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 fue diferente y radicó en que esta disposición prohibía que los municipios asumieran directamente nuevos servicios de salud o que ampliaran 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 en aquel proceso, llegándose a la conclusión de que en efecto en ese caso se vulneró la citada norma, anulándose el acto acusado como se explicó al resolver el segundo punto de apelación.

e) En ese contexto es claro que las observaciones presentadas al Acuerdo 05 de 2009 dentro del expediente 2009-169 fueron declaradas infundas por

motivos distintos a los expuestos en el proceso de simple nulidad 2011-00110-01, por tanto en este último proceso se determinó que no existió cosa juzgada y en donde se llegó a la conclusión de que en efecto la parte actora vulneró lo dispuesto en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, entre otras normas, por lo que había lugar a declarar la nulidad del acto de creación de la ESE del municipio de Sibaté, por tanto es evidente sin duda alguna que el acto demandado en este proceso contenido en el Acuerdo 09 de 25 de junio de 2012 que ordenó la disolución y liquidación de la ESE municipal se ajusta a derecho ya que su acto de creación carecía de sustento legal.

d) En ese orden no son de recibo las acusaciones formuladas contra el acto acusado en este punto de la apelación denominadas falsa motivación, expedición irregular y desviación de poder por las siguientes razones:

i) Sí era jurídicamente viable que la Empresa Social del Estado del municipio de Sibaté fuera suprimida, esto es disuelta y liquidada por el concejo municipal como se dispuso en el acto administrativo demandado ya que su creación no tenía ningún soporte jurídico, por lo que no es cierto que exista falsa motivación, expedición irregular o desviación de poder en la expedición del acto acusado.

ii) Asimismo cabe resaltar que, como lo expuso el *a quo*, si bien en el epígrafe del acto demandado se dispuso lo siguiente: *“por medio del cual se autoriza al alcalde municipal del municipio de Sibaté Departamento de Cundinamarca para la liquidación de la ESE municipio de Sibaté y se dictan otras disposiciones”*, lo cierto es que en su parte resolutive en concordancia con su parte motiva se decidió lo siguiente: *“Artículo primero: disuélvase la Empresa Social del Estado Municipio de Sibaté creada mediante Acuerdo 05 de 2009 y declárese en estado de liquidación y se disponga de los recursos que le sean necesarios para otras entidades de la administración municipal. (...)”*, es decir se ordenó la supresión o disolución y liquidación de la ESE del municipio de Sibaté, por tanto, lo que se evidencia en este punto es que se presentó un simple error formal al redactar el epígrafe o rotular el acto demandado que en ningún caso cambia el sentido material de la decisión, y sobre todo, que existe la necesaria y debida consonancia y coherencia entre los fundamentos fácticos y jurídicos

del acto demandado y la decisión adoptada en el acto administrativo, lo cual inclusive es igualmente armónico entre lo expuesto en la parte motiva y lo consignado en la parte resolutive del acto objeto ahora de examen.

En otros términos, el aspecto esgrimido por la parte actora como fundamento de la causal de expedición irregular en realidad tan solo consiste en una imprecisión en cuanto a la titulación o rotulación que precede a la decisión que, en nada y en modo alguno afecta su validez por cuanto se trata apenas de una falencia accidental o formal que no altera ni compromete la validez ya que el contenido y la lectura integral de su texto permite establecer, con facilidad y sin hesitación alguna, cuál es su motivación, su contenido y su alcance, sin perjuicio de que la *“liquidación”* de una persona jurídica -en este caso de la ESE Sibaté- implica, necesaria e indefectiblemente la disolución de ella, tal como se estableció en la parte resolutive del Acuerdo municipal demandado, razones estas por las cuales tampoco son fundados ni atendibles los cargos de nulidad por expedición irregular, y menos aún el de falsa motivación ya que carece por completo de soporte probatorio esta otra acusación, la parte actora no demostró que los fundamentos de hecho y de derecho invocados para la expedición del acto no fuesen ciertos ni que fuesen insuficientes.

Respecto de que un error de digitación no tiene el alcance de viciar la nulidad un acto administrativo el Consejo de Estado⁷ ha expuesto lo siguiente:

“Por tanto, es compartida la afirmación del a quo según la cual, “los errores cometidos en la digitación del Acuerdo objetado, no tienen el alcance de viciar de nulidad el acto administrativo, siempre que el contenido del mismo sea claro y esté fuera de cualquier error sustancial que cambie el sentido del mismo”, situación que no se presenta en el sub judice.” (resalta la Sala).

iii) Desde otro punto del examen de legalidad, tampoco existe desviación de poder por cuanto, como se explicó, el acto demandado contenido en el Acuerdo

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, providencia de 18 de junio de 2015, expediente no. 76001-23-31-000-2008-01137-01.

09 de 25 de junio de 2012 que ordenó la disolución y liquidación de la ESE municipal se ajusta a derecho ya que su acto de creación carecía de sustento legal, además la prestación del servicio de salud como lo expuso el *a quo* debe ser asumida por el Departamento Cundinamarca, hecho este que también fue puesto de presente por el Consejo de Estado en el proceso judicial donde se anuló el acto de creación de la ESE, por consiguiente la acusación de supuestamente haberse afectado el patrimonio público del municipio de Sibaté y de no satisfacerse con el acto el bienestar general de la comunidad y no consultarse el interés general resulta manifiestamente huérfano de fundamento, toda vez que la prestación del servicio público de salud debe hacerse, indefectiblemente, con la necesaria observancia y cumplimiento cabal del ordenamiento jurídico que regula la materia, por lo tanto so pretexto de consultar el interés general no se puede soslayar, omitir o justificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico superior.

4) En consecuencia, como ninguno de los motivos de la apelación y de nulidad invocados en la demanda se encuentran probados se impone confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

5. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el presente evento por tratarse de un proceso surgido con ocasión del ejercicio del medio de control público de simple nulidad y por tanto en donde su contenido y alcance tan solo es un interés de naturaleza pública consistente en la defensa del orden jurídico superior no hay lugar a condenar en costas.

Por lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

1º) Confírmase la sentencia de 19 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá DC.

2º) Acéptase la renuncia de la doctora Martha Nieto Ayala presentada el 14 de enero de 2020 (fls. 31 a 34cdno. ppal.) quien actuaba como apoderado de la parte demandada, en consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código General del Proceso por Secretaría **comuníquese** al municipio de Sibaté (Cundinamarca) la renuncia aceptada con la advertencia de que esta surte efecto cinco (5) días después de la comunicación de la presente decisión.

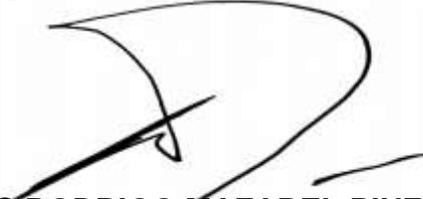
3º) En aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 numeral 5.6 del Acuerdo número PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura **notifíquese** esta providencia en forma electrónica pero, los términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto dicha autoridad levante esa medida o disponga algo en contrario.

4º) Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta no.


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado


MOISES RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Oscar Dimaté C.', with a long horizontal stroke extending to the right.

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado