

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 124

Medio de control	Nulidad
Radicado	88-001-23-33-000-2020-00090-00
Demandante	Guillermo Alfonso Pertuz Patrón
Demandado	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Asamblea Departamental
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso iniciado por Guillermo Alfonso Pertuz Patrón, en contra del parágrafo 2° del artículo 8 y el parágrafo 1° transitorio del artículo 9 contenidos en la Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020 *“Por la cual se crea una Empresa Social del Estado del Orden Departamental y se dictan otras disposiciones”*, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés Providencia y Santa Catalina.

II.- ANTECEDENTES

El ciudadano Guillermo Alfonso Pertuz Patrón, en nombre propio, instauró demanda de nulidad en contra del Parágrafo 2° del artículo 8 y el parágrafo 1° transitorio del artículo 9 de la ordenanza No. 005 de 2020, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés Providencia y Santa Catalina, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad del parágrafo 2, del “Artículo 8.- de la Junta Directiva”, de la ordenanza 005 del 29 de julio de 2020 respecto a; (...) una vez conformada la junta directiva provisional y posesionado todos los miembros, deberá dentro de los seis (6) meses siguientes aprobar los estatutos, los presupuestos, la

SIGCMA

planta del personal para garantizar el servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes, manual de funciones y procedimientos de la IA Empresa estos últimos para posterior adopción por parte del gerente de la misma.

SEGUIDO: *Que se declare la nulidad total del Parágrafo 1: transitorio, de la Ordenanza No. 005 del 29 de julio de 2020.*

TERCERO: *Que se conforme la Junta directiva de la ESE Departamental, de acuerdo a los mecanismos que contempla el “Artículo 2.5.3.8.4.2.3. Mecanismos de conformación de las Juntas Directivas para las empresas sociales del estado de carácter territorial”.*

- HECHOS

El demandante, en nombre propio, fundamenta su demanda en los hechos que a continuación se relatan:

Que, la Ordenanza No. 005 de 2020 facultó al Gobierno Departamental en cabeza del señor Gobernador, para que conformara una Junta Directiva Provisional y posesionara a todos sus miembros, estableciendo dicho acto, que no era necesario realizar los procesos de selección que ordena el Decreto 780 de 2016, en el artículo 2.5.3.8.4.2.3., relativo a los mecanismos de conformación de las juntas directivas para las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial.

Señala, que no se explica cuál es la razón o la motivación para no haber seguido los lineamientos del artículo 2.5.3.8.4.2.3. del Decreto 780 de 2016, lo cual, a su juicio, se aparta de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

El extremo activo de la litis considera que el acto enjuiciado, vulnera las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Constitucionales: artículo 121, 209, 300 y 305.

Legales: Decreto 780 de 2016.

Como concepto de violación, el demandante señala que la vulneración al principio de legalidad como principio rector del ejercicio del poder, deviene de la ausencia de competencia material de la Asamblea Departamental de San Andrés para la legislar, en el caso concreto que nos ocupa, la inclusión de dos nuevos párrafos, estos son; el Parágrafo 2, del “Artículo 8.- De la Junta Directiva” y el “Parágrafo 1: Transitorio”, de la ordenanza 005 del 2020, que NO contempla el Artículo 2.5.3.8.4.2.3. del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016.

En este orden, sostuvo, que el Decreto 780 de 2016, no dejó en suspenso la forma como se deben conformar las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el contrario, lo estableció claramente en el artículo 2.5.3.8.4.2.3.

- CONTESTACIÓN

Departamento Archipiélago De San Andrés, Providencia Y Santa Catalina

El Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de apoderado judicial contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, bajo los siguientes argumentos:

Que, el acto administrativo demandado (Ordenanza 005 de 2020 “Parágrafo 2, del “Artículo 8.-De la Junta Directiva” y el, “Parágrafo 1 Transitorio”), fue expedido, de acuerdo al respaldo de normas legales y constitucionales, no existiendo la falta de competencia de la Asamblea ni de la Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Señala, que no se está dando por terminado el mandato legal en la conformación de las Juntas Directivas, pues, precisamente la ESE fue basada en las normas legales y su integración se realizó en cumplimiento del Decreto 780 de 2016.

En tal sentido, sostiene que el artículo 4 del Acuerdo 003 de 2020 *“Por medio del cual se expide el Reglamento interno de la Junta Directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (ESE) HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y*

SANTA CATALINA”, señala que la conformación de la Junta Directiva se constituyó en cumplimiento del Decreto 1876 de 1994, compilado en el artículo 2.5.3.8.4.2.3 del Decreto 780 de 2016.

En este orden, concluye manifestando que no existe vulneración alguna, pues el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Asamblea Departamental, no aplicó a su arbitrio normas ilegales, ni hubo la falta de competencia expuesta, por el contrario, actuó bajo estricto cumplimiento de las normas legales.

Asamblea Departamental

El apoderado judicial de esta dependencia, contestó la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Señala, que, ante la necesidad de contar con un órgano directivo de forma inmediata, se consideró pertinente y necesario designar una junta directiva de manera transitoria, para la toma de decisiones pertinentes en aras de garantizar la buena marcha de la Empresa Social del Estado.

Asevera, que la Junta Directiva Transitoria funcionaría de forma temporal mientras la Empresa social del Estado realiza las acciones pertinentes para la conformación de la junta directiva definitiva, por lo que cuenta con un plazo perentorio de seis (6) meses, con lo que se prueba el carácter temporal de la misma.

Reitera, que por la necesidad que tenía la comunidad del territorio insular de contar con una entidad que preste el servicio público, esencial y vital de los habitantes de la isla, se consideró pertinente que de forma transitoria al entrar en funcionamiento la Empresa Social del Estado de Orden Departamental inmediatamente se conforme una junta directiva transitoria en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud de los habitantes del Departamento Archipiélago.

SIGCMA

Sostiene, que su actuar subyace ante la necesidad de suplir el retiro de la IPS UNIVERSITARIA y garantizar el derecho fundamental de la salud a la comunidad del territorio insular.

Indica, que las consideraciones hechas durante el estudio del proyecto de ordenanza y que hoy hacen parte de la Ordenanza 005 de 2020, son de amparo por la Constitución Política en razón a que establece en su artículo primero, que el interés general prevalece sobre el particular, y adicionalmente resalta el artículo 49 de la Carta Política.

Finalmente, manifiesta que en atención a lo plasmado en la Constitución Política en sus artículos primero y cuarenta y nueve y en concordancia con el decreto 780 de 2016, fue creada la ESE de orden Departamental y se facultó a la Gobernación para establecer de manera transitoria una Junta Directiva y así propender por la protección a la prestación del servicio a la salud.

- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto No. 0099 de 16 de julio de 2021 se admitió la demanda de la referencia, ordenando tramitarla por el procedimiento ordinario de prima instancia previsto en el Título V, Capítulo IV del CPACA.

A través de Auto No. 0100 de 16 de julio de 2021 se corrió traslado de la medida cautelar incoada por el demandante junto con la demanda.

Mediante proveído No. 0173 de 22 de septiembre de 2021, el Despacho del Magistrado Sustanciador decretó la **MEDIDA CAUTELAR** consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del parágrafo 2° del artículo 8 y el parágrafo 1 transitorio del artículo 9 contenidos en la ordenanza 005 del 29 de julio de 2020, al encontrar una aparente incompatibilidad entre las normas superiores y legales con el articulado acusado.

Encontrándose el proceso de la referencia al Despacho, se observó que podría configurarse la hipótesis de dictar sentencia anticipada en virtud de los postulados

SIGCMA

normativos previstos en el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021. Por tal razón, mediante auto No. No. 0182 de 25 de octubre de 2021, se adoptaron medidas para ajustar el proceso al trámite previsto en el artículo 42 ibidem, ordenando **i)** la incorporación de las pruebas documentales allegadas al proceso, y **ii)** fijando el litigio.

Ejecutoriado dicho proveído, mediante Auto No. 189 de 08 de noviembre de 2021 se corrió traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presentaren sus alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad señalada, las partes presentaron sus alegatos conclusivos, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

- ALEGACIONES

Parte demandante

El apoderado de la parte demandante oportunamente arrimo sus alegatos de conclusión, reiterando que no le asiste razón a la apoderada de la Gobernación al argumentar que el Parágrafo 2 del Artículo 8 y el Parágrafo 1 Transitorio de la Ordenanza 005 de 2020, fueron expedidos de acuerdo al respaldo de las normas legales y constitucionales, toda vez que el Decreto 780 de 2016 en su “artículo 2.5.3.8.4.2.3. Mecanismo de Conformación de las Juntas Directivas para las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial”, no contempla conformar junta directiva provisional y mucho menos integradas solamente con cinco (5) miembros.

Señala, que se evidenció de manera palmaria que, tanto el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como la Asamblea Departamental, aplicaron a su arbitrio normas ilegales, dado que la creación de la Ordenanza 005 de 2020 y la conformación de la Junta Directiva provisional no solo van en contravía de las disposiciones especiales en la materia (Decreto 780 de 2016), sino que las determinaciones tomadas por dicha junta (solo cinco miembros), contarían el voto del número plural de personas que exige la ley para la conformación de una junta directiva (mínimo 6 miembros) y por supuesto falta de competencia para modificar una ley.

SIGCMA

Por último, afirma, que para la época de los hechos, la prestación del servicio de salud no se interrumpió, lo continuó prestando la IPS UNIVERSIDAD ANTIOQUIA y su operador SER MEDIC IPS S.A.S., a pesar de no existir Junta Directiva conformada como lo ordena la Ley.

Parte demandada

La apoderada del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, oportunamente arrió sus alegatos de cierre, ratificándose en todas y cada una de las argumentaciones expuestas en el escrito de demanda

Ministerio Público

La agente del Ministerio Público, en esta oportunidad guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

- Jurisdicción y Competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (Art. 104 C.P.A.C.A.). En el presente caso, se demanda un acto administrativo expedido por la Asamblea General del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, lo que hace que esta jurisdicción sea apta para administrar justicia en este proceso.

En cuanto a la competencia, esta Corporación es competente para conocer de este litigio, por razón del territorio, debido a que el acto administrativo que se demanda fue expedido en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (Art. 156 No. 1° del CPACA), y por organismos del orden departamental (Art. 152 num. 1° CPACA)

- Procedibilidad de la acción.

El numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, dispone que cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En el presente caso, se constató que el asunto sometido a control de legalidad de esta Corporación versa sobre una acción de nulidad, por lo que la conciliación extrajudicial no es requisito de procedibilidad para demandar.

- Caducidad de la acción

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 inciso 1º literal a), la demanda de nulidad se podrá interponer en cualquier tiempo. Por tanto, conforme a dicho presupuesto, la presente demanda no se encuentra caducada.

- Legitimación por Activa.

De conformidad con lo previsto por el artículo 137 del CPACA, cualquier ciudadano se encuentra legitimado en la causa por activa para demandar un acto administrativo de carácter general, por consiguiente, en el presente asunto, el demandante Guillermo Alfonso Pertuz Patrón, se encuentra legitimado en la causa por activa para demandar su legalidad.

- Legitimación por Pasiva.

La legitimación por pasiva radica en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Asamblea Departamental, en vista de que fue la entidad que expidió el acto administrativo que aquí se demanda.

- PROBLEMA JURÍDICO

Hechas las anteriores precisiones, se centra la litis en determinar la legalidad del párrafo 2° del artículo 8 y el párrafo 1° transitorio del artículo 9 contenidos en la Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020 *“Por la cual se crea una Empresa Social del Estado del Orden Departamental y se dictan otras disposiciones”*, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés Providencia y Santa Catalina.

- TESIS

La Sala de Decisión de esta Corporación, accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, por considerar que los artículos enjuiciados desconocen los parámetros previstos en nuestro ordenamiento jurídico para la estructuración y organización de las ESE, concretamente, las disposiciones especiales estatuidas en el **Decreto Único Reglamentario 780 de 2016**.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- De las funciones de las Asambleas Departamentales

El **artículo 300 de la Carta Magna**, prevé que las Asambleas Departamentales a través de sus ordenanzas, podrán, entre otras funciones, determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

En consonancia con lo expuesto, el **artículo 194 de la Ley 100 de 1993**, establece que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de 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 dicha ley.

De conformidad con lo anterior, las Asambleas Departamentales están facultadas para crear entidades públicas bajo una categoría especial de entidad pública, descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa para la prestación del servicio de salud, a través de las “Empresas Sociales del Estado – E.S.E.”

- De la organización de las Empresas Sociales del Estado – E.S.E.

El **Decreto 780 de 6 de mayo de 2016**, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, en su artículo 2.5.3.8.4.2.1, establece la organización de las Empresas Sociales del Estado, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.1 ORGANIZACIÓN. Sin perjuicio de la autonomía otorgada por la Constitución Política y la ley a las Corporaciones Administrativas para crear o establecer las Empresas Sociales del Estado, estas se organizarán a partir de una estructura básica que incluya tres áreas, así:

a) Dirección. Conformada por la Junta Directiva y el Gerente y tiene a su cargo mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad;

b) Atención al usuario. Es el conjunto de unidades orgánico-funcionales encargadas de todo el proceso de producción y prestación de Servicios de Salud con sus respectivos procedimientos y actividades, incluyendo la atención administrativa demandada por el usuario. Comprende la definición de políticas institucionales de atención, el tipo de recursos necesarios para el efecto, las formas y características de la atención, y la dirección y prestación del servicio;

c) De logística. Comprende las Unidades Funcionales encargadas de ejecutar, en coordinación con las demás áreas, los procesos de planeación, adquisición, manejo, utilización, optimización y control de los recursos humanos, financieros, físicos y de información necesarios para alcanzar y desarrollar los objetivos de la organización y, realizar el mantenimiento de la planta física y su dotación.

PARÁGRAFO. *A partir de la estructura básica, las Empresas Sociales del Estado definirán su estructura organizacional de acuerdo con las necesidades y requerimientos de los servicios que ofrezca cada una de ellas.”*

A su turno, el artículo 2.5.3.8.4.2.3 *ibid.*, dispone los mecanismos de conformación de las juntas directivas para las empresas sociales del estado de carácter territorial, en el siguiente tenor:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.3 MECANISMO DE CONFORMACIÓN DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS PARA LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE CARÁCTER TERRITORIAL. *Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado tendrán un número mínimo de seis miembros. En este evento, la Junta se conformará de la siguiente manera:*

1. El estamento político - administrativo estará representado por el Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado.

2. Los dos (2) representantes del sector científico de la Salud serán designados así: Uno mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud cualquiera que sea su disciplina. El segundo miembro será designado entre los candidatos de las ternas propuestas por cada una de las Asociaciones Científicas de las diferentes profesiones de la Salud que funcionen en el área de influencia geográfica de la Empresa Social del Estado.

Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Director Departamental, Distrital o Local de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

3. Los dos (2) representantes de la comunidad serán designados de la siguiente manera:

Uno (1) de ellos será designado por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos, mediante convocatoria realizada por parte de la Dirección Departamental, Distrital o Local de Salud.

El segundo representante será designado por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social; en caso de existir Cámara de Comercio dentro de la jurisdicción respectiva la Dirección de Salud solicitará la coordinación por parte de ésta, para la organización de la elección correspondiente. No obstante, cuando éstos no tuvieran presencia en el lugar sede de la Empresa Social del Estado respectiva, corresponderá designar el segundo representante a los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la Empresa.

PARÁGRAFO 1. *En aquellos sitios donde existan Asociaciones Científicas, el segundo representante del estamento científico de la Salud será seleccionado de terna del personal profesional de la Salud existente en el área de influencia. Para tal efecto el Gerente de la Empresa Social del Estado convocará a una reunión del personal de Salud que ejerza en la localidad con el fin de conformar la terna que será presentada a la Dirección de Salud correspondiente.*

PARÁGRAFO 2. *Cuando el número de miembros de la junta sobrepase de seis, en los estatutos de cada entidad deberá especificarse el mecanismo de elección de los demás representantes, respetando en todo caso lo establecido en el presente artículo y en el 195 de la Ley 100 de 1993”.*

Seguidamente, el artículo 2.5.3.8.4.2.7, respecto de las funciones de la junta directiva de la ESE, establece:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.7 FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. *Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:*

1. Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.
2. Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la Empresa Social.
3. Aprobar los Planes Operativos Anuales.
4. Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia.
5. Aprobar las modificaciones de tarifas y cuotas de recuperación que proponga el Director o Gerente, para ajustarse a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes en el sistema general de seguridad social en salud, en sus distintos órdenes.
6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.
7. Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente.
8. Establecer y modificar el Reglamento Interno de la Empresa Social.
9. Analizar los Informes Financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir concepto sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional.
10. Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa Social.
11. Servir de voceros de la Empresa Social ante las instancias político - administrativas correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en este sentido.
12. Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente o en los asuntos que a juicio de la Junta lo ameriten.
13. Diseñar la política, de conformidad con las disposiciones legales, para la suscripción de los Contratos de Integración Docente Asistencial por el Gerente de la Empresa Social.
14. Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.

15. *Fijar honorarios para el Revisor Fiscal.*
16. *Determinar la estructura orgánica Funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente.*
17. *Elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente.”*

De acuerdo a la estructura básica de las Empresas Sociales del Estado - ESE, la junta directiva y el gerente de la entidad asumirán su administración y dirección, por lo que deberán **i)** mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; **ii)** identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, **iii)** determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad.

Del mismo modo, el artículo 2.5.3.8.4.2.3 *ibid.*, al establecer los mecanismos de conformación de las juntas directivas para las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial, estableció que estas tendrán un número mínimo de seis miembros, la cual, se conformará por el jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado, el director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado, dos (2) representantes del sector científico de la Salud, y dos (2) representantes de la comunidad.

De conformidad con lo expuesto, la estructura administrativa de las Empresas Sociales del Estado - ESE, se encuentra prevista en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social - Decreto 780 de 2016, por lo que para su conformación deberá tenerse en cuenta lo previsto en dicha disposición normativa.

- CASO CONCRETO

Como ya se advirtió en precedencia, la parte demandante solicita la anulación del párrafo 2° del artículo 8 y el párrafo 1 Transitorio del artículo 9 contenidos en la **Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020**¹, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés Providencia y Santa Catalina, por considerar que

¹ **Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020** “Por la cual se crea una Empresa Social del Estado del Orden Departamental y se dictan otras disposiciones”.

contraría lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. (incluir una junta directiva provisional)

Asimismo, señala que la Asamblea del Departamento no es competente materialmente para incluir estas disposiciones por fuera del marco legal del Decreto Único del Sector Salud y Protección Social (Decreto 780 de 2016).

Por su parte, la demandada asevera que esta inclusión se hizo ante la necesidad que tenía la comunidad del territorio insular de contar con una entidad que preste el servicio público, esencial y vital de los habitantes de la isla, y por tanto, consideró pertinente que de forma transitoria al entrar en funcionamiento la Empresa Social del Estado de Orden Departamental, inmediatamente se conformara una junta directiva provisional en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud de los habitantes del Departamento Archipiélago.

En este orden, indica que los artículos demandados (Parágrafo 2, del “Artículo 8.- De la Junta Directiva” y el, “Parágrafo 1 Transitorio” de la Ordenanza No. 005 de 2020, fueron expedidos de acuerdo a las normas legales y constitucionales, no existiendo la falta de competencia de la Asamblea ni de la Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

- ACTO DEMANDADO

Previo a realizar el test de legalidad, procede la Sala a identificar el acto administrativo cuya nulidad se pretende, subrayando los artículos enjuiciados:

“ORDENANZA No. 005 DE 2020

(29 de julio)

**“POR LA CUAL SE CREA UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN
DEPARTAMENTAL Y SE CREAN OTRAS DISPOSICIONES”**

“LA ASAMBLEA DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA en el ejercicio de sus facultades constitucionales especialmente las contempladas en el artículo 300 de la Constitución Política de Colombia, y legales en particular las contenidas en el artículo 194 del capítulo tercero de la ley 100 de 1993.”

ORDENA:

ARTÍCULO 1°. *Creación y Naturaleza Jurídica. Créese a partir la vigencia de la presente ordenanza, la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (ESE) HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, entendida como una categoría especial de la entidad pública descentralizada del orden departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, acorde al estudio adjunto que denominaremos Anexo 1. (Estudio de estructuración Empresa Social del Estado Hospital Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina)".*

Parágrafo: - La Empresa Social del Estado creada, estará sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III

(...)

ARTÍCULO 7.- ÓRGANOS DE DIRECCIÓN: *La dirección de la Empresa Social del Estado estará a cargo de la Junta directiva y del gerente, quien será su representante legal.*

ARTÍCULO 8.- DE LA JUNTA DIRECTIVA. *La junta directiva de las Empresas Sociales del Estado estará integrada así: una tercera parte de sus miembros serán representantes del sector político administrativo, otra tercera parte representará al sector científico de la salud y la tercera parte restante será designada por la comunidad.*

PARÁGRAFO 1- *La composición de la junta directiva de la Empresa Social del Estado deberá adecuarse dentro de los siguientes 90 días posteriores a la posesión del gerente en caso de que no se conforme se prorrogará por 90 días más.*

PARÁGRAFO 2- *Una vez conformada la junta directiva provisional y posesionado todos los miembros, deberá dentro de los seis (6) meses siguientes aprobar los estatutos, los presupuestos, la planta del personal para garantizar el servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes, manual de funciones y procedimientos para la empresa estos últimos para la posterior adopción por parte del gerente de la misma.*

ARTÍCULO 9.- *La empresa tendrá una Junta Directiva de nueve (9) miembros constituida de la siguiente manera:*

9.1. *El estamento Político-Administrativo*

- *El Gobernador o su delegado quién la presidirá.*
- *El Secretario de Salud Departamental o su delegado.*
- *El Alcalde de Providencia o su delegado.*

9.2 *Tres (3) representantes del estamento científico de la Empresa designados así:*

- *Uno (1) elegido mediante voto secreto por y entre los funcionarios de la Empresa que tengan título profesional en áreas de la salud, cualquiera que sea su disciplina.*
- *Dos (2) representantes del estamento científico del Departamento designados así:*

Por la Secretaría Departamental de Salud, de las ternas propuestas por cada una de las asociaciones científicas de las diferentes profesiones de la salud que funcionen en el área de influencia geográfica de la ESE. Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al secretario Departamental de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

PARÁGRAFO 1: *Si no existen Asociaciones Científicas, los representantes del estamento científico serán seleccionados de acuerdo con el procedimiento descrito anteriormente, de terna del personal profesional de la salud existente en el área de influencia de la ESE, previa convocatoria que realiza*

Expediente: 88-001-23-33-000-2020-00090-00
Demandante: Guillermo Alfonso Pertuz Patrón
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –
Asamblea Departamental
Acción: Nulidad

SIGCMA

el Gerente de la ESE. El área de influencia de la Empresa corresponde al Departamento Archipiélago de San Andrés. Providencia y Santa Catalina.

9.3. *Dos (2) representantes designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada, por la Secretaría Departamental de Salud y en cuya convocatoria se tendrá en cuenta uno (1) por el Municipio de Providencia.*

9.4 *Un (1) representante designado por los gremios de producción del área de influencia de la Empresa, en elección coordinada por la Cámara de Comercio, previa solicitud de la Secretaría de Salud Departamental.*

PARÁGRAFO 2: *Los miembros de la Junta Directiva de la ESE tendrán un periodo de tres años en el ejercicio de sus funciones excepto del representante de la Asociación de Usuarios cuyo periodo es de dos años y podrán ser reelegidos para periodos iguales por quienes los designaron. Los empleados públicos que incluyan entres sus funciones la de actuar como miembros de la Junta Directiva, lo harán mientras ejerzan dicho cargo.*

PARÁGRAFO 3: *A las reuniones de la Junta Directiva concurrirá, con voz, pero sin voto, el Gerente de la Empresa, quien actuará como secretario ejecutivo de la misma. Deberán concurrir también los demás funcionarios de la Empresa que la junta Directiva determine, cuando las circunstancias así lo indiquen, en cuyo caso lo harán con voz, pero sin voto.*

PARÁGRAFO 1: TRANSITORIO. De manera transitoria y con el fin de garantizar la prestación del servicio de salud y la operación de la entidad, se conformará una junta directiva transitoria, designada por el Gobernador, sin que sea necesario realizar los respectivos procesos de selección enunciados en la presente. La conformación mínima de esta Junta Directiva transitoria estará integrada, así:

- 1. El Gobernador o su delegado**
- 2. El Secretario de Salud Departamental o su delegado**
- 3. El Alcalde de Providencia o su delegado**
- 4. Un Profesional del Área de Salud**
- 5. Un usuario del Área de Influencia.**

Dicha designación tendrá un término máximo de seis (6) meses, finalizado el mismo, se debe proceder a la conformación de la Junta Directiva, de acuerdo con lo establecido en el presente artículo.

ARTÍCULO 10 – REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA. Los miembros de Juntas Directivas deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 8° del Decreto 1876 de 1994, compilado en el Decreto 780 de 2016, artículo 2.5.3.8.4.2.4 y demás normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

(....)

Aprobado en el Salón de sesiones de la Honorable Asamblea Departamental, en sesión ordinaria el día 29 de julio de 2020.

CARLOS CARVAJAL JIMENEZ
Presidente

MARIA ANGELICA MARTINEZ PUPO
Secretaria General"

(Subrayas y negritas fuera del texto original)

- DE LAS PRUEBAS

Para resolver el presente asunto, procede la Sala a revisar las pruebas allegadas al plenario.

- Copia de la Ordenanza No. 005 de julio 29 de 2020, *“Por medio del cual se crea una Empresa Social del Estado del orden Departamental y se crean otras disposiciones”*.²
- Estudio de Estructuración de la Empresa Social del Estado - Hospital Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.³.

Luego de enlistar las pruebas oportunamente arrimadas al expediente, procede la Sala a examinar el articulado demandado, en los siguientes términos:

- **ANÁLISIS DE LA SALA**

Par resolver el problema jurídico planteado en esta instancia, procede la Sala a revisar los supuestos normativos previstos en el Decreto 780 de 2016 y demás normas concordantes, para determinar si el articulado enjuiciado desconoce las normas constitucionales o legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, huelga señalar que el **Decreto 780 de 6 de mayo de 2016**, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, compila y simplifica todas las normas reglamentarias preexistentes en el sector de la salud y define la estructura administrativa de las Empresas Sociales.

Asimismo, en su artículo 2.5.3.8.4.1.1 definió la naturaleza jurídica de este tipo de empresas del Estado, precisando que constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos.

² Visible a folio 16-24 del archivo (02.Demada.pdf) del cuaderno digital.

³ Visible a folios 699-838 del archivo (02.Demanda.pdf) del cuaderno digital.

Seguidamente, el artículo 2.5.3.8.4.2.1., estableció su organización, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.1 ORGANIZACIÓN. Sin perjuicio de la autonomía otorgada por la Constitución Política y la ley a las Corporaciones Administrativas para crear o establecer las Empresas Sociales del Estado, estas se organizarán a partir de una estructura básica que incluya tres áreas, así:

a) Dirección. Conformada por la Junta Directiva y el Gerente y tiene a su cargo mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad;

b) Atención al usuario. Es el conjunto de unidades orgánico-funcionales encargadas de todo el proceso de producción y prestación de Servicios de Salud con sus respectivos procedimientos y actividades, incluyendo la atención administrativa demandada por el usuario. Comprende la definición de políticas institucionales de atención, el tipo de recursos necesarios para el efecto, las formas y características de la atención, y la dirección y prestación del servicio;

c) De logística. Comprende las Unidades Funcionales encargadas de ejecutar, en coordinación con las demás áreas, los procesos de planeación, adquisición, manejo, utilización, optimización y control de los recursos humanos, financieros, físicos y de información necesarios para alcanzar y desarrollar los objetivos de la organización y, realizar el mantenimiento de la planta física y su dotación.

PARÁGRAFO. A partir de la estructura básica, las Empresas Sociales del Estado definirán su estructura organizacional de acuerdo con las necesidades y requerimientos de los servicios que ofrezca cada una de ellas.”

A su turno, el artículo 2.5.3.8.4.2.3, estableció el mecanismo de conformación de las juntas directivas para las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.3 MECANISMO DE CONFORMACIÓN DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS PARA LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE CARÁCTER TERRITORIAL. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado tendrán un número mínimo de seis miembros. En este evento, la Junta se conformará de la siguiente manera:

SIGCMA

1. El estamento político - administrativo estará representado por el Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado.

2. Los dos (2) representantes del sector científico de la Salud serán designados así: Uno mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud cualquiera que sea su disciplina. El segundo miembro será designado entre los candidatos de las ternas propuestas por cada una de las Asociaciones Científicas de las diferentes profesiones de la Salud que funcionen en el área de influencia geográfica de la Empresa Social del Estado.

Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Director Departamental, Distrital o Local de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

3. Los dos (2) representantes de la comunidad serán designados de la siguiente manera:

Uno (1) de ellos será designado por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos, mediante convocatoria realizada por parte de la Dirección Departamental, Distrital o Local de Salud.

El segundo representante será designado por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social; en caso de existir Cámara de Comercio dentro de la jurisdicción respectiva la Dirección de Salud solicitará la coordinación por parte de ésta, para la organización de la elección correspondiente. No obstante, cuando éstos no tuvieran presencia en el lugar sede de la Empresa Social del Estado respectiva, corresponderá designar el segundo representante a los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la Empresa.

PARÁGRAFO 1. En aquellos sitios donde existan Asociaciones Científicas, el segundo representante del estamento científico de la Salud será seleccionado de terna del personal profesional de la Salud existente en el área de influencia. Para tal efecto el Gerente de la Empresa Social del Estado convocará a una reunión del personal de Salud que ejerza en la localidad con el fin de conformar la terna que será presentada a la Dirección de Salud correspondiente.

PARÁGRAFO 2. Cuando el número de miembros de la junta sobrepase de seis, en los estatutos de cada entidad deberá especificarse el mecanismo de elección de los demás representantes, respetando en todo caso lo establecido en el presente artículo y en el 195 de la Ley 100 de 1993". (Subrayas y negritas de la Sala)

Consecutivamente, el artículo 2.5.3.8.4.2.7, definió las funciones de la junta directiva de la ESE, al siguiente tenor:

ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.7 FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:

1. Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.
2. Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la Empresa Social.
3. Aprobar los Planes Operativos Anuales.
4. Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia.
5. Aprobar las modificaciones de tarifas y cuotas de recuperación que proponga el Director o Gerente, para ajustarse a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes en el sistema general de seguridad social en salud, en sus distintos órdenes.
6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.
7. Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente.
8. Establecer y modificar el Reglamento Interno de la Empresa Social.
9. Analizar los Informes Financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir concepto sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional.
10. Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa Social.
11. Servir de voceros de la Empresa Social• ante las instancias político - administrativas correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en este sentido.
12. Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente o en los asuntos que a juicio de la Junta lo ameriten.
13. Diseñar la política, de conformidad con las disposiciones legales, para la suscripción de los Contratos de Integración Docente Asistencial por el Gerente de la Empresa Social.
14. Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.
15. Fijar honorarios para el Revisor Fiscal.
16. Determinar la estructura orgánica Funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente.
17. Elaborar terna de candidatos para presentar al jefe de la respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente.”

Bajo este entendido, de acuerdo con la estructura básica de las Empresas Sociales del Estado - ESE, la junta directiva y el gerente de la entidad asumirán su

SIGCMA

administración y dirección, por lo que deberán **i)** mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la misión y objetivos institucionales; **ii)** identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, **iii)** determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad.

Del mismo modo, el artículo 2.5.3.8.4.2.3 *ibid.*, al establecer los mecanismos de conformación de las juntas directivas para las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial, estableció que estas tendrán un número mínimo de seis miembros, y se conformarán por el jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado, el director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado, dos (2) representantes del sector científico de la Salud, y dos (2) representantes de la comunidad.

De acuerdo con lo expuesto, la estructura administrativa de las Empresas Sociales del Estado, se encuentra prevista en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social - **Decreto 780 de 2016**, por lo que para su conformación deberá acudirse a dicha disposición normativa.

Luego de analizar los preceptos normativos invocados por el actor, y descendiendo al acto administrativo objeto de control de legalidad, se observa que los artículos acusados (subrayados en negrilla), disponen:

Parágrafo 2 del artículo 8°:

ARTÍCULO 8.- DE LA JUNTA DIRECTIVA. *La junta directiva de las Empresas Sociales del Estado estará integrada así: una tercera parte de sus miembros serán representantes del sector político administrativo, otra tercera parte representará al sector científico de la salud y la tercera parte restante será designada por la comunidad.*

(...)

PARÁGRAFO 2- *Una vez conformada la junta directiva provisional y posesionados todos los miembros, deberá dentro de los seis (6) meses siguientes aprobar los*

estatutos, los presupuestos, la planta del personal para garantizar el servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes, manual de funciones y procedimientos para la empresa estos últimos para la posterior adopción por parte del gerente de la misma.
(Las subrayas corresponden al texto demandado)

Parágrafo 1: Transitorio del artículo 9°:

ARTÍCULO 9.- JUNTA DIRECTIVA. *La empresa tendrá una Junta Directiva de nueve (9) miembros constituida de la siguiente manera:*

9.1. *El estamento Político-Administrativo*

- *El Gobernador o su delegado quién la presidirá.*
- *El Secretario de Salud Departamental o su delegado.*
- *El Alcalde de Providencia o su delegado.*

9.2 *Tres (3) representantes del estamento científico de la Empresa designados así:*

- *Uno (1) elegido mediante voto secreto por y entre los funcionarios de la Empresa que tengan título profesional en áreas de la salud, cualquiera que sea su disciplina.*
- *Dos (2) representantes del estamento científico del Departamento designados así:*

Por la Secretaría Departamental de Salud, de las ternas propuestas por cada una de las asociaciones científicas de las diferentes profesiones de la salud que funcionen en el área de influencia geográfica de la ESE. Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Secretario Departamental de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

PARÁGRAFO 1: *Si no existen Asociaciones Científicas, los representantes del estamento científico serán seleccionados de acuerdo con el procedimiento descrito anteriormente, de terna del personal profesional de la salud existente en el área de influencia de la ESE, previa convocatoria que realiza el Gerente de la ESE. El área de influencia de la Empresa corresponde al Departamento Archipiélago de San Andrés. Providencia y Santa Catalina.*

9.3. *Dos (2) representantes designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada, por la Secretaría Departamental de Salud y en cuya convocatoria se tendrá en cuenta uno (1) por el Municipio de Providencia.*

9.4 *Un (1) representante designado por los gremios de producción del área de influencia de la Empresa, en elección coordinada por la Cámara de Comercio, previa solicitud de la Secretaría de Salud Departamental.*

PARÁGRAFO 2: *Los miembros de la Junta Directiva de la ESE tendrán un periodo de tres años en el ejercicio de sus funciones excepto del representante de la*

SIGCMA

Asociación de Usuarios cuyo periodo es de dos años y podrán ser reelegidos para periodos iguales por quienes los designaron. Los empleados públicos que incluyan entres sus funciones la de actuar como miembros de la Junta Directiva, lo harán mientras ejerzan dicho cargo.

PARÁGRAFO 3: *A las reuniones de la Junta Directiva concurrirá, con voz, pero sin voto, el Gerente de la Empresa, quien actuará como secretario ejecutivo de la misma. Deberán concurrir también los demás funcionarios de la Empresa que la junta Directiva determine, cuando las circunstancias así lo indiquen, en cuyo caso lo harán con voz, pero sin voto.*

PARÁGRAFO 1: TRANSITORIO. De manera transitoria y con el fin de garantizar la prestación del servicio de salud y la operación de la entidad, se conformará una junta directiva transitoria, designada por el Gobernador, sin que sea necesario realizar los respectivos procesos de selección enunciados en la presente. La conformación mínima de esta Junta Directiva transitoria estará integrada, así:

1. El Gobernador o su delegado
2. El Secretario de Salud Departamental o su delegado
3. El Alcalde de Providencia o su delegado
4. Un Profesional del Área de Salud
5. Un usuario del Área de Influenza.

Dicha designación tendrá un término máximo de seis (6) meses, finalizado el mismo, se debe proceder a la conformación de la Junta Directiva, de acuerdo con lo establecido en el presente artículo.” (Las subrayas corresponden al texto demandado)

De conformidad con lo anterior, se observa que el parágrafo 1: transitorio del artículo 9, crea una junta directiva de carácter **provisional** de cinco (5) miembros, con el fin de “garantizar la prestación del servicio de salud y la operación de la entidad”, el cual, además, establece que dicha junta “se designará por el Gobernador del Departamento, sin que sea necesario realizar los respectivos procesos de selección enunciados en dicho acto”, tendrá un término máximo de 6 meses, y finalizado este, se deberá conformar la junta directiva fija de acuerdo con lo establecido en dicho artículo.

El parágrafo 2 del artículo 8° ibidem, complementa esta disposición, señalando que una vez conformada la junta directiva **provisional** y posesionados todos los miembros, deberá dentro de los seis (6) meses siguientes aprobar los estatutos, los presupuestos, la planta del personal para garantizar el servicio, dentro de los seis

(6) meses siguientes, manual de funciones y procedimientos para la empresa estos últimos para la posterior adopción por parte del gerente de la misma.

Al realizar un análisis racional del caso concreto, a partir del cotejo de los supuestos normativos y los artículos acusados, encuentra la Sala que la Asamblea Departamental a través de la Ordenanza No. 005 de 2020, creó dos juntas directivas para la ESE Hospital de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, esto es, una de carácter **provisional**, y otra de carácter fijo, desconociendo el procedimiento para la estructuración administrativa de las Empresas Sociales del Estado.

Asimismo, se observa que la Asamblea Departamental, aun cuando citó el sustento normativo en que debía fundarse, no lo aplicó, es decir, desconoció dichas normas y reguló en forma arbitraria e ilegal las disposiciones aquí demandadas, al establecer que la junta directiva **provisional** sería designada por el Gobernador del Departamento, “sin que sea necesario realizar los respectivos procesos de selección enunciados en dicho acto,” lo que evidentemente va en contra de los postulados normativos del Decreto 780 de 2016.

Adicionalmente, se observa que esta junta fue integrada por solo cinco (5) miembros, aun cuando la norma al establecer los mecanismos de conformación de las juntas directivas para las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial, estableció que estas tendrán un número mínimo de seis (6) miembros, las cuales, se conformarán por el jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado, el director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado, dos (2) representantes del sector científico de la Salud, y dos (2) representantes de la comunidad, desconociéndose de este modo, el número plural necesario para su consolidación.

Aunado a ello, la demandada atribuyó a la junta directiva de carácter **provisional**, (creada por fuera de los parámetros legales) las funciones que por derecho corresponden a las juntas directivas conformadas bajo los lineamientos del Decreto 780 de 2016, tales como aprobar los estatutos, los presupuestos, la planta del personal para garantizar el servicio, manual de funciones y procedimientos para la empresa, estos últimos, para la posterior adopción del gerente de la misma.

SIGCMA

En tal orden, considera esta Colegiatura que la conformación de la junta directiva provisional, no solo va en contravía de las disposiciones especiales en la materia (Decreto 780 de 2016), sino que, además, las determinaciones tomadas por dicha junta (solo cinco miembros), contrarían el voto del número plural de personas que exige la ley para la conformación de una junta directiva (mínimo 6 miembros), siendo estas disposiciones flagrantemente violatorias del ordenamiento jurídico superior.

Al realizar un paralelo entre lo expuesto en el párrafo 2° del artículo 8 y el párrafo 1 Transitorio del artículo 9 de la **Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020**, y lo previsto en el Decreto 780 de 2016, se observa lo siguiente:

ARTÍCULOS DEMANDADOS DE LA <u>ORDENANZA No. 005 DE 2020</u>	NORMAS CITADAS PARA FUNDAMENTAR LA ORDENANZA	DECRETO 780 DE 2016 - QUE ESTABLECE LA ESTRUCTURA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - ESE
ARTÍCULO 9 PARÁGRAFO 1: TRANSITORIO. De manera transitoria y con el fin de garantizar la prestación del servicio de salud y la operación de la entidad, se conformará una <u>junta directiva transitoria, designada por el Gobernador, sin que sea necesario realizar los respectivos procesos de selección enunciados en la presente.</u> La conformación mínima de esta Junta Directiva transitoria estará integrada, así: 1. El Gobernador o su delegado 2. El secretario de Salud Departamental o su delegado 3. El alcalde de Providencia o su delegado 4. Un Profesional del Área de Salud. 5. Un usuario del Área de Influencia. Dicha designación tendrá un término máximo de seis (6) meses, finalizado el mismo, se debe proceder a la conformación de la Junta Directiva, de acuerdo con lo establecido en el presente artículo. (Cinco miembros)	ARTÍCULO 300 CONSTITUCIÓN NACIONAL. ARTÍCULO 194 LEY 100 DE 1993. DECRETO 780 DE 2016.	ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.2 DE LA JUNTA DIRECTIVA. <u>La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de los órdenes nacional y territorial, estarán integradas de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, así: una tercera parte de sus miembros serán representantes del sector político administrativo, otra tercera parte representará al sector científico de la salud y la tercera parte restante será designada por la comunidad.</u> ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.3 MECANISMO DE CONFORMACIÓN DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS PARA LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE CARÁCTER TERRITORIAL. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado tendrán un número <u>mínimo de seis miembros. En este evento, la Junta se conformará de la siguiente manera:</u> 1. El estamento político - administrativo estará representado por el Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado.

SIGCMA

		2. Los dos (2) representantes del sector científico de la Salud serán designados así: Uno mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud cualquiera que sea su disciplina. El segundo miembro será designado entre los candidatos de las ternas propuestas por cada una de las Asociaciones Científicas de las diferentes profesiones de la Salud que funcionen en el área de influencia geográfica de la Empresa Social del Estado. Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Director Departamental, Distrital o Local de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección. 3. Los dos (2) representantes de la comunidad serán designados de la siguiente manera: Uno (1) de ellos será designado por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos, mediante convocatoria realizada por parte de la Dirección Departamental, Distrital o Local de Salud. El segundo representante será designado por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social; en caso de existir Cámara de Comercio dentro de la jurisdicción respectiva la Dirección de Salud solicitará la coordinación por parte de ésta, para la organización de la elección correspondiente. No obstante, cuando éstos no tuvieren presencia en el lugar sede de la Empresa Social del Estado respectiva, corresponderá designar el segundo representante a los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la Empresa.
ARTÍCULO 8 PARÁGRAFO 2- Una vez conformada la junta directiva provisional y posesionados todos los miembros, deberá dentro de los seis (6) meses siguientes <u>aprobar los estatutos, los presupuestos, la planta del personal para garantizar el servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes, manual de funciones y procedimientos para la empresa estos últimos para la posterior adopción por parte del gerente de la misma.</u>	ARTÍCULO 300 CONSTITUCIÓN NACIONAL. ARTÍCULO 194 LEY 100 DE 1993. DECRETO 780 DE 2016	ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.7 FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes: 1. Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno. 2. Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la Empresa Social. 3. Aprobar los Planes Operativos Anuales. 4. Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de

SIGCMA

		Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia. 5. Aprobar las modificaciones de tarifas y cuotas de recuperación que proponga el Director o Gerente, para ajustarse a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes en el sistema general de seguridad social en salud, en sus distintos órdenes. 6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente. 7. Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente. 8. Establecer y modificar el Reglamento Interno de la Empresa Social. 9. Analizar los Informes Financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir concepto sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional. 10. Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa Social. 11. Servir de voceros de la Empresa Social ante las instancias político - administrativas correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en este sentido. 12. Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente o en los asuntos que a juicio de la Junta lo ameriten. 13. Diseñar la política, de conformidad con las disposiciones legales, para la suscripción de los Contratos de Integración Docente Asistencial por el Gerente de la Empresa Social. 14. Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno. 15. Fijar honorarios para el Revisor Fiscal. 16. Determinar la estructura orgánica Funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente. 17. Elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente.”
--	--	---

De este modo, resulta incuestionable que la Asamblea Departamental al expedir el acto de conformación de la Empresa Social del Estado - ESE Hospital Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, desconoció i) el procedimiento establecido en nuestro ordenamiento jurídico para la estructuración administrativa de una ESE, ii) creó una junta directiva de carácter **provisional** sin sustento legal, iii) indicó que dicha junta sería designada por el “Gobernador del

Departamento” a dedo, “sin que sea necesario realizar los respectivos procesos de selección enunciados en dicho acto,” iv) no tuvo en cuenta el número plural necesario para su conformación, y v) asignó a la junta directiva de carácter **provisional**, las funciones que por derecho corresponden a las juntas directivas conformadas bajo los lineamientos del Decreto 780 de 2016.

Corolario de lo anterior, es palmario que los artículos enjuiciados desconocen los parámetros previstos en nuestro ordenamiento jurídico para la estructuración y organización de las ESE, concretamente, desconocen las disposiciones especiales estatuidas en el **Decreto Único Reglamentario 780 de 2016**.

Bajo este derrotero, la Sala de Decisión de esta Corporación accederá parcialmente a las súplicas de la demanda, y en consecuencia, declarará la nulidad del párrafo 2° del artículo 8 y el párrafo 1 Transitorio del artículo 9 de la Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia, no sin antes levantar la medida cautelar decretada en el presente asunto.

- Condena en Costas

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: LEVÁNTESE la medida cautelar decretada mediante proveído No. 173 de 22 de septiembre de 2021, consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del párrafo 2° del artículo 8 y el párrafo 1 Transitorio del artículo 9 contenidos en la Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020, *“Por la cual se crea una Empresa Social del Estado del Orden Departamental y se dictan otras disposiciones”*, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés Providencia y Santa Catalina

Expediente: 88-001-23-33-000-2020-00090-00
Demandante: Guillermo Alfonso Pertuz Patrón
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –
Asamblea Departamental
Acción: Nulidad

SIGCMA

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del parágrafo 2° del artículo 8 y el parágrafo 1 Transitorio del artículo 9 contenidos en la Ordenanza 005 del 29 de julio de 2020 “Por medio del cual se crea una Empresa Social del Estado del orden Departamental y se crean otras disposiciones”, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No hay lugar a condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría liquídense los gastos del proceso si a ello hubiere lugar, y devuélvase el remanente, si lo hubiere. Archívese el expediente previas las desanotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2020-00090-00)

Firmado Por:

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8d21571d18210b3b1dae04fa295a4db4908a231825bda0babdc07a74b278ac4b**

Documento generado en 15/12/2021 11:38:42 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>