



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

SENTENCIA No. 2020-08-088 OBS

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	OBSERVACIONES
DEMANDANTE:	GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA
DEMANDADO:	CONCEJO MUNICIPAL DE TOCANCIPÁ
RADICACIÓN:	25000-23-41-000-2019-01044-00
TEMA:	Observaciones al Acuerdo No. 024 de 2019 por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado “Hospital de Tocancipá” y se dictan otras disposiciones.

Magistrado ponente **MOISES RODRIGO MAZABEL PINZÓN**

Visto el informe secretarial que antecede, procede la Sala a pronunciarse sobre las observaciones formuladas por el Gobernador de Cundinamarca, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Resumen de las observaciones.

El Gobernador de Cundinamarca presentó las observaciones en derecho contra el Acuerdo N° 024 del 06 de agosto de 2018 “por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado Hospital de Tocancipá y se dictan otras disposiciones” tras considerar que infringe los artículos 6, 49 y 311 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 44, 54 y 65 de la Ley 715 de 2001.

Sostiene que se configuran en el acto demandado como causales de nulidad, la violación de normas superiores como quiera que se promulgó de manera irregular por falta de competencia del funcionario u organismo que lo profirió.

En esa medida, sostiene que el régimen de las empresas sociales del Estado, según lo establecido en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, la prestación de servicios de salud se debe dar de forma directa por la nación o las entidades territoriales y se hará principalmente a través de Empresas Sociales del Estado (E.S.E), las cuales constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio autónomo y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso.

Arguye que el artículo 26 de la Ley 1122 del 2007 dispone que las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud y que en todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una empresa de tal naturaleza.

Precisa que el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007 que modificó el artículo 45 de la Ley 715 de 2001, al regular las competencias en salud por parte de los distritos, contempló que tanto estos como los municipios que no hubiesen asumido la prestación de los servicios de salud, podrían hacerlo si cumplían con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno, en el plazo establecido por este; sin embargo, el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, contempla que ningún municipio podría asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, lo cual a su juicio implica, la limitante de creación de Empresas Sociales del Estado E.S.E, dado que la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas solo se podía hacer a través de estas.

Expone que dicha limitación deviene de una interpretación sistemática de lo previsto en la Ley 715 de 2001 con lo establecido en los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 26 de la Ley 1122 de 2007, según la cual, si ningún municipio podía asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, ello necesariamente restringía la creación de las citadas empresas.

En tal virtud, arguye que no contaba el Concejo Municipal de Tocancipá con la competencia para expedir el Acuerdo N° 024 de 2019 en tanto su objeto es la creación de una Empresa Social del Estado dedicada a la prestación de servicios de salud, de manera que lo que debió hacerse era conforme a la normatividad referida, incluirse a la red departamental disponible.

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

En esa medida, arguye que si bien conforme lo consagra el artículo 311 superior, al municipio como entidad funcional de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, es la misma norma la que fija una limitante para ejercer tal potestad.

Además, sostiene que el municipio demandado no acreditó que los servicios nivel 1 de baja complejidad no fueran prestados a través de E.S.E del departamento, desconociendo el deber que tenía de esgrimir los motivos adecuados y suficientes para motivar el acto.

En esa medida, arguye que el acto carece de la debida motivación que implica que la manifestación de la administración debe tener una causa que lo justifica y obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable, lo cual afirma no ocurre en el Acuerdo N° 024 de 2019 expedido por el Concejo de Tocancipá.

Como sustento de sus argumentos aportó: i) copia del Acuerdo Municipal N° 024 del 6 de agosto de 2019 del municipio de Tocancipá - Cundinamarca, con las certificaciones de publicación; ii) constancia de la fecha de recibido del Acuerdo N° 024 de 2019 por parte de la Gobernación de Cundinamarca; iii) copia de los oficios dirigidos al Alcalde, Personero y Presidente del Concejo Municipal comunicándoles las observaciones al Acuerdo N° 024 de 2019; iv) copia del Decreto de Delegación N° 284 del 12 de noviembre de 2009 y v) copia del acto de posesión del Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno de la Gobernación de Cundinamarca.

2. Posición de la parte demandada.

2.1 Alcaldía de Tocancipá.

El ente territorial manifestando su interés en constituirse en coadyuvante de la parte demandada, se pronunció en el término de traslado concedido, manifestado su oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que el Acuerdo N° 024 de 2019 se fundamentó en lo previsto en las leyes 489 de 1998, 100 de 1993, 344 de 1996, 715 de 2001, 1122 de 2007, 1176 de 2007 y sus decretos reglamentarios, compilados en el Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social” y se encuentra debidamente sustentado tal como se describió en los capítulos I y II del acto demandado que tratan de los fundamentos constitucionales y legales, así como la necesidad y la conveniencia de la iniciativa.

En esa medida, arguye que no se configuran ninguna de las causales de nulidad expuestas por la parte demandante, como quiera que la competencia de los Concejos Municipales para la creación de una Empresa Social del Estado se encuentra fundada en el artículo 313 numeral 6° de la Constitución Política de Colombia, en armonía con la Ley 489 de 1998, la Ley 100 de 1993 artículos 194 y 195, la Ley 1176 de 2007 artículo 25, el Decreto 4973 de 2009 y la Ley 715 de 2001.

Sostiene el párrafo del artículo 45 de la Ley 715 de 2001 estableció la posibilidad de que los municipios no certificados en salud, asuman la prestación del servicio de salud si cumplen con la reglamentación que para el efecto expide el Gobierno Nacional, esto es, lo dispuesto en el Decreto 4973 de 2009, por medio del cual se establecieron los requisitos y procedimientos para la certificación de la asunción de la prestación de servicios de salud.

En esa medida, arguye que el municipio de Tocancipá con la expedición del Acuerdo N° 024 de 2019 no vulneró las normas constitucionales y legales que señala la Gobernación y por el contrario, cumplió con los requisitos y procedimientos consignados en el Decreto 4973 de 2009 realizando los estudios técnicos, administrativos y financieros para justificar la creación de la E.S.E Hospital de Tocancipá conforme los lineamientos trazados por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, obteniendo la viabilización en la construcción de la infraestructura física y la aprobación del portafolio de servicios a ofrecer, tal como se describió en el escrito de exposición de motivos del proyecto de acuerdo, donde se planteó la justificación de la creación de la ESE municipal.

Afirma que las observaciones presentadas por la Gobernación de Cundinamarca, a través del Director de Asuntos Municipales se limita a reproducir literalmente los artículos 6 numeral 49 y 311 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 44 y 45 de la Ley 715 de 2001 sin explicar las razones y el por qué se incurriría en su vulneración, razón por la cual considera no puede el Juez examinar la legalidad del acto acusado por ineptitud sustancial de la demanda.

Alude que al confrontar los argumentos de las observaciones planteadas por la Gobernación de Cundinamarca con el marco constitucional, legal y reglamentario del sector salud, frente a los documentos técnicos, administrativos y financieros que justifican la creación de la ESE, así como la exposición de motivos del proyecto de acuerdo, se arriba a la conclusión de que no se ha vulnerado postulado constitucional alguno.

Sostiene que contrario a lo manifestado por la parte demandante, el acto administrativo si se encuentra dentro de las atribuciones propias del Concejo Municipal, tal como lo establece el artículo 313 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, el artículo 26 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 45 de la Ley 715 de 2001, aunado a que el municipio sí puede asumir directamente nuevos servicios de salud pues cumplió con los requisitos previstos en la ley para asumir dicha competencia.

Argumenta que el municipio acreditó que los servicios de salud nivel 1 de baja complejidad prestados a través de la ESE del departamento, son

insuficientes, lo que hace necesario ampliar el portafolio de servicios en salud y no desatendió las disposiciones consagradas en la Ley 715 de 2001 y su posterior reglamentación, pues la necesidad de la iniciativa se sustentó en los estudios técnicos, administrativos, financieros y jurídicos que fueron presentados tanto al Ministerio de Salud y Protección Social como a la Secretaría de Salud Departamental.

Lo anterior, conllevó a que la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca a través de la Dirección de Desarrollo de Servicios, el 24 de octubre de 2017 diera concepto de viabilidad al portafolio de servicios y la capacidad instalada.

Describe que al ser Tocancipá un municipio de segunda categoría debe contar por lo menos con una ESE pública para la prestación del servicio de salud a su comunidad en términos de calidad, eficiencia y eficacia a través de un hospital de nivel 1 de complejidad y no mediante un puesto de salud que aduce resulta insuficiente, sometiendo a la población al paseo de la muerte, en tanto la red pública departamental no cuenta con las instalaciones al 100% y personal médico general y especializado que atienda la demanda requerida, pues es de público conocimiento que se ha tenido que acudir a atender a los pacientes en corredores, sillas rimax e incluso en el suelo, pues no da abasto para brindar una atención en condiciones dignas a la comunidad. En lo que atañe al puesto de salud de Tocancipá resulta precario para la atención de la población del municipio, lo cual va en contravía de derechos fundamentales.

De otra parte argumenta que mediante oficio del 24 de mayo de 2019 el alcalde de Tocancipá le presentó al secretario jurídico de la Gobernación de Cundinamarca la propuesta de la ESE, sin que la entidad hubiere efectuado pronunciamiento alguno respecto de dicha actuación, en su demanda.

Enuncia que el Departamento de Cundinamarca expidió el Decreto Ordenanzal N° 00278 de 2008 “Por medio del cual crea la empresa social del estado del orden departamental Hospital de Tocancipá y se dictan otras disposiciones”, el cual fue modificado por la Ordenanza N° 043 de 2009, lo que dio origen a la firma del convenio marco 020 de 2009, convenio interadministrativo N° 202 de 2011, 1445 de 2015 y 011186 de 2016.

Sostiene que a la fecha la Gobernación de Cundinamarca a pesar de todo el esfuerzo de capital humano, técnico, administrativo y financiero, especialmente el aportado por el ente territorial para lograr la puesta en funcionamiento del Hospital de Tocancipá, cuyo objetivo principal es mejorar la calidad de servicios de salud que presta la red pública que es insuficiente, entrabó el cumplimiento de la ordenanza N 00278 de 2008 modificada por la 043 de 2009 que a la postre perdieron fuerza ejecutoria en los términos del numeral 3° del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011; razón

por la cual una vez cumplidos todos los requerimientos del Ministerio de Salud y de la Protección Social y la Secretaría de Salud Departamental el municipio se vio obligado a crear la ESE “HOSPITAL DE TOCANCIPÁ” del orden municipal y cumplir con los objetivos trazados de prestar un mejor servicio de salud a la comunidad en su área de influencia.

Finalmente, indica que con el acto administrativo demandado se busca precisamente el cumplimiento de los fines esenciales del estado, especialmente la cobertura en salud en términos de calidad, suficiencia y dignidad, además de evitar que la obra del nuevo Hospital se convierta en otra de aquellas que cae en pedazos por no ponerla en funcionamiento, todo ello en el marco de las competencias legales y constitucionales.

En virtud de lo anterior, solicita se declare que el Acuerdo N° 024 de 2019 está ajustado a derecho y en consecuencia se denieguen las pretensiones de la demanda declarando la configuración de las excepciones de: i) presunción de legalidad del acto administrativo y ii) inexistencia de causal de nulidad que afecte la validez del acto acusado.

2.2 Concejo Municipal de Tocancipá.

La corporación municipal a través de su apoderado presentó contestación a la demanda indicando en primer lugar que la Gobernación de Cundinamarca no sustentó la presunta vulneración en que se incurrió en la expedición del Acuerdo N° 024 de 2019.

Arguye que la parte demandante se centra en indicar que a su juicio: i) el Concejo de Tocancipá no contaba con la competencia para crear una Empresa Social del Estado, fundamentalmente en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 en razón a que los servicios de salud del municipio son prestados por el Departamento de Cundinamarca, a través de la red pública establecida para tal fin; expresando además que en virtud de los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 26 de la Ley 1122 de 2007 el municipio no puede asumir nuevos servicios de salud ni ampliar las existencias en virtud de una interpretación restringida de dichas normas y; ii) incurre el acto en falsa motivación en tanto afirma que no se sustentaron las facultades para asumir la prestación de servicios de salud ni se justificó la decisión adoptada, ni acreditó que los servicios de salud de nivel 1 de complejidad no fueran prestados a través de la ESE del departamento.

En tal virtud, aclara que la corporación sí cuenta con competencia para crear mediante un Acuerdo una Empresa Social del Estado, conforme lo dispuesto en el artículo 313 numeral 6° de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con lo señalado en la Ley 489 de 1998, los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, artículo 25 de la Ley 1176 de

2007, el Decreto Nacional 4973 de 2009, así como los artículos 44 y 45 de la Ley 715 de 2001.

Además, sostiene que el municipio de Tocancipá en la expedición del Acuerdo N° 024 de 2019 cumplió con los requisitos y procedimientos consignados en el Decreto Nacional 4973 de 2009 ya que realizó todos los estudios técnicos, administrativos y financieros que justificaron la creación de la ESE conforme los lineamientos trazados por el Ministerio de Salud y la Protección Social y con el propósito de fortalecer la oferta institucional en la prestación de servicios de salud, de suerte que la entidad territorial adelantó la construcción de una infraestructura para la prestación de servicios de salud en el municipio que fue avalada por la Secretaría de Salud de Cundinamarca y viabilizada por la Subdirección de Prestación de Servicios y la Subdirección de Infraestructura en Salud del Ministerio de Salud.

Refiere adicionalmente que el Hospital Divino Salvador de Sopó, entidad que ha venido operando el Puesto de Salud de Tocancipá, no cuenta con la capacidad técnica, ni con la capacidad financiera para implementar la dotación de los nuevos servicios, por lo cual es prioritario poner en funcionamiento la infraestructura que tantos esfuerzos ha costado al Municipio, con un costo que asciende a la suma tal de (\$5.333.474.815); tampoco cuenta con los recursos económicos iniciales de operación, los cuales equivalen según el estudio de contexto financiero de una inversión en capital de trabajo inicial de \$727.000.000 de pesos con la cual se asumirían los dos primeros meses de operación, entre tanto se empiecen a recibir los ingresos que la misma genere.

De otro lado, señala que la Dirección de Desarrollo de servicios de la Secretaría de Salud de Cundinamarca determinó que adicionalmente a la oferta aprobada y avalada inicialmente en el año 2009, se requiere ofertar servicios de consulta médica prioritaria y también consulta especializada de Ginecología, Pediatría, Cirugía General, Medicina Interna, Anestesia y Ortopedia, servicios que están en correlación a las necesidades del comportamiento de la demanda de los servicios de salud en el municipio, los cuales fueron incluidos en el nuevo estudio de oferta y demanda avalado y aprobado por la Secretaría de Salud de Cundinamarca en febrero de 2017, adicionalmente se requiere realizar y viabilizar la inversión necesaria que garantice la habilitación de los servicios autorizados y aprobados en el estudio de oferta y demanda, así como su puesta en funcionamiento garantizando su sostenibilidad y viabilidad operativa.

En esa medida, considera que la presunta infracción del acuerdo de normas constitucionales y legales, esgrimidos por la Gobernación de Cundinamarca y su invocación como censura del Acuerdo N° 024 de 2019 refleja un desconocimiento de la naturaleza jurídica de creación de las Empresas

Sociales del estado, cuando la misma ley señala que es competencia de los Concejos Municipales su creación, conforme lo dispone el artículo 313 de la Constitución Política y el artículo 2.5.3.8.4.1.1 del Decreto 780 de 2016.

De otra parte, afirma que el Concejo Municipal de Tocancipá, no vulneró postulado constitucional alguno, ni está en contravía de los preceptos que regulan la prestación de los servicios de salud, en tanto el Municipio tiene la capacidad financiera, técnica, administrativa y jurídica para asumir la prestación de los servicios de salud en el ente territorial, cuestión que se analizó en el concepto jurídico que la Corporación elabora para el análisis y discusión del mismo y como puede observarse igualmente en las actas de sesión de comisión y plenaria.

Alude a que el Municipio en su exposición de motivos del Proyecto inicialmente presentado, denota un panorama desalentador de la situación en relación a la oferta de servicios de salud, al respecto cita lo siguiente:

“Los indicadores sanitarios del municipio en cuanto a la oferta de servicios de salud han mantenido sus precariedades desde hace más de 30 años, no están alineados a la dinámica demográfica, económica ni migratoria que tiene Tocancipá, la oferta de atención ambulatoria es limitada en dotación, infraestructura, resolutivez y pertinencia, en todo el municipio no se cuenta con un ecógrafo, a pesar de tener un cardo de más de 570 gestantes al año, no contamos con equipos de Rx ni sala de procedimientos a pesar de estar en el corredor vial más importante del norte del país, además según Fasecolda se reportan en Tocancipá 1.700 accidentes laborales al año (5 diarios) lo que representa altos índices de siniestralidad, que no se atienden con oportunidad y suficiencia, no garantizamos en el territorio el acceso a los servicios públicos, mucho menos a servicios de mediana y baja complejidad, por lo anterior, la oferta de servicios de salud no está acorde a la de un municipio de categoría 2 que ha adelantado cuantiosos esfuerzos para superar esta carencia”

Ello, con el propósito de referir que el Acuerdo responde a los esfuerzos de más de once (11) años materializados en los estudios técnicos, administrativos, financieros, jurídicos, permisos de habilitación, infraestructura, entre otros, que permitieron consolidar la constitución de la Empresa Social del Estado.

Argumenta que en los debates se discutió la necesidad del proyecto y el cumplimiento de la normatividad, analizando igualmente que a través de éste se busca cumplir los objetivos trazados de prestar un mejor servicio de salud que beneficie a la comunidad, ya que se cuenta con los criterios de densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado en la red de su área de influencia.

Finalmente, enuncia que el Acuerdo buscó evitar que la obra del nuevo hospital se convierta en otra de aquellas que se cae en pedazos en contravía de las necesidades de la comunidad y la protección del patrimonio público.

En dichos términos, solicita se declare que el Acuerdo N° 024 de 2019 se encuentra ajustado a derecho y como consecuencia se denieguen las pretensiones ante la configuración de las excepciones de: i) presunción de legalidad del acto administrativo; ii) inexistencia de causal de nulidad y iii) inexistencia de causa para demandar.

II. TRÁMITE SURTIDO

En cumplimiento de lo previsto en el numeral 1° del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986 una vez fue asignada la presente actuación por reparto a esta Corporación, se resolvió fijar el asunto en lista por el término de diez (10) días (fls. 70 y 71).

Durante el término de fijación en lista se recibió pronunciamiento por parte del Concejo del Municipio de Tocancipá y la Alcaldía de Tocancipá.

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 y PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, mediante los cuales se suspendió los términos judiciales desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020, exceptuando las acciones constitucionales, Hábeas 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 epidemiológica generada por el nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) causante de la enfermedad (COVID-19).

En virtud de lo anterior, no habiendo circunstancia que invalide lo actuado, para resolver, la Sala hace las siguientes:

III. CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia.

El Gobernador de Cundinamarca (2016-2019) presenta ante esta Corporación escrito de observaciones por inconstitucionalidad e ilegalidad del Acuerdo Municipal N° 024 de 2019; en esta medida, conforme lo previsto en el artículo 119 y 12 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 151, numeral 5, de la Ley 1437 de 2011, a los Tribunales Administrativos les corresponde el

conocimiento de las observaciones en derecho que formulen los gobernadores a los acuerdos municipales o distritales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico superior, en única instancia.

2. Legitimación.

Las partes están legitimadas y con interés, dado que el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 establece que el Gobernador puede presentar observaciones por inconstitucionalidad o ilegalidad a los acuerdos municipales bajo la órbita de competencia territorial del respectivo Departamento, en este caso el Acuerdo N° 024 de 2019 *“por el cual se crea la Empresa Social del Estado Hospital de Tocancipá y se dictan otras disposiciones”*, de manera que existe identidad en la relación sustancial (autoridad que emite el acuerdo sobre el cual versan las observaciones y la autoridad que las formula) y la relación procesal (demandante / demandado).

3. Procedencia y trámite de las observaciones formuladas al proyecto de acuerdo municipal.

Como quiera que el Gobernador goza de la facultad de control de tutela sobre los actos de los concejos municipales y de los alcaldes, el artículo 305, numeral 10 constitucional prevé que, por motivos de ilegalidad o inconstitucionalidad podrá remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez, que estaba prevista en el numeral 8 del artículo 195 de la Constitución Política de 1886.

Dicho postulado fue desarrollado a través del Decreto 1333 de 1986, cuyos artículos 119 a 121 establecen los requisitos para formular las observaciones en derecho, así: (i) el Gobernador dispone de 20 días luego de su recepción por parte del Alcalde para enviarlo al Tribunal Administrativo competente y (ii) el escrito que acompañe el Acuerdo deberá contener los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el presente asunto (i) el Acuerdo 024 del 06 de agosto de 2019 fue recibido para ser revisado por el Gobernador el 14 de noviembre de 2019 por lo que el término para presentar las observaciones ante esta Corporación fenecía el 19 de diciembre de 2019; de manera que al haber sido radicado el libelo demandatorio en la Secretaría de esta Sección el 05 de diciembre de 2019, dicho trámite se surtió oportunamente.

Así mismo, por encontrarse que (ii) las observaciones reunían los requisitos y formalidades exigidos en los numerales 2 a 5 del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, contiene: (a) Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad (fl. 3);

(b) Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados (fl. 3); (c) los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación (fls. 3 a 5) y (d) la petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer (fl. 9 anverso), el magistrado sustanciador mediante providencia interlocutoria avocó conocimiento, dispuso su notificación y fijación en lista, término dentro del cual se recibieron intervenciones del municipio de Tocancipá, del Concejo municipal de esa localidad.

En suma, al haberse cumplido con los presupuestos de demanda en forma, legitimación, competencia y garantizado el debido proceso, procederá la Sala a proferir sentencia de mérito.

4. Planteamiento del Problema Jurídico.

De conformidad con los antecedentes referidos en los capítulos anteriores, es necesario precisar que aun cuando se invocó como causal de nulidad el desconocimiento de normas superiores, que es la causal genérica que contempla el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en realidad los argumentos expuestos aluden a dos causales específicas de nulidad, la falta de competencia y la falsa motivación, dado que en cierto modo, todas las causales o vicios de nulidad creados jurisprudencialmente y luego recogidos en la legislación como la falta de competencia, la expedición irregular, la desviación de poder o la violación del derecho de audiencias y defensa, implican necesariamente la infracción de normas superiores, de manera que para no ser redundantes, la sala analizará el desarrollo específico del cargo, esto es la falta de competencia del Concejo de Tocancipá y la falsa motivación.

Así las cosas, el **problema jurídico** consiste en determinar si el Acuerdo N° 024 del 06 de agosto de 2019 *“por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado Hospital de Tocancipá y se dictan otras disposiciones”* está viciado de nulidad por falta de competencia del Concejo para crear la ESE y falsa motivación como lo estima el Gobernador en sus observaciones o si al contrario, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

5. Resolución del problema jurídico.

Sería del caso que el Tribunal se pronunciara en primer lugar sobre las excepciones formuladas por el municipio de Tocancipá de (i) presunción de legalidad del acto administrativo y (ii) inexistencia de causal de nulidad que afecte la validez del acto acusado, pero tanto de su denominación como de su contenido se infiere que en realidad se trata de argumentos de defensa, por lo que se resolverán junto con los cargos de nulidad.

5.1 Análisis de la primera observación de ilegalidad.

En ejercicio del control de tutela, el saliente Gobernador de Cundinamarca sostiene en sus observaciones que el artículo 26 de la Ley 1122 del 2007 dispone que las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud y que en todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una empresa de tal naturaleza.

Precisa que el artículo 25 de la Ley 1176 de 2007 que modificó el artículo 45 de la Ley 715 de 2001, al regular las competencias en salud por parte de los distritos, contempló que tanto estos como los municipios que no hubiesen asumido la prestación de los servicios de salud, podrían hacerlo si cumplían con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno, en el plazo establecido por este; sin embargo, el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, contempla que ningún municipio podría asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, lo cual a su juicio implica, la limitante de creación de Empresas Sociales del Estado E.S.E, dado que la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas solo se podía hacer a través de estas.

Expone que dicha limitación deviene de una interpretación sistemática de lo previsto en la Ley 715 de 2001 con lo establecido en los artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 26 de la Ley 1122 de 2007, según la cual, si ningún municipio podía asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes, ello necesariamente restringía la creación de las citadas empresas.

En tal virtud, arguye que no contaba el Concejo Municipal de Tocancipá con la competencia para expedir el Acuerdo N° 024 de 2019 en tanto su objeto es la creación de una Empresa Social del Estado dedicada a la prestación de servicios de salud, de manera que lo que debió hacerse era conforme a la normatividad referida, incluirse a la red departamental disponible.

Para resolver el problema jurídico relacionado con el cargo de **falta de competencia**, la Sala analizará en primer lugar las normas constitucionales, legales y reglamentarias que refieren los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, la protección del derecho a la salud, las funciones de los municipios y concejos y los desarrollos legales, así como la valoración crítica de las pruebas recaudadas.

El artículo primero (1°) de la Constitución refiere que Colombia es un **Estado social¹ de derecho** organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. La Corte Constitucional en la sentencia C-566/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) que este *Estado social de derecho*, se proyecta en la Constitución, *en primer término en la consagración del principio de igualdad y en la prestación de los servicios públicos*. Tres años después, en la sentencia SU-747/98 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) recordó que *“La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho... Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.*

En esa medida, el artículo 49 de la norma superior protege el derecho a la salud, señalando que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar *‘la prestación del servicio de salud a los habitantes’*, de manera que aunque reconoce expresamente que los servicios de salud se deberán organizar de forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, fija en cabeza del Estado el deber de establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares.

Más adelante el artículo 311 de la Constitución Política establece que a los **municipios** les corresponde como parte de su **autonomía** a la vez, un principio constitucional y un derecho de estas colectividades², entre otras

¹ Concepto que fundó Hermann Heller en 1929 cuando publicó *Estado social o dictadura*, para significar la necesaria intervención del Estado como garante de la dignidad, la igualdad, los derechos y la redistribución de bienes, servicios y riqueza a través de la solidaridad o de lo contrario sería permitir que aflore el mesianismo, la dictadura frente a las crisis.

² Sobre la **autonomía** de las entidades territoriales cabe resaltar entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: la **C-189 de 2019**, “La autonomía de las entidades territoriales es, a la vez, un principio constitucional y un derecho de estas colectividades. Como derecho, implica que los elementos de su contenido deben encontrarse efectivamente a disposición de la correspondiente colectividad, por lo que, no pueden ser proclamas meramente formales o nominales, sino debe tratarse de derechos o potestades de ejercicio efectivo”; En este sentido, la sentencia **C-720 de 1999** advirtió que *“no puede la ley, so pretexto de diseñar el régimen de ordenamiento territorial, establecer normas que limiten a tal punto la autonomía de las entidades territoriales que sólo desde una perspectiva formal o meramente nominal, pueda afirmarse que tienen capacidad para la gestión de sus propios intereses”*. En la sentencia a sentencia **C-540 de 2001**, se preguntó *“¿Hasta dónde puede ir el legislador en la fijación de ajustes a los presupuestos de las entidades territoriales?”*. Para dar respuesta a este interrogante, la Corte reiteró la necesidad de preservar la autonomía real o efectiva de las entidades

cosas “*prestar los servicios públicos que determine la ley*” y el artículo 313, numeral 6, advierte que, específicamente, 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 y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta**”. Desde luego como las Empresas Sociales del Estado fueron creadas a partir del año 1993 y se obligó por el legislador a transformar las entidades y establecimiento públicos que venían prestando los servicios de salud en Empresas Sociales del Estado de niveles nacional, departamental, distrital o municipales, corresponde a las autoridades respectivas de tales niveles su creación, transformación, supresión o disolución.

Así en el plano legal, el Congreso de la República mediante la **Ley 100 de 1993** estableció las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cuyo artículo **194**, establece que *la prestación de servicios de salud* en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se **hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado**³, creadas por la Ley, por las asambleas o por los concejos, según el caso.⁴

territoriales, para la gestión de sus asuntos propios: “*Si bien se reconoce como punto de partida la facultad del poder central de dirigir las finanzas públicas, se debe advertir que esta facultad no se traduce en el vaciamiento de la autonomía presupuestal de los entes territoriales. La facultad de gestión y ejecución de los recursos propios no puede ser afectada por el diseño de una política de saneamiento fiscal de tal forma que haga imposible la atención de los intereses de las localidades. Por ello, se afecta la autonomía no sólo cuando se define específicamente las funciones que se deben cumplir sin dejar margen de acción a las autoridades territoriales sino también cuando el poder central decide transferir en su totalidad las responsabilidades de la nación, sin el acompañamiento de los medios y recursos necesarios para atenderlos eficientemente. Esta transferencia no sólo pone en peligro el principio de autonomía sino también el principio de Estado social de derecho relacionado con los principios de coordinación, subsidiariedad, concurrencia y cooperación de la administración pública. ¶ De este modo, la política de ajuste fiscal que promueve la legislación acusada debe ser estudiada en forma sistemática para considerar la proporcionalidad de las medidas y la posibilidad real de autonomía territorial dentro de estos límites*”. El estudio de constitucionalidad por los cargos de violación al principio en referencia debe identificar los intereses nacionales que motivan la legislación y, dentro de los motivos y facultades del poder central, **valorar las condiciones de la autonomía de los entes territoriales. Este proceder garantiza los intereses locales y reconoce la preeminencia de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía no se entiende como un poder soberano sino que se explica en un contexto unitario**”. En las sentencias C-219 de 1997 y C-447 de 1998 con base en el artículo 287 de la Carta, refiere al contenido básico de la autonomía territorial, lo que las hace titulares de los siguientes **derechos**: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) **ejercer las competencias que les correspondan**; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) participar en las rentas nacionales. Las prerrogativas que se derivan de la autonomía que se confiere a las entidades territoriales, se ejercen en los términos establecidos en la Constitución y la ley, y en este sentido, no son de carácter absoluto. En efecto, el **Legislador puede limitarlas, condicionarlas o restringirlas, cuando esté autorizado por otra disposición constitucional, siempre que tal limitación no afecte el núcleo esencial de la autonomía, y resulte necesaria, útil, y proporcionada al fin constitucional que se busca alcanzar.**

³ Corte Constitucional, sentencia C-665 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “[L]as empresas sociales del Estado son entes que no pueden confundirse con los establecimientos públicos y que constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada concebida con un objeto específico que la propia legislación ha señalado y que justifica, por razón de los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el legislador, unas ciertas reglas y una normatividad también especial. Como órganos del Estado, aún cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetos al control político y a la suprema dirección del órgano de dirección al cual están adscritos”.

⁴ Ley 100 de 1993, artículo 194. *Naturaleza*. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará 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

Es decir, que la Constitución de 1991 le atribuye al Estado la potestad de organizar y establecer los términos en que debe prestarse el servicio público de salud (Art. 48, 49 C.P.), pero cabe observar que la seguridad social en salud, no es sólo un servicio público obligatorio sino un derecho de toda persona, que puede ser proporcionado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, bajo la dirección, coordinación y control del Estado (Art. 48, 49 y 365 CP.).

Particularmente la función de configurar el diseño y la estructura al servicio público en salud le fue atribuida al Congreso. Esta reserva de ley ha dicho la Corte Constitucional, tiene especial significado dado que la salud es un derecho constitucional fundamental⁵. Pero aclaró que tal reserva 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 (Corte Constitucional, sentencias C-791 de 2002, C-408 de 1994 y C-953 de 2007), por el significativo papel del Legislador en la configuración del sistema de seguridad social en salud, así:

“[H]a explicado la jurisprudencia que el Legislador tiene un rol primordial en materia de derechos prestacionales como la vivienda, la salud o la educación. Una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros”⁶.

“[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

previsto en este capítulo.’ Este artículo fue declarado exequible en la sentencia C-408 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz).

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-791 de 2002, Álvaro Tafur

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.

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.”⁷

[Nota de la Sala: El Artículo 27 Ley 1122 de 2007, literal a) Los requisitos para la creación, transformación, categorización, organización, y operación de las Empresas Sociales del Estado, y literal d) Los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de las juntas directivas del nivel nacional, departamental, distrital y municipal, fueron retirados del ordenamiento esa facultad de que por medio de un decreto se limite la creación o transformación de ESE, conforme la sentencia C-953 de 2007]

“3.2. Ahora bien, el Congreso de la República, con el objetivo de cumplir tales exigencias, ha proferido entre otras, la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993 que reguló el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 344 de 1996 y la Ley 715 de 2001, sobre la determinación de la estructura del Sistema General en Salud.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1994 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz-

En tales disposiciones, la prestación de los servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, especialmente en el caso de la población más vulnerable, corresponde principalmente a las Empresas Sociales del Estado, ESE⁸.

En lo concerniente a la organización específica de las ESE, se encuentra regulada además de por la Ley 100 de 1993, por las leyes 10 de 1990 y 489 de 1998. De allí que la **Ley 100 de 1993** determinó en el artículo 194 lo siguiente:

“La prestación de los 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.”

El artículo 195 de la **Ley 100 de 1993**, a su vez, fijó el régimen jurídico aplicable a tales entidades. Para el efecto, consagró lo siguiente:

ARTICULO 195. Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social...

En el mismo sentido, la **Ley 489 de 1998** determinó en su artículo 38, que las ESE forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y pertenecen al sector descentralizado por servicios, y en el artículo 83, esa ley señaló asimismo que:

“[L]as empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

Otras disposiciones como la contenida en la Ley 344 de 1996 (art. 21), regularon el tema de los gastos de las E.S.E. y la Ley 10 de 1990, aspectos

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-953 de 2007. MP. Manuel José Cepeda.

estructurales del Sistema de Salud y algunos específicos relacionados con el régimen laboral de quienes pertenecen a esas entidades, así como las competencias de sus Juntas Directivas.

De este marco constitucional y legal, esta Corporación concluye que las Empresas Sociales del Estado 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, y que su creación corresponde a la Nación o a las entidades territoriales. Así mismo, que la regulación de los aspectos necesarios para la creación o transformación de tales entidades, corresponde al legislador y no al Ejecutivo. Máxime porque a nivel territorial como ha dicho la Corte Constitucional, 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).

Ahora bien, como en el cargo de falta de competencia se aduce que la integración de los artículos 44 y 45 de la Ley 715 de 2001, artículos 194 de la Ley 100 de 1993 y 26 de la Ley 1122 de 2007, es necesario observar con detalle estas disposiciones sin perder de vista el conjunto del que hacen parte, por cuanto la visión fragmentaria como la planteada por el actor, hace que aflore una interpretación que no se acompasa con las normas constitucionales y legales sobre la materia.

Ley 100 de 1993

ARTÍCULO 174. Sistema General de Seguridad Social en Salud a nivel territorial. El Sistema General de Seguridad Social en Salud integra en todos los niveles territoriales, las instituciones de dirección, las entidades de Promoción y Prestación de Servicios de Salud así como el conjunto de acciones de salud y control de los factores de riesgo en su respectiva jurisdicción y ámbito de competencia.

De conformidad con las disposiciones legales vigentes, y en especial la Ley 10 de 1990 y la Ley 60 de 1993, corresponde a los departamentos, distritos y municipios, funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda.

...

El Sistema General de Seguridad Social en Salud que crea esta Ley amplia la órbita de competencia de los sistemas de dirección en salud de los departamentos, distritos y municipios para garantizar la función social del Estado en la adecuada prestación y ampliación de coberturas de los servicios de salud. Las direcciones de salud en los entes territoriales organizarán.. así mismo, apoyarán la creación de entidades públicas promotoras de salud y la transformación, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, de los hospitales en instituciones prestadoras de servicios con capacidad de ofrecer servicios a las diferentes entidades promotoras de salud.

ARTÍCULO 181. Tipos de Entidades Promotoras de Salud

...

e. Las Entidades Promotoras de Salud que puedan crear los departamentos, distritos y municipios y sus asociaciones. Para ello podrán también asociarse con entidades hospitalarias públicas y privadas;

ARTÍCULO 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará 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.

Ley 136 de 1994

ARTÍCULO 3.- Funciones. Modificado por el art. 6. Ley 1551 de 2012. Corresponde al municipio:

1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la Ley.

...

5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la Ley.

Ley 715 de 2001

ARTÍCULO 43 *Competencias de los departamentos en salud.*

43.1.3. Prestar asistencia técnica y asesoría a los municipios e instituciones públicas que prestan servicios de salud, en su jurisdicción.

ARTÍCULO 44. *Competencias de los municipios.* Corresponde a los **municipios** dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

La prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articulará a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos

ARTÍCULO 49^o.

PARÁGRAFO 1^o. Los recursos que corresponden a los servicios para atención en salud en el primer nivel de complejidad de los municipios que a 31 de julio de 2001 estaban certificados y hayan asumido la competencia para la prestación de los servicios de salud y continúen con ella en los términos de la presente ley, serán administrados por estos y la Nación se los girará directamente.

Para los municipios que a 31 de julio de 2001 estaban certificados, pero no habían asumido la competencia para la prestación de los servicios de salud, el respectivo departamento será el responsable de prestar los servicios de salud y administrar los recursos correspondientes.

ARTÍCULO 101. *Prohibición de plantas para la prestación del servicio por parte de la Nación.* Salvo las excepciones establecidas en la presente ley, la Nación no podrá administrar plantas de personal o tener instituciones para prestar los servicios asignados en la presente ley a los departamentos, distritos y municipios. Las existentes deberán transferirse a la entidad donde se presta el servicio.

Las competencias de gestionar del departamento y municipios son amplias y las de la nación son limitadas porque solo establece la prestación a través de entidades adscritas.

Acto Legislativo número 004 de 2007

⁹ De acuerdo con la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, este artículo perdió vigencia el 31 de diciembre de 2019, pero estaba vigente para la época en que se creó la ESE de Tocancipá.

Artículo 1°. El inciso 4° del artículo 356 de la Constitución Política quedará así:

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

Ley 1122 de 2007

ARTÍCULO 1°. *Objeto.* La presente ley tiene como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

ARTÍCULO 16. *Contratación en el Régimen Subsidiado y EPS Públicas del Régimen Contributivo.* Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%). Lo anterior estará sujeto al cumplimiento de requisitos e indicadores de calidad y resultados, oferta disponible, indicadores de gestión y tarifas competitivas.

ARTÍCULO 20. *Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda.* Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

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.

ARTÍCULO 28

...Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1° de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

ARTÍCULO 31. *Prohibición en la prestación de servicios de salud.* En ningún caso se podrán prestar servicios asistenciales de salud directamente por parte de los Entes Territoriales.

Ley 1176 de 2007

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**".

LEY 1438 DE 2011

3.15 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA. En la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud la gestión será descentralizada y de ella harán parte las direcciones territoriales de salud.

3.16 COMPLEMENTARIEDAD y CONCURRENCIA. Se propiciará que los actores del sistema en los distintos niveles territoriales se complementen con acciones y recursos en el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 59° . OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de

complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

ARTÍCULO 82. Incumplimiento del Programa de Saneamiento Fiscal. Si con la implementación del programa de saneamiento fiscal y financiero, la Empresa Social del Estado en riesgo alto no logra categorizarse en riesgo medio...

Generará responsabilidad disciplinaria y fiscal al Gobernador o Alcalde que no den cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.

CAPÍTULO III .Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas y Empresas Sociales del Estado.

ARTÍCULO 69. Programa de Fortalecimiento de Hospitales Públicos

ARTÍCULO 70. DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. La junta directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1. El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá. 70.2. El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

Del anterior recuento normativo, emerge con absoluta claridad que las entidades territoriales entre ellas los municipios, gozan de la autonomía para gobernarse por autoridades propias, definir su organización y tienen a cargo la prestación de servicios, entre ellos el concerniente a la Salud. Es decir que están habilitadas constitucional y legalmente para crear Empresas Sociales del Estado. Pero el ejercicio de tal competencia se encuentra limitado, ya que tanto la Ley 100 de 1993, la Ley 715 de 2001 como las leyes 1122 y 1172 de 2007, se precisó que la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas ya no se puede realizar de manera directa sino únicamente a través de Empresas Sociales del Estado E.S.E, las cuales podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud, pero que en cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE.

La discusión se originó en primer lugar cuando con el propósito de poner fin a todos los malos manejos de la Salud, se estableció una diferenciación entre los municipios que habían asumido la competencia en materia de salud creando en su estructura administrativa, hospitales, centros de salud o cualquier otro UPS y quienes no la hubiesen asumido, para someterlos a un régimen estricto de articulación con las ESE departamentales y de viabilidad financiera y presupuestal, patrimonio independiente y estándares técnicos por lo que muchos entendieron que ante el difícil cumplimiento de requisitos - en parte por la propia crisis financiera de los municipios y el manejo de las transferencias - esa competencia no la podían ejercer más.

Pero cuando la Ley 1176 de 2007 (27 de diciembre de 2007) reiteró la existencia en cada entidad territorial del orden municipal de una ESE o una UPS integrante a una ESE, y en su artículo 25 adicionó el parágrafo del artículo 45 de la Ley 715 de 2001, que establecía un corte para aquellos que hubiesen asumido la prestación del servicio directamente y la prohibición de seguirlo ofreciendo de manera propia sino en el marco de las ESE, señaló 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”*, se aclaró la duda ceñida por la Ley 715 de 2001 para que esta competencia se ejerciera. Sin embargo, al hacer un condicionamiento al cumplimiento de unos requisitos que fijara el Gobierno Nacional, algunos municipios entendieron que podían crearlas si pasaba el tiempo y el ejecutivo no ejercía su potestad reglamentaria lo que llevó a que se formularan observaciones y nulidades de algunos acuerdos que crearon ESE durante ese lapso de tiempo entre la vigencia de la Ley 1176 de 2007 y la expedición del decreto reglamentario de 2009.

Dicha reglamentación se dio a través del Decreto 4973 de 2009 el cual regula todo lo relacionado con el proceso de certificación de los municipios para que éstos puedan asumir la prestación de los servicios de salud. Por

esa razón la Sección Quinta del Consejo de Estado ¹⁰asumiendo labores para descongestionar la Sección Primera de esa misma Corporación, anuló el acuerdo municipal de Lenguaque que había creado la ESE de ese municipio en el periodo en el que aún no se había expedido la reglamentación¹¹, la cual se hizo efectiva a través del Decreto 4973 de 2009 del 23 de diciembre de 2009 porque la Ley 1176 de 2007 había condicionado su creación siempre y cuando se hiciera siguiendo las reglas técnicas que expidiera el Ministerio de Salud y Protección Social, reglas relacionadas con las capacidades y estándares técnicos, administrativos y fiscales en las áreas de dirección territorial de salud, salud pública colectiva, régimen subsidiado y de prestación de servicios, no la creación¹², transformación ni la forma¹³. Y como quiera que el Concejo de Lenguaque creó la ESE sin ajustarse a dichos estándares porque aun cuando no existían, la ley había condicionado su creación a que se hiciera solo cuando tal reglamentación técnica se hiciera por el Gobierno Nacional, se declaró nulo el acuerdo porque tal competencia no se podía ejercer sino una vez se establecieran las reglas precisas sobre los estándares que deberían cumplir y así garantizar su viabilidad financiera, administrativa y técnica para prestar los servicios así como la evaluación y seguimiento.

De hecho el artículo 2¹⁴ de tal decreto reglamentario define la asunción de la prestación de los servicios de salud, como la gestión de los recursos propios o asignados para garantizar la prestación de los servicios de baja complejidad requeridos por la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, de manera oportuna y eficiente, a través de las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. CP Carlos Moreno Rubio. Sentencia de 31 de mayo de 2018, Exp 25000-23-24-000-2011-00117-01 *“...De manera que, si el acto acusado se expidió con anterioridad a la mencionada reglamentación, esto es, el 21 de diciembre de 2009, la entidad territorial demandada no podía disponer la creación de la aludida ESE...”*

¹¹ No obstante el Parágrafo 1° del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 había dispuesto: *“Mientras el Gobierno Nacional reglamente el presente artículo, y a partir de la vigencia de la presente ley, cualquier creación o transformación de una nueva Empresa Social del Estado (ESE) deberá tener previamente, el visto bueno del Ministerio de la Protección Social.”*

¹² Corte Constitucional, sentencias C-791 de 2002 y C-957 de 2003.

¹³ *“El Ejecutivo no puede definir para las entidades territoriales “la forma”, es decir, el modo de hacer la asociación de empresas sociales del estado, cuando tal definición es competencia del legislador, de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales en su respectivo nivel, conforme a la Carta y a la ley. La declaratoria de inexecutable de este literal b) se funda exclusivamente en la garantía de la autonomía territorial. Por ello no puede concluirse que dicha inexecutable impide que las entidades territoriales se asocien para constituir una ESE. Por el contrario, “la forma” en que podrán asociarse será determinada por cada entidad territorial en ejercicio de su autonomía y atendiendo a sus necesidades con miras a facilitar dicha asociación y ajustándose a lo establecido en las normas superiores”* Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1994.

¹⁴ *“Artículo 2°. De la asunción de la prestación de los servicios de salud. Se entiende por asunción de la prestación de los servicios de salud por parte de los municipios certificados, la gestión de los recursos propios o asignados para garantizar la prestación de servicios de salud de baja complejidad requeridos por la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, de manera oportuna y eficiente, a través de las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, atendiendo el diseño de la red de prestación de servicios de salud definida por el respectivo departamento y las normas relacionadas que regulan y controlan la oferta.*

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

Ahora bien aun cuando el reparo del señor Gobernador no imputa que la falta de competencia se base en el Decreto 4973 de 2009, es menester señalar que tal decreto va más allá de la ley, agregando lo siguiente:

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

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

Por ello resulta importante acudir, en segundo lugar, al criterio señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 2007, porque allí indicó clara y contundentemente que *“Un decreto administrativo no puede establecerle restricciones ni al Legislador ni a las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales para el ejercicio de sus competencias constitucionales (C-953/2007)*. En aquella providencia que vale la pena recordar tiene efectos erga omnes y se vuelve vinculante para todos los intérpretes, sentenció la Corte: *“ El visto bueno del Ministerio de la Protección Social para la creación de una ESE, es una restricción inconstitucional, porque implica una intromisión del Ejecutivo en las potestades del legislador, en el plano nacional, y especialmente en aquellas de las entidades territoriales, en un aspecto como la definición de la estructura de la administración departamental, distrital y municipal, que es de su competencia constitucional...”*

“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, y 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. El Congreso no puede delegar la definición de los “requisitos” en materia de determinación de la estructura de la administración, al Ejecutivo”.

Desde la perspectiva convencional, existen en numerosos instrumentos internacionales¹⁵ (universales y regionales) en torno a las obligaciones generales y específicas que ostentan los Estados Partes respecto al derecho a la salud, entre ellos Colombia:

33. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones de los estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario,

¹⁵ **Universales:** a. 1945. Carta de las Naciones Unidas; b. 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General, mediante Resolución 217ª (III) ; c. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General, mediante Resolución 2000ª(XXI); d. 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General, mediante Resolución 2000ª(XXI); e. 1966. Protocolo I Adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; f. **1989. Protocolo II adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**; g. 1993. Declaración de Viena, adoptada por la II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena: Declaración y Programa de acción; h. 1998. Declaración referida a la Globalización y los DESC; i. 1999. Declaración sobre el Derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 53/144. j. 2000. Observación General N° 14 relativa al Disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12 PIDESC). Comité DESC. **Regionales:** a) Carta de la OEA o Pacto de Bogotá; b) **Convención Americana de Derechos Humanos;** c) **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;** d) **Protocolo de San Salvador,** entre muchos otros, por cuanto existen instrumentos específicos por ejemplo: El Derecho a la Salud de la Población VIH ; La Salud en el marco del Derecho al Desarrollo y al Progreso Científico y Tecnológico; El Derecho a la Alimentación como Componente y extensión del Derecho a la Salud; El Derecho al Medio ambiente como componente y extensión del Derecho a la Salud; El Derecho a la Salud de la Población Desplazada; El Derecho a la Salud de las Personas con Discapacidad y Enfermos Mentales; El Derecho a la Salud de los Adultos Mayores; El Derecho a la Salud de las Personas Privadas de la Libertad en Prisiones, Hospitales -en particular hospitales psiquiátricos-, Campos de Detención, Correccionales, entre otras Instituciones; El Derecho a la Salud en los Instrumentos Relativos a los Derechos de la Mujer o el Derecho a la Salud en los Instrumentos Relativos a los Derechos de los Niños. Para un análisis detallado de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ver: Giraldo Torres, María Leonor. *Estándares Interamericanos de Protección del Derecho a la Salud: Un análisis a las decisiones proferidas por los Órganos Interamericanos durante el periodo comprendido entre los años 1996 y 2013.*

judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

...

35. Las obligaciones de proteger incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología (...) Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud..¹⁶

En suma, el cargo de violación de normas superiores por carencia de competencia del municipio (Concejo) de Tocancipá para crear la ESE del municipio no está llamado a prosperar porque:

(i) De las normas constitucionales y su interpretación por la Corte Constitucional, se constata que existen mandatos claros e imperativos de protección de los derechos a la salud y a la seguridad social, como realización de los principios de Estado Social y Democrático de Derecho, a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, que gozan de competencia para definir la estructura de la administración local, aunque en un marco limitado por la ley;

(ii) Desde el marco convencional, igualmente tales derechos tiene una esfera de protección exigible al Estado y su organización cuyo desconocimiento general incluso responsabilidad internacional;

(iii) La interpretación sistemática de las normas constitucionales y legales referidas a las competencias de las entidades territoriales y nacionales, la salud y su sistema de seguridad social, permite despejar cualquier duda sobre la capacidad de creación de ESE, aunque su creación esté supeditada al cumplimiento de unos requisitos especiales referidos a su viabilidad técnica, financiera, de aseguramiento, prestación y supervisión. Tal interpretación realiza en mayor medida los derechos, respeta la autonomía de las entidades y permite cumplir con los mandatos superiores y convencionales.

(iv) La interpretación que restringe la creación de ESE no encuentra fundamento en la Constitución ni en las leyes que gobiernan el sistema de seguridad social en salud, el sistema de participaciones, la autonomía de las entidades territoriales y se basa en la limitación que realizó el legislador

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; Observación General N°1492 de 2000.

únicamente para que los municipios no asumieran directamente la prestación del servicio de salud, pero desconoce que tal parámetro se refiere a que lo sigan haciendo a través de Empresas Sociales del Estado, que es la forma que fijó el legislador para que su prestación fuera universal, financieramente viable, la racionalización y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, el fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud, no que su creación haya quedado proscrita, pero sí debe ser el fruto de estudios, coordinación entre autoridades administrativas y satisfacción de requisitos, que si se satisfacen, el afloramiento de una ESE en la estructura territorial, contribuye al interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

5.2 Análisis de la segunda observación de ilegalidad.

La segunda observación sostiene que el municipio demandado no acreditó que los servicios nivel 1 de baja complejidad no fueran prestados a través de E.S.E del departamento, desconociendo el deber que tenía de esgrimir los motivos adecuados y suficientes para motivar el acto.

En esa medida, arguye que el acto carece de la debida motivación que implica que la manifestación de la administración debe tener una causa que lo justifica y obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable, lo cual afirma no ocurre en el Acuerdo N° 024 de 2019 expedido por el Concejo de Tocancipá

Para resolver estos motivos de inconformidad la Sala tendrá en consideración lo siguiente:

a) La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho al debido proceso, lo cual explica por qué sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y por qué sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa.

b) Como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-204 del año 2012 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio: la necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia. Por el contrario, se hace alusión al concepto de “razón suficiente” para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público o la autoridad para emitir sus decisiones, de lo contrario, se desconocería el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la

administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal.

c) La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación.

Es un vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo atinente a los antecedentes legales y de hechos previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la administración al tomar la decisión sean contrarias a la realidad; de esta forma, la causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) es conforme con los fundamentos fácticos y de derecho que son los que determinan la decisión que la administración adoptada; por lo tanto, cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad.

Se predica cuando las razones o fundamentos fácticos y jurídicos que se invocan en el acto administrativo no corresponden con la realidad, que en términos de la jurisprudencia implica que *“la falsa motivación administrativa constituye una causal genérica de violación que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctico jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos argüidos tomados como fuente por la Administración”*.¹⁷

En consecuencia, sobre este cargo de nulidad se ha precisado, que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) Que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente o la imputación de normas que no correspondan a la conducta sancionada.

En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo es indispensable, pues es a partir de los mismos que se puede reducir no solo la arbitrariedad que está proscrita en el estado constitucional de derecho, sino que sirve para que el administrado pueda controvertir aquellos aspectos de hecho o de derecho que considera que no

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera; providencia del 23 de octubre de 2017, Exp. 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206); M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción.

d) Procede la Sala a examinar las motivaciones expuestas contra los actos administrativos demandados, a fin de determinar si se configura o no esta causal de nulidad de los actos enjuiciados, que involucra la falsa motivación de los mismos.

Del texto del acuerdo se desprende que el cuerpo colegiado justificó desde el punto de vista normativo (motivación jurídica) la creación de la ESE trayendo a colación las siguientes normas (artículos 1,2,48, 287 de la Constitución; artículos 153,194,195,de la Ley 100 de 1993; artículo 26 de la Ley 1122 de 2007; artículos 25 y 45 de la Ley 1176 de 2007; Y desde punto de vista fáctico o adujo:

“31. Que en la actualidad existen 4 IPS en el municipio, 3 privadas (CMPS-Coodontólogos, CREAR MAS VIDA, IPS SANTA CAROLINA) y una IPS publica el Puesto de salud de Tocancipá, operado por la ESE Hospital Divino Salvador de Sopo, estos prestadores no cubren en debida forma la prestación de servicios de salud en el municipio de Tocancipá.

32. La atención inicial de urgencias es prestada por el Puesto de salud de Tocancipá, las 24 horas del día, en dos turnos de médicos generales, con serias limitaciones en la resolutivez de las consultas de urgencias, por las limitaciones técnicas, pues no se cuenta con equipos de apoyo que permitan dar respuesta a este servicio, en la mayoría de los casos, se limita a ser remitido de los pacientes a otros municipios.

33. Que, dada las trascendencias que tienen los hospitales públicos como actores del Sistema Nacional de Salud, con una relevante función respecto a la población pobre, estos desarrollan unas características empresariales a través de la eficiencia en el manejo de recursos y la oferta de los servicios de salud que satisfagan las necesidades de los usuarios.”

De manera que el acto administrativo cumple con el deber de estar motivado. Pero para verificar si tales razones de hecho y de derecho corresponden a la realidad fáctica, probatoria y jurídica vigente al momento de su expedición, se pasa a revisar tanto los antecedentes del acuerdo como las pruebas aportadas y no tachadas de falsas por lo sujetos procesales.

En efecto, de las probanzas obrantes en el plenario, se evidencia que inicialmente el municipio de Tocancipá ante la necesidad de ampliar la prestación del servicio de salud a la población del municipio, aprobó en el año 2008, el Plan de Desarrollo 2008-2011 por medio del Acuerdo 04, en el que en su artículo 20 estableció como uno de los ejes de planeación y

gobierno, la construcción de la primera etapa del Nuevo Hospital de Tocancipá.

Tal necesidad encontró eco en las autoridades departamentales, por cuanto si bien existe un puesto de salud en el municipio articulado a la ESE Hospital el Divino Niño de Sopó que es de orden departamental, era insuficiente, por lo que mediante el Decreto Ordenanza N° 0278 del 16 de octubre de 2008 el Gobernador de Cundinamarca crea la Empresa Social del Estado “Hospital de Tocancipá” como entidad pública del orden departamental, con personería jurídica, patrimonio y autonomía administrativa; indicando en su artículo 30 que estaría a cargo de la Secretaría de Salud Departamental la determinación de los servicios que ofrecerá y la habilitación de la empresa en el marco del Plan Departamental de Organización de las Empresas Sociales del Estado, conforme la oferta de servicios y organización de la red departamental.

Finalmente, se dispuso en el artículo 35 que la E.S.E entraría en funcionamiento una vez el Ministerio de la Protección Social emitiera concepto favorable a la propuesta de reorganización de la red departamental en la que se incluya como prestadora la empresa. (fls. 248 a 262 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1)

Posteriormente, a través de la Ordenanza N° 043 de 2009 se modificó el Decreto Ordenanza N° 278 de 2008 en aspectos relacionados con ingresos y patrimonio, junta directiva, transferencias del presupuesto de la nación, periodo de posesión de gerente interino. (fls. 263 a 268 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1)

Es decir, que dada la modificación introducida por la Ley 1176 de 2007 el departamento de Cundinamarca creó formalmente la ESS Hospital de Tocancipá sin aguardar a la reglamentación que expediera el Gobierno Nacional, aunque sometiendo su funcionamiento a una condición: recibir el concepto favorable del Ministerio de Salud y Protección Social.

Luego la Alcaldía de Tocancipá y la Gobernación de Cundinamarca suscribieron el Convenio Marco de Cooperación N° 2020 de 2009 con el objeto de *“Aunar esfuerzos integrales para la consecución de los estudios, diseños, construcción y dotación en busca del mejoramiento de la prestación de servicios de salud de la E.S.E Nuestra Señora del Tránsito de Tocancipá, garantizando la accesibilidad, eficiencia y la calidad de estos”*. (fls. 269 a 277 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1)

El Ministerio de la Protección Social mediante Oficio N° 13120-247714 del 27 de agosto de 2010 remitió concepto favorable de viabilidad únicamente del aspecto arquitectónico. (fls. 293 a 301 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1).

El 13 de septiembre de 2010 la jefe de la Oficina Asesora de Planeación Sectorial de la Secretaría de Salud de Cundinamarca mediante oficio N° SSC-OAPS 313, da constancia de la inclusión del proyecto en el Plan Bienal de Inversiones en Salud del Ministerio de Protección Social para el periodo 2010-2011. (fl. 313 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1)

El 18 de mayo de 2011 el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca - ICCU y la Alcaldía de Tocancipá suscribieron el Convenio Interadministrativo N° 202 del 18 de mayo de 2011 cuyo objeto fue *“aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para contratar la construcción del Hospital de Primer Nivel Nuestra Señora del Tránsito del Municipio de Tocancipá - Departamento de Cundinamarca”*. (fls. 367 a 395 Cuaderno Pruebas N° 3 - 2)

Mediante Oficio N° 13100-322307 del 18 de octubre de 2011 el Ministerio de Salud expidió la primera viabilidad del proyecto global presentado por la Secretaría de Salud de Cundinamarca expidiendo dos conceptos técnicos favorables, así: i) grupo de organizaciones de redes de infraestructura física y tecnología del Ministerio de la Protección Social y ii) Viabilidad técnica de la propuesta de organización de la red del Departamento de Cundinamarca expedida por la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primera del Ministerio de Salud y la Protección Social. (fls. 283 a 292 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1)

A través de oficio N° SS-20112920571911 del 19 de octubre de 2011 el Departamento Nacional de Planeación indica al Alcalde de Tocancipá que si bien se han cumplido algunos requerimientos para la creación de la E.S.E, es necesario considerar que se requiere concepto previo favorable del Ministerio de la Protección Social no solo desde el grupo de infraestructura sino también desde la perspectiva de la prestación de servicios. (fls. 318 a 323 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1). Puntualmente se indicó:

“(…)5. El 22 de diciembre de 2011 el Departamento Nacional de Planeación DNP, expidió concepto técnico sobre la Red de Servicios del Departamento de Cundinamarca (convenio de desempeño 0419 de 2007), luego de una serie de consideraciones y análisis sobre la red, concluye que... “con base en lo señalado anteriormente, considerando en especial la inviabilidad financiera sustentada en que: a) los supuestos utilizados por el departamento subestiman los ingresos; b) las medidas definidas en la red no contribuyen a su articulación y sostenibilidad; c) no hay proyecciones a diez años de la situación de la red pública, conforme a las medidas propuestas, para valorar la sostenibilidad en el medio plazo; d) las intervenciones realizadas no han contribuido a una red viable; se considera que el documento de red presentado no permite emitir concepto favorable de la red del departamento de Cundinamarca”

Razón por la cual el Alcalde del Municipio de Tocancipá en oficio del 25 de octubre de 2012 pidió a la Dirección de Servicios de Salud del Ministerio de Salud, lo siguiente:

“(...) A. Es posible que la ESE creada por ordenanza entre en funcionamiento, debido a que ya se cuenta con la viabilidad emitida por el Ministerio de la Protección Social, Dirección General de Calidad de Servicios, entidad que concluye que “el proyecto se considera VIABLE en el marco de la Red de Prestadores de Servicios de Salud...”, y teniendo en cuenta el documento expedido por el Departamento Nacional de Planeación el 22 de diciembre de 2011?

B. Esto sin crearse una ESE. Según el convenio de desempeño 0419 de 2007, suscrito entre Departamento, Ministerio y con la participación del DNP, podría efectuarse el estudio de apertura de servicios con opciones de participación público privada u otras, para la definición de un operador definitivo, o para la contratación de servicios con oferta privada. Sustentado en la Ley 1508 de 2012, podría establecerse una Asociación Público-Privada, donde el municipio como propietario de la infraestructura, podría entregar a una entidad privada prestadora de servicios de salud (seleccionada a través de licitación pública), el edificio (comodato, concesión, arriendo), condicionando esa figura a la obligatoriedad de la entidad de atender a la población subsidiada afiliada a las 3 EPS-s (Solsalud, Convida, Cafam) existentes en el municipio? Como socio el departamento, una estrategia de su participación podría ser dar una tarifa preferencial a los afiliados de la EPS-S Departamental Convida? (...)

Es decir, cuál podría ser el modelo de operación de la ESE porque la viabilidad de los diseños arquitectónicos no implicaba aún la viabilidad financiera. Frente a esas inquietudes se optó por realizar las obras que ya estaban autorizadas, por lo que la construcción de la infraestructura de la E.S.E Hospital de Tocancipá, inició en el año 2011 mediante el contrato de obra N° 335 con el consorcio Construcción Hospital de Tocancipá, cuyo objeto fue la “*Construcción del Hospital de Primer Nivel Nuestra Señora del Tránsito del Municipio de Tocancipá*”, el cual fue liquidado en el año 2016 al encontrarse vencido en términos de tiempo. (fls. 417 a 458 Cuaderno Pruebas N° 3 - 2)

En atención a la no terminación en tiempo del proyecto, se debió actualizar el estudio de oferta y demanda, así como viabilidad técnica de éste para lo cual se suscribió contrato con la empresa Consoluciones Colombia. (fls. 248 a 262 Cuaderno Pruebas N° 3 - 1).

A través de comunicación del 07 de julio de 2015 la Gobernación de Cundinamarca remitió a la Alcaldía de Tocancipá concepto jurídico planteando las siguientes conclusiones:

“(...)”

1. *Las alternativas de asociación y colaboración de los prestadores del servicio de salud es factible y conveniente en la medida que suman esfuerzos, experiencias, recursos que permiten mayores niveles de calidad, especialidad, cobertura y accesibilidad a los servicios de salud.*
2. *Los modelos de asociaciones que se suscriban deben observar los parámetros legales y las instrucciones impartidas por la superintendencia de salud.*
3. *Contratada la construcción de la infraestructura del hospital por parte del Municipio, la ley – 80 de 1993- ha determinado las medidas que deben seguirse si en desarrollo del contrato de obra se detecta una afectación grave y directa en la ejecución del mismo y se evidencia que puede conducir a su paralización, de manera que deberá procederse, si es del caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 18 de la norma referida. Esta norma es de orden público y su acatamiento es imperioso sin margen a la discrecionalidad, y una vez se configure la hipótesis en ella contenida, debe procederse para producir la consecuencia jurídica prevista.*
4. *No aparece dentro de las posibilidades inmediatas cambiar el modelo de contratación para finalizar la obra del hospital, esto en consideración a que sería comenzar de cero, ya que deberán elaborarse los estudios previos en donde se diseñe el modelo financiero propio del contrato de concesión, además de la observancia de los demás requisitos que requieren los estudios previos. (...) (fls. 510 a 515 Cuaderno Pruebas N° 3 - 2)*

El 27 de diciembre de 2016 se suscribió nuevo Convenio Marco entre el Municipio de Tocancipá y la Gobernación de Cundinamarca con el objeto de *“aunar esfuerzos integrales para los rediseños, la terminación de la infraestructura, dotación y operación de la E.S.E Hospital de Tocancipá, en busca del mejoramiento de la prestación de servicios de salud en el municipio”*. (fls. 545 a 549 Cuaderno Pruebas N° 3 - 2)

Con los nuevos estudios y obras, se solicitó nuevamente el concepto técnico favorable y el 09 de marzo de 2018 el Ministerio de Salud expidió concepto de viabilidad técnica al proyecto para la terminación de la construcción del Hospital de Tocancipá, proferido de manera conjunta por la Subdirección de Infraestructura en Salud y la Subdirección de Prestación de Servicios del Ministerio de Salud. (fls. 552 a 560 Cuaderno Pruebas N° 3 - 2) en los siguientes términos:

“1. Información básica.

1.1 Nombre del proyecto: TERMINACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA SEDE DEL HOSPITAL DE TOCANCIPA EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

2. Documentación Soporte.

- *Carta de presentación del proyecto suscrita por la Secretaría de Salud de la Gobernación de Cundinamarca con Radicación N° 20182300300202 de fecha 01 de marzo de 2018.*
- *Carta de radicación del proyecto ante la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca suscrita por el Alcalde Municipal de Tocancipa, de fecha 23 de febrero de 2017.*

- *Certificado de la Secretaria de Salud Departamental de Cundinamarca en donde se indica que el proyecto se encuentra incluido en el PBIS del Departamento, viabilizado por el MSPS, de fecha 05 de septiembre de 2017.*
- *Certificado de la conveniencia del proyecto de la Secretaria de Salud Departamental de Cundinamarca, de fecha 05 de septiembre de 2017.*
- *Comparativo de la capacidad instalada suscrito por la Secretaria de Salud Departamental de Cundinamarca, no registra fecha.*
- *Estudio de oferta y demanda para la terminación de la construcción nueva sede del Hospital de Tocancipá en el Departamento de Cundinamarca, suscrito por la dirección de Desarrollo de Servicios de la Secretaria de Salud de Cundinamarca en Febrero 24 de 2017.*
- *Concepto de viabilidad sectorial de la Secretaria de Salud Departamental de Cundinamarca, de fecha 27 de febrero de 2017.*
- *Certificado de uso del suelo expedido por la Secretaria de Planeación del Municipio de Tocancipá, de fecha 21 de febrero de 2018.*
- *Certificado expedido por la Secretaria de Planeación del Municipio de Tocancipá acerca de que el proyecto se encuentra en zona de no riesgo, de fecha 21 de febrero de 2018.*
- *Certificado de tradición y libreta de fecha 21 de febrero de 2018.*
- *Certificado de Disponibilidad Presupuestal N° 2018000319 por valor de \$574.103.683 expedido por el Gerente Financiero del Municipio de Tocancipá, para la interventoría técnica, administrativa y ambiental del proyecto para la construcción de la terminación de la nueva sede del Hospital de Tocancipá, de fecha 06 de marzo de 2018.*
- *Certificado de Disponibilidad Presupuestal N° 2018000318 por valor de \$8.201.481.182 expedido por el Gerente Financiero del Municipio de Tocancipá para la terminación de la nueva sede del Hospital de Tocancipá, de fecha 06 de marzo de 2018.*
- *Programa médico arquitectónico.*
- *Comparativo de capacidad instalada actual frente a la propuesta.*
- *Certificaciones profesionales de participación en el proyecto.*
- *Plano de localización con cuadro de áreas general.*
- *Planos arquitectónicos plantas generales, cubiertas, cortes y fachadas con el nombre y número de matrícula del arquitecto responsable.*
- *Planos hidrosanitarios con el nombre y número de matrícula del profesional responsable.*
- *Planos eléctricos con el nombre y número de matrícula del profesional responsable.*
- *Planos y diseños mecánicos con el nombre y número de matrícula del profesional responsable.*
- *Planos de diseños de gases medicinales con el nombre y número de matrícula del profesional responsable.*
- *Cronograma de ejecución de obras.*
- *Presupuesto para ejecución de obras ya análisis de precios unitarios.*
- *Inventario y certificación de equipos.*
- *CDs con planos estructurales y memorias de cálculo.*
- *Proyecto de inversión Metodología General Ajustada - MGA.*
- *Planos arquitectónicos con los ajustes solicitados.*
- *Informe del inventario de obra con video del estado de las obras adelantadas.*
- *Informe de análisis de presupuesto.*

3. Proyecto

Problema o necesidad. Deficiencia en la capacidad para la prestación del servicio de salud. El Municipio de Tocancipá cuenta con tan solo un puesto de Salud el cual depende la ESE Hospital Divino Salvador de Sopó, toda vez que nuestro municipio no fue certificado en salud, según lo establecido en la Ley 715 de 2001. Los servicios que actualmente se prestan (medicina general, odontología, urgencias, laboratorio clínico, actividades de pyp) no son suficientes para la demanda que exige la población.

Objetivo: Aumentar la capacidad para la prestación del servicio de salud.

Beneficiarios: El proyecto indica que la población afectada y beneficiaria del proyecto es de 63.812 habitantes según proyección DANE 2017.

Tipo de inversión: Infraestructura.

Modalidad: Terminación obra nueva.

Valor total del proyecto: \$8.775.584.865

Monto solicitado a: No solicita recursos.

4.2 Desde el punto de vista de infraestructura en salud.

➤ Antecedentes del proyecto.

El proyecto de construcción de la nueva sede del Hospital de Tocancipá en el Departamento de Cundinamarca fue viabilizado por el Ministerio de Salud y Protección Social en octubre 18 de 2011, por un valor de \$8.224.000.000, en un área de 3.596.67 M2, para ser financiado con recursos del Municipio y de la Gobernación de Cundinamarca.

Las obras se iniciaron en cumplimiento del contrato 335 de 2011, el cual fue finalizado el 30 de junio de 2016 con saldo a favor del municipio de Tocancipá por valor de \$1.596.565.549.

El 3 de noviembre de 2016 se emitió por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, concepto técnico no favorable al proyecto de construcción de la segunda etapa del Hospital Nuestra Señora del Tránsito del Municipio de Tocancipá en el Departamento de Cundinamarca, por no cumplir con especificaciones técnicas de ingeniería y de costos entre otros aspectos, del cual se buscaba financiación parcial con recursos del Sistema General de Regalías.

El 01 de diciembre de 2017 se emitió nuevamente por parte del Ministerio de Salud y Protección Social concepto técnico no favorable al proyecto de terminación de la construcción de la nueva sede del Hospital de Tocancipá en el Departamento de Cundinamarca presentado por la Secretaría de Salud de la Gobernación de Cundinamarca con el acompañamiento del ICCU.

El 12 de febrero de 2018 se emitió una vez más, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, concepto técnico no favorable al proyecto de terminación de la construcción de la nueva sede del Hospital de Tocancipá en el Departamento de Cundinamarca presentado por la Secretaría de Salud de la

Gobernación de Cundinamarca con el acompañamiento del ICCU, por mantener el incumplimiento técnico y de costos del proyecto. (...)

Acto seguido, procedió a verificar el alcance del proyecto, el cumplimiento de la normatividad sobre infraestructura física hospitalaria, que contara con un cronograma claramente definido para toda su ejecución, y conceptuó que la estructura de flujos de recursos era consistente, destacando:

“Acerca del proyecto de inversión en medio digital, ése ha sido formulado en la metodología adecuada, debidamente diligenciado en cuanto al alcance y objetivos, en cuanto al aspecto de financiación se ha incluido a la Alcaldía de Tocancipá como la Entidad financiera”.

Así mismo, resumió los costos del proyecto en su conjunto:

“Cuadro resumen de costos del proyecto presentado.

OBRA CIVIL EDIFICACIONES ASISTENCIALES	
Costo directo de obra	4.831.246.339
Administración, imprevistos y utilidades AIU 30%	1.449.373.902
Subtotal obra civil de terminación	6.280.620.241
Interventoría técnica 7%	439.643.417
Valor total obra civil edificaciones asistenciales	6.720.263.658
Área a intervenir	3.596.67
Valor por M2 construcción de terminación edificaciones asistenciales	1.746.232
OBRAS EXTERIORES	
Costo directo de obra	958.948.605
Administración, imprevisto y utilidades AIU 30%	287.684.581
Subtotal obra civil de exteriores	1.246.633.186
Interventoría técnica 7%	87.264.323
Total obras exteriores	1.333.897.509
EQUIPOS	
Costo directo de adquisición	518.636.735
Administración, imprevistos y utilidades AIU 30%	155.591.020
Subtotal equipos	674.227.755
Interventoría técnica 7%	47.195.943
Total equipos	721.423.698
VALOR TOTAL PROYECTO VIGENCIA 2018	8.775.584.865
Valor intervenido hasta la fecha obra civil (Contrato 335 de 2011)	4.816.524.277
Valor total de inversión (Contrato 335 + Valor total obra civil terminación)	11.097.144.518
Valor por M2 de construcción total	3.085.394.13
Población beneficiaria	63.812 habitantes
Financiación	
Recursos Municipio de Tocancipá (Terminación)	8.775.584.865

Y colige:

“5. Conclusión.

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta la finalidad del proyecto en el cual se busca la terminación de la construcción de la nueva sede del Hospital de

Tocancipá en el Departamento de Cundinamarca, este se considera como técnicamente VIABLE.

OBSERVACIÓN.

Se precisa que el concepto técnico emitido por la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria, se hace con relación a la pertinencia del mismo, con el Programa Territorial de Reorganización, Rediseño y Modernización de las Redes de Empresas Sociales del Estado del Departamento de Cundinamarca aprobado por el Ministerio de Salud y Protección Social en 2013 y con alcance en 2015 de igual forma viabilizado por MSPS, la capacidad instalada de la ESE, los servicios ofertados, el Concepto de Viabilidad Sectorial expedido por la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca.”

Cabe destacar que para la terminación de las obras de infraestructura se suscribieron los contratos N° 425 de 2018 de obra y 424 de 2018 de interventoría, con una totalidad de recursos aportados por el municipio. (fls. 569 a 618 Cuaderno Pruebas N° 3 - 3), conforme a la viabilidad anterior.

La Alcaldía de Tocancipá presentó en mayo de 2019 nuevamente propuesta de funcionamiento del Hospital de Tocancipá solicitando al Departamento de Cundinamarca definir el *modelo de operación* para la prestación de servicios de salud en el municipio de ese nuevo hospital.

En oficio de 24 de mayo de 2019, se resume de la siguiente manera:

“18. Que desde el año 2012 y en reiteradas oportunidades el municipio ha requerido que se defina el MODELO DE OPERACIÓN, durante la construcción de la primera etapa, la administración municipal de Tocancipá elevó diversas solicitudes al departamento, para definir el modelo de operación, se radicaron solicitudes a la Secretaría de Salud, a la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca y al Ministerio de Salud, sin embargo, ninguna respuesta fue clara respecto a las inquietudes del municipio (...)

19. Que ante las claras omisiones del Departamento de Cundinamarca para definir el modelo de operación de la nueva infraestructura para la prestación de servicios de salud, en lo corrido de la presente vigencia 2019, mediante los radicados 2019031525 y 2019086662, y en las diferentes mesas de trabajo en el marco del convenio 01186 de 2016, el municipio de Tocancipá ha reiterado su solicitud de orientación con el fin de definir el modelo de operación, sin embargo al igual que en el pasado a la fecha este asunto no ha sido definido por el Departamento.”

Luego de insistir muchas veces con la Gobernación sobre el modelo de operación o funcionamiento, esto es, en qué medida se asumiría los gastos necesarios, las inversiones presupuestales para garantizar la autonomía administrativa, financiera, técnico científica de la ESE hospital de Tocancipá para prestar los servicios, el departamento no avaló ni presentó proyecto alguno que hiciera viable el funcionamiento de la ESE, y los que

presentó el municipio no fueron acogidos, como el que disponía que para la puesta en funcionamiento de la ESE, se conformara una asociación entre el departamento y el municipio que siguiera el monto de las inversiones realizadas por cada entidad territorial, así:

“1. PROPUESTA DEL MODELO DE OPERACIÓN.

Formalización de un convenio entre el Departamento de Cundinamarca a través de la ESE Hospital Divino Salvador o la entidad que el departamento determine y el municipio de Tocancipá como propietario de la infraestructura, para seleccionar un operador que asuma la dotación y operación de la referida infraestructura, este convenio debe tener en cuenta las siguientes premisas:

- 1. Las competencias mutuas tanto del municipio como del departamento deben confluir en bien de la comunidad, convergiendo cada uno a cumplir sus obligaciones, fines y misiones.*
- 2. Cada una de las partes debe cumplir su objeto misional, articulando los esfuerzos que permitan materializar la operación de la infraestructura.*
- 3. Cada una de las partes definirán su aporte, por un lado el Departamento de Cundinamarca con los aportes realizados a la construcción de la obra y que corresponden al 9% del valor total de la obra y por otra parte el municipio de Tocancipá con un porcentaje del 91% de acuerdo a la inversión realizada para la terminación de la infraestructura, incluyendo el terreno, el operador seleccionado a través de un proceso de invitación pública deberá aportar su capacidad técnica y operativa para dotar, habilitar y operar la infraestructura.*
- 4. De manera conjunta en proporción a su participación, el municipio adelantará la supervisión administrativa del convenio y el departamento adelantará la gestión y la supervisión técnica a través del actor departamental que defina”*

Tal propuesta tampoco tuvo eco en la administración departamental y la única referencia que se hizo fue la de culminar las obras de infraestructura con recursos públicos y que se entregara a un particular su administración y puesta en funcionamiento, bajo concesión.

Así que el municipio de Tocancipá luego de valorar el total de inversiones que había realizado para los estudios, diseños, adecuación de predios, construcción del hospital, dotación de la planta física y equipos superior a los once mil millones de pesos (11.097.144.518) y para no poner el peligro el patrimonio público invertido, decidió llevar al Concejo la creación de la ESE de orden municipal pero articulada a la red departamental, para garantizar la mejora en la prestación del servicio porque ha tenido un aumento importante en el crecimiento demográfico, comercial e industrial pero no posee infraestructura física ni niveles de aseguramiento y atención acordes a ese aumento de demanda, pero una baja oferta de servicios de salud, nivel de atención y aunque cuenta con el Hospital Departamental

el Divino Niño, este se encuentra en el municipio de Sopó y es claramente insuficiente. Además, tuvo en cuenta una de las alternativas que la consultoría contratada les había proporcionado en los siguientes términos:

“Para la prestación de servicios de salud en el municipio de Tocancipá la ESE Hospital Divino Salvador podrá hacer de la infraestructura existente en el puesto de Salud Tocancipá y en la sede ambulatoria, o podrá utilizar la infraestructura que el municipio disponga para tal fin. Así mismo, el municipio de Tocancipá podrá por sus propios medios organizar la prestación de servicios de salud de baja complejidad en el marco de sus competencias empleando para ello infraestructura de salud propia”

De ahí que los antecedentes permiten ahondar en las razones que llevaron a los cabildantes a crear la empresa social del estado del orden municipal, pues en relación con la necesidad para su creación obran estos elementos en el oficio de 24 de mayo de 2019:

“20. Que por todo lo anterior expuesto, se verifica que el municipio siempre ha estado en disposición de concertar los mecanismos pertinentes que permitan definir alternativas viables y sostenibles para la entrada de operación de la infraestructura en actual etapa final de construcción, sin embargo, ni en el pasado, ni en la actualidad se ha dado respuesta puntual al modelo de operación definido para la infraestructura para la prestación de servicios de salud construido por el municipio de Tocancipá, con el agravante que las precariedades en materia de prestación de servicios de salud persisten y día a día son más críticas, en razón a la dinámica demográfica y económica del municipio, claramente esta situación no soporta más dilaciones.

(...)

- 1. El municipio de Tocancipá ha tenido que tramitar ante el Ministerio de Salud y ante la Secretaría de Salud de Cundinamarca en dos oportunidades las respectivas viabilidades y avales, que permitan materializar esta obra.*
- 2. El municipio de Tocancipá ha financiado de manera autónoma con recursos propios el 91% de los recursos requeridos para la terminación de la obra, que hoy están cercanos a los 24 mil millones de pesos, incluyendo el terreno.*
- 3. El municipio de Tocancipá tiene hoy graves limitaciones en la prestación de servicios de salud, que afectan de igual forma a la población afiliada al régimen subsidiado y al régimen contributivo, pues la problemática principal está en la atención de urgencias y en los servicios de mediana complejidad, servicios que no han sido cubiertos ni atendidos en debida forma por los prestadores presentes en el municipio.*
- 4. El municipio de Tocancipá ha requerido en repetidas oportunidades al Ministerio de Salud y a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, cogestores de esta proyecto, para que se defina un modelo de operación sostenible y viable para esta infraestructura, que represente y sea ajustado a los intereses del municipio y a los derechos de los Tocancipeños, sin embargo, a la fecha estas solicitudes no han tenido una respuesta clara y precisa.*

5. El municipio de Tocancipá a través de los contratos de obra y de interventoría vigentes, está próximo a terminar la infraestructura para la prestación de servicios de salud, la cual cuenta con el aval del Departamento de Cundinamarca, según lo previsto en el Convenio Marco 01186 de 2016, por lo tanto, es imperativo definir el mecanismo para la dotación y para la operación de este prestador de servicios de salud, ante el incumplimiento del Departamento de Cundinamarca para financiar la dotación requerida.

6. El municipio de Tocancipá no reconoce capacidad técnica, ni capacidad operativa, ni capacidad de gestión, ni capacidad financiera a la ESE Hospital Divino Salvador de Sopo, para que esta entidad asuma la prestación de servicios de salud en el municipio, esta prestación que puede estar soportada en el contexto de redes del departamento de Cundinamarca, carece de fundamento en razón al contexto del territorio, en razón a la dinámica del aseguramiento, atenta contra la autonomía territorial y representa un riesgo para la sostenibilidad y la viabilidad del proyecto”.

Tabla N° 811 Municipios de la región centro oriente-Guavio, Fuente estudio de redes del departamento de Cundinamarca 2019.

REGIÓN	MUNICIPIO	POBLACIÓN ASEGURADA	POBLACIÓN DANE
REGIÓN DE SALUD CENTRO ORIENTE - GUAVIO	TOCANCIPÁ	38,406	34,554
	SOPÓ	20,080	28,518
	LA CALERA	18,750	28,568
	GUASCA	11,597	15,478
	GACHETÁ	8,370	11,310
	GUATAVITA	4,997	6,958
	JUNÍN	4,966	8,701
	UBALÁ	4,713	7,419
	GACHALÁ	3,766	5,674
	GAMA	2,518	4,045
TOTAL, REGIÓN DE SALUD		118,163	151,225

B. Contexto de Aseguramiento en salud en el municipio.

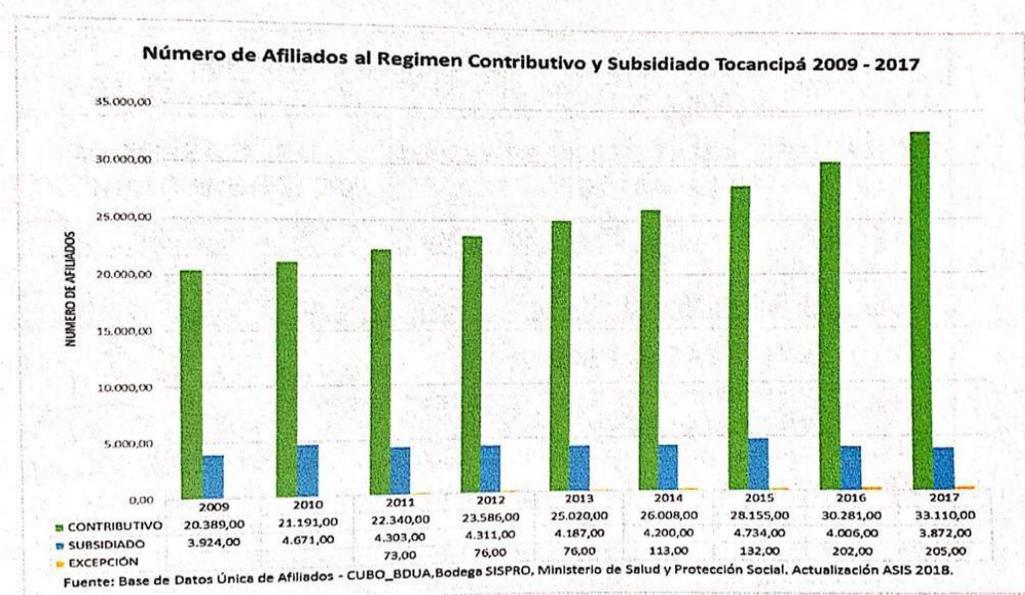
1. **Régimen Subsidiado:** Un importante determinante a considerar en el modelo de operación de la infraestructura para la prestación de servicios de salud en el municipio es la dinámica del aseguramiento en la tabla N° 1, muestra comparativamente el año 2018 y 2017.

Tabla 1. Aseguramiento en salud del Régimen Subsidiado: fuente sistema de información secretaría de salud.

EPS	2017	2018
ECOOPSOS	0	1
CRUZ BLANCA	3	2
NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD	0	3
COMPENSAR	11	10
SANITAS	11	13
NUEVA EPS	47	55
MEDIMAS	105	123
COOMEVA	174	399
FAMISANAR	491	998
CONVIDA	3.001	2.709
TOTAL	3.843	4.313

Hoy por hoy la población afiliada al régimen subsidiado en Tocancipá, corresponde al 12% del aseguramiento en el municipio, la población pobre no asegurada es mínima reduciéndose de 256 personas en el 2016 a cerca de 56 en la presente vigencia, del comportamiento de este esquema de aseguramiento posiblemente influenciado por la dinámica demográfica, industrial y comercial del municipio podemos hacer las siguientes conclusiones:

- La población afiliada a la EPS convida va decreciendo, pasando de 3.001 afiliados en el 2017 a 2.709 afiliados en el 2018.



Finalmente, en la gráfica 1 se compara la tendencia creciente de aseguramiento en salud del régimen contributivo y el comportamiento sostenido e incluso decreciente del régimen subsidiado en salud desde el año 2009 en el municipio de Tocancipá.

(...)

Tabla N° 7. Relación de Servicios de Salud prestados por la ESE Hospital Divino Salvador de Sopo a través del Puesto de Salud de Tocancipá - Fuerte REPS Minsalud.

SERVICIOS CENTRO DE SALUD TOCANCIPÁ		
Código	Servicio	Estado actual
DHS154201	ENFERMERÍA	NO HABILITADO
DHS154202	MEDICINA GENERAL	HABILITADO
DHS154203	ODONTOLOGÍA	NO HABILITADO
DHS154204	URGENCIAS	HABILITADO
DHS154205	TRANSPORTE BÁSICO	HABILITADO
DHS154206	LABORATORIO	HABILITADO
DHS154207	TOMA DE MUESTRAS	HABILITADO
DHS154208	FARMACÉUTICO	HABILITADO
DHS154209	RADIOGRAFÍAS ODONTOLÓGICAS	HABILITADO
DHS154210	TAMIZACIÓN CA UTERINO	HABILITADO
DHS154211	PROMOCIÓN EN SALUD	NO HABILITADO
DHS154212	OTRA PROTECCIÓN ESPECIFICA	NO HABILITADO
DHS154213	PROTECCIÓN ESPECIFICA ATENCIÓN DEL PARTO	NO HABILITADO
DHS154214	PROTECCIÓN ESPECIFICA ATENCIÓN RECIÉN NACIDO	NO HABILITADO
DHS154215	PROTECCIÓN TEMPRANA CRECIMIENTO Y DESARROLLO	HABILITADO
DHS154216	PROTECCIÓN TEMPRANA DESARROLLO JOVEN	HABILITADO
DHS154217	DETECCIÓN TEMPRANA EMBARAZO	HABILITADO

*Es preocupante que el 32% de los servicios registrados por la ESE Hospital Divino Salvador de Sopor y prestados en el municipio de Tocancipá **NO estén habilitados**, situación que se agrava aún más al verificar que el servicio de esterilización tampoco está habilitado lo que claramente haría que en razón a la interdependencia prevista en la resolución 2003 de 2014, el servicio de Urgencias también este comprometido, esta situación evidencia la inoperancia, la incapacidad técnica, la incapacidad administrativa, la incapacidad financiera y las limitaciones operativas y de gestión que tiene este prestador en el municipio de Tocancipá, omisiones que competen también al departamento de Cundinamarca, especialmente a la Secretaría de Salud del Departamento y que van en detrimento del bienestar y los derechos de los Tocancipeños para acceder a un servicio oportuno resolutivo y de calidad.*

(...)

2. REPORTE OPORTUNO A LOS SISTEMAS DE VIGILANCIA EN SALUD PÚBLICA: *Por otro lado, en cuanto al sistema de vigilancia en salud pública, se evidencian deficiencias a través de los años, hay una falta de adherencia a las guías de práctica clínica, que de manera reiterada se registran en los análisis de casos de **mortalidad infantil, mortalidades neonatales y perinatales**, no se reportan, ni se implementan los planes de mejora definidos según la metodología de las unidades de análisis, peor aún, el prestador **NO** asiste a los COVE municipales ni departamentales, lo que claramente demuestra su negligencia e indolencia a la problemática del sector en el municipio.*

Las fallas en los subsistemas de vigilancia en salud pública son reiterativas y representan riesgos, por la inoportunidad de los reportes y su falta de pertinencia, afectando la gestión del municipio, en cuanto a la oportunidad y calidad de los datos (...)

3. INFRAESTRUCTURA: *La ESE Hospital Divino Salvador de Sopó, no tiene infraestructura propia en el municipio, actualmente presta el servicio de*

urgencias en un predio de propiedad del municipio, entregado mediante el contrato de comodato N° 007 de 2015, con vigencia hasta el 30 de septiembre de 2019, de acuerdo a lo previsto en el referido comodato, la ESE de Sopo no paga ningún canon de arrendamiento y tampoco paga los servicios públicos del predio, a cambio; debe asumir las adecuaciones, mantenimiento preventivo y locativo de las instalaciones entregadas, sin embargo esta es una disposición que tampoco se cumple, pues el municipio en la vigencia 2018, ante las omisiones establecidas en las cláusulas del comodato, y en consideración a las condiciones de abandono y deterioro de la infraestructura entregada en comodato a la ESE de Sopo, debió mediante el Contrato N° 374 de 2018, por valor de \$39.118.945 intervenir la infraestructura y hacer adecuaciones en la cubierta, en la sala de espera y las demás zonas del predio, vale aclarar, que la infraestructura entregada en comodato por el municipio, no fue construida para la prestación de servicios de salud, reiterando que según las competencias territoriales, debía ser el departamento de Cundinamarca a través de la ESE Hospital de Sopo, quien asuma estas adecuaciones, como ente rector de la red de prestadores de servicios de salud del departamento, ante estas omisiones, y considerando que finalmente la afectación incide sobre la comunidad, el municipio procede nuevamente a subsanar estas falencias.”

(...)

4. DOTACIÓN DE EQUIPOS MÉDICOS Y MOBILIARIO: *Por otro lado, aunado a la consideración del punto anterior, se suman las carencias en materia de dotación de equipos y mobiliario, la obsolescencia evidente de equipos médicos básicos y el deterioro de los equipos de oficina, motivaron nuevamente la intervención del municipio, ante la pasividad del operador Departamental por esta razón, a través del contrato N° 335 de 2017, por valor de \$61.212.000, se adquirieron por parte de la Secretaría de Salud de Tocancipá (...) elementos, entregados en el marco del Comodato N° 007 de 2015 con el fin de fortalecer las capacidades del prestador(...)*

6. SERVICIOS DE SALUD-URGENCIAS: *La poca capacidad instalada hace que el servicio de urgencias centre su gestión en la remisión a otros prestadores de la zona, el servicio de urgencias no tiene capacidad técnica, los pacientes permanecen 1 0 dos días en espera de una remisión, la disponibilidad de equipos limitan la respuesta de urgencias, a hacer remisión como única alternativa, eventos desafortunados como partos en los baños, urgencias desatendidas, inoperancia de la telemedicina, traslados innecesarios y una gestión errática hacen que este servicio no tenga credibilidad en el municipio. Recientemente se ha hecho rutinaria la estrategia de "salidas voluntarias" a menores de edad objeto de protección especial, salidas voluntarias inducidas a los pacientes en riesgo por ideación suicida, riesgo gestacional, amparadas en la incapacidad en la gestión de la referencia y contra referencia competencia eminente del prestador, cuyas omisiones han tenido fatales desenlaces como el Caso mortalidad por IRA 2018, el Caso mortalidad por DNT 2019 y los casos de riesgo inminente de las gestantes que deben ser cubiertos por la oferta de salud pública del municipio.*

Por otro lado, según los reportes de Accidentalidad Laboral consultados en fuentes oficiales de Fasecolda, los accidentes laborales en Tocancipá tiene una dinámica creciente, con cierre a 2018, se reportan más de 1.700

accidentes laborales,(fuente página web Fasecolda) representando un promedio de 5 accidentes laborales por día, la gran mayoría de estos accidentes laborales deben ser atendidos en otros municipios, dadas las limitaciones de infraestructura y a la poca oferta tecnológica que tiene el puesto de salud, situación que genera demoras en la atención por desplazamientos tortuosos (...)

Así las cosas, concluye la Sala que el cargo de falsa motivación no se configura porque la manifestación de la administración municipal se encuentra justificada en la necesidad de prestar servicios de salud a la población de Tocancipá, sustentada en hechos y estudios que no fueron desvirtuados, basada en normas vigentes e interpretadas razonablemente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS las observaciones del Gobernador de Cundinamarca al Acuerdo N° 024 del 06 de agosto de 2019 *“por medio del cual se crea la Empresa Social del Estado Hospital de Tocancipá y se dictan otras disposiciones”*, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por secretaría, **NOTIFICAR** esta decisión al Gobernador de Cundinamarca, al Alcalde Municipal, al Presidente del Concejo Municipal y al Personero de Tocancipá, así como al Director de Asuntos Municipales de la Gobernación de Cundinamarca.

TERCERO: En firme esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado


OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado