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

AUTO No. 0173

SIGCMA

San Andrés, Isla, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

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

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar incoada por el señor Guillermo Alfonso Pertuz Patrón, 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, "*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. DEL ACTO DEMANDADO

Los artículos cuya suspensión provisional se pretende, están contenidos en la Ordenanza No. 005 del 29 de julio de 2020, que dispone:

"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 ANDRES, 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 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, cunado 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)

III. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

El demandante solicita se decrete 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° de la Ordenanza No. 005 de 2020, anteriormente citados, por cuanto considera que contrarían de manera flagrante lo dispuesto en normas superiores.

En tal sentido, señala que la Asamblea del Departamento de San Andrés Isla y el Gobernador, carecen de competencia para incluir estas disposiciones por fuera del marco legal del Decreto Único del Sector Salud y Protección Social (Decreto 780 de 2016).

De ese modo, sostiene, que dichos parágrafos rescinden el mandato legal en la conformación de las Juntas Directivas para las Empresas Sociales del Estado de Carácter Territorial con sus integrantes.

- **TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR**

Mediante auto de fecha 16 de julio de 2021, notificado el 21 de julio de ese mismo año, se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar por el término de cinco (5) días a la entidad demandada, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

Dentro del término, los apoderados judiciales del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Asamblea Departamental, descorrieron el traslado de la medida cautelar en los siguientes términos.

- **OPOSICIÓN**

Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

La apoderada del Departamento Archipiélago, descorrió el traslado de la medida cautelar solicitada, manifestando que se opone a su adopción por cuanto no existe motivo alguno para modificar el acto acusado.

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 es estricto cumplimiento de las normas legales.

Asamblea Departamental

El apoderado judicial de esta dependencia, descorrió el traslado de la solicitud de medida cautelar, manifestando que se opone a la suspensión provisional del acto enjuiciado.

Seguidamente, 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 esta Junta Directiva Transitoria funcionaría de forma temporal mientras le 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.

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.

III. CONSIDERACIONES

- De las Medidas Cautelares

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establece la ley.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas como medida preliminar, el artículo 230 *ibídem,* prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado; en consonancia con ello, el artículo 231 señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que se debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Para tal efecto, el estudio debe satisfacer el control de los principios de: i) la apariencia de buen derecho *-fumus boni iuris-* y ii) el peligro en la mora judicial *periculum in mora-* y tomándolos como base, proceder a la iii) ponderación razonable de la idoneidad, necesidad, conveniencia y estimación del derecho más probable entre los extremos, de manera tal que se haga evidente la justificación de la determinación.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 17 de marzo de 2015[1], señaló:

> *"(…) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas* ***cautelares. Los cuales se sintetizan en el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero,*** *o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho****. El segundo,*** *o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.*
>
> *(…)*
>
> *"Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado* ***valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, con las pruebas allegadas junto con la solicitud****. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en las que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,* ***no constituye prejuzgamiento****, y es evidente que así lo sea. Dado que resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar*

[1] CONSEJO DE ESTADO – Consejero Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Expediente núm. 2014-03799.

> *interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujetas a la decisión final.* (Subrayas del Despacho)

En ese sentido, ha advertido que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional deberá llevar a cabo un análisis de la sustentación de la medida y un estudio previo de las pruebas, sin que su decisión implique prejuzgamiento, debiendo ser muy cauteloso y guardar moderación para que el decreto de esta medida no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto, ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado de ejercer su derecho de defensa.

Luego, entonces, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber*: i) fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *(ii) periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, *iii)* la ponderación de intereses.

- **CASO CONCRETO**

Como ya se advirtió en precedencia, la parte demandante solicita la suspensión provisional 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**[2], expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés Providencia y Santa Catalina, por considerar que contrarían 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 está 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, se consideró pertinente que de forma transitoria al entrar en funcionamiento la Empresa Social del Estado de Orden Departamental, inmediatamente se conformara una junta

[2] **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*",

directiva transitoria en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud de los habitantes del Departamento Archipiélago.

En ese sentido, el estudio de la medida preliminar solicitada se centrará en establecer si los artículos demandados quebrantan el ordenamiento jurídico, al incluir una **junta directiva de carácter provisional o transitoria**, dentro de la Ordenanza No. 005 de 2020.

Atendiendo a los argumentos del demandante y el problema jurídico aquí propuesto, el Despacho procede a pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, en los siguientes términos:

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.”

Por su parte, 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:

> ***"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 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.

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."

Bajo este entendido, de acuerdo con la estructura básica de las Empresas Sociales del Estado - ESE, descrita en el artículo 2.5.3.8.4.2.3 del Decreto 780 de 2016, 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, 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 - 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 acudirse a esta disposición normativa.

Ahora bien, 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, 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 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, cunado 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.”*** (Las subrayas corresponden al texto demandado)

De conformidad con lo anterior, se observa que los artículos demandados crean una junta directiva de carácter provisional, con el fin de garantizar la prestación del servicio de salud y la operación de la entidad, los cuales establecen además, que dicha junta provisional, “se designará por el Gobernador del Departamento, sin que sea necesario realizar los respectivos procesos de selección enunciados en dicho acto.”

Aunado a ello, el articulado acusado además de conformar la junta directiva provisional, señala que la designación de esta junta tendría 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. En otras palabras, la presente norma asigna o traslada las funciones propias de una junta directiva debidamente conformada bajo los lineamientos del Decreto 780 de 2016, a una junta directiva provisional que no tiene asidero normativo.

Al realizar un análisis racional del caso concreto, a partir del cotejo entre los supuestos normativos y los artículos acusados, encuentra el Despacho 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, con lo que podría decirse *prima facie* que se desconocen los lineamientos del Decreto 780 de 2016.

Asimismo, se observa que la Asamblea Departamental estableció sin ningún sustento normativo, sin mayores argumentaciones, y solo citando las normas en que debería fundarse, 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," y por demás los procesos de selección previstos en la ley, lo que, en principio, podría ir en contra de los postulados normativos previstos en el Decreto 780 de 2016.

Adicionalmente, se encuentra que la demandada en el parágrafo 2 del artículo 8°, atribuyó a la **junta directiva provisional** las funciones que por derecho corresponden a la junta directiva conformada 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 por parte del gerente de la misma.

Bajo este derrotero, podría decirse *prima facie* 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 las determinaciones tomadas por dicha junta (solo cinco miembros), no contarían con el voto del número plural de personas que exige la ley para la conformación de conformar una junta directiva (mínimo 6 miembros).

Para mayor comprensión del caso concreto, el Despacho procederá a confrontar los artículos demandados con las normas invocadas, de la siguiente manera:

ARTÍCULOS DEMANDADOS DE LA ORDENANZA No. 005 DE 2020	**FUNDAMENTOS LEGALES QUE CITA LA DEMANDADA PARA FUNDAMENTAR EL ACTO**	**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 **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. (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.** 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. **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 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 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 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 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.”

En ese orden, el Despacho, al encontrar una aparente incompatibilidad entre las normas superiores y legales con el articulado acusado, -*fumus boni iuris*- decretará la medida cautelar referida a la suspensión provisional de los efectos 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, debido a la infracción, en principio, vislumbrada, entre las normas superiores y legales con éstos.

Teniendo en cuenta que la presente medida versa sobre la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, en el caso particular de una ordenanza, no será necesario imponer caución, tal como lo prevé el artículo 232 del C.P.A.C.A.

Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO. - DECRÉTESE 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, "*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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

Firmado Por:

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 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:
2938f6dc693feedfbf6ec8b005dd293a823b0750fbbc219c756a11d48169987a
Documento generado en 22/09/2021 09:53:58 a. m.

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