

PARTICIPACION COMUNITARIA - Deber, derecho y finalidad. En servicios públicos

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 el componente democrático del Estado Colombiano cobró mayor relevancia, en la medida que la sociedad puede ahora tener más injerencia en la conducción de los intereses de todos, como así lo pregonaba el artículo 2 de la misma al señalar como uno de los fines esenciales del Estado el “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Se trata, entonces, de propiciar un cambio en la conducta social de los colombianos, llevándolos a participar en los cuadros de dirección de las entidades o dependencias estatales que tengan alguna incidencia en sus destinos, como es el caso de los servicios públicos. (...) El constituyente trató a la participación comunitaria como un deber, un derecho y a la vez como una finalidad. En cuanto a lo primero, puesto que la administración pública, con el fin de desarrollar los principios que orientan la función administrativa previstos en el artículo 209 Constitucional, tiene el deber de hacer partícipe en sus cuadros de dirección, a los usuarios de sus servicios públicos, como en efecto se verá en algunas disposiciones jurídicas. Y se constituye en un derecho para los usuarios, en la medida que correlativo a lo anterior ellos deben tener asiento en esas entidades, a efecto de que sus opiniones puedan calar en los demás integrantes de las juntas directivas al momento de asumir decisiones, con lo que su voto no puede calificarse individualmente, sino puesto en el contexto de los debates y de su injerencia en la opinión ajena. Y la finalidad de tal participación se encamina hacia el lado de la gestión y fiscalización de la empresa, en atención a que el comportamiento administrativo de la entidad puede ahora recibir la influencia directa de los destinatarios del servicio público, quienes por su membresía a esas juntas directivas quedan en una posición privilegiada para conocer de cerca su desempeño fiscal y así poder actuar cuando adviertan alguna irregularidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 369 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho a la participación comunitaria, Corte Constitucional, sentencia T-383 de 1993.

PARTICIPACION COMUNITARIA - En la gestión y fiscalización del servicio público de salud / PARTICIPACION COMUNITARIA - Se desconoció en nombramiento de gerente de ESE Ceminsa de Sabanalarga / GERENTE ESE CENTRO MATERNO INFANTIL DE SABANALARGA - Nulidad de su nombramiento porque la junta directiva lo hizo sin participación de representantes de la comunidad

La conformación de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado dispuesta en la normatividad anterior fue plenamente acogida por la Junta Directiva de CEMINSA, puesto que acatando esos parámetros expidió el Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000 “Por medio del cual se adopta el reglamento interno de la Junta”, en el que figuran los dos representantes del estamento político-administrativo (Alcalde y Director de Salud Municipal de Sabanalarga), los dos representantes del sector científico de la salud (interno y externo) y los dos representantes de la comunidad (Alianzas o Asociaciones de Usuarios y Comités de Participación Comunitaria). Con todo, no basta con que orgánicamente se haya acogido la ley en el sentido de establecer como miembros de la Junta Directiva de CEMINSA a los dos representantes de la comunidad, tanto por las Asociaciones de Usuarios como por los Comités de Participación Comunitaria, si materialmente esos cargos no están ocupados al momento de producirse una decisión como la que aquí se juzga. Tal omisión no se supera acudiendo solamente a la existencia

de un quórum decisorio, pues si ello bastara para sanear la situación, habría de patrocinarse la inadmisibile tesis de que la Junta Directiva de cualquier Empresa Social del Estado podría sesionar y adoptar decisiones, por siempre, omitiendo la presencia de dos de sus integrantes; hipótesis que desde luego resulta insostenible en la medida que termina desconociendo las disposiciones constitucionales y legales citadas hasta el momento, en las que bien claro se aprecia la decisión del constituyente y del legislador por fomentar y asegurar la participación comunitaria en la toma de decisiones en el seno de las Empresas Sociales de Salud. Aunque formalmente pudiera pensarse en la inexistencia de la ilegalidad alegada, porque en el reglamento interno de la Junta Directiva de CEMINSA están reservados los dos cupos para los representantes de la comunidad (Asociaciones de Usuarios y Comités de Participación Comunitaria), a ello diría la Sala que lo dispuesto por el constituyente y por el legislador se encamina más a un cumplimiento material de la ley, sobre todo porque la ausencia registrada de esos funcionarios no obedeció a su libre decisión de no acudir a la convocatoria sino al hecho de no haberse adelantado las diligencias necesarias para elegir a dichos representantes, omisión que en cierto modo demuestra desdén por el principio de igualdad, también vulnerado porque sencillamente termina discriminándose ese sector de la población a quienes desde la misma constitución se les reconoce su derecho a intervenir en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan servicios de salud. (...) En este orden de ideas, la situación presentada en torno a la designación de la Dra. Karina Rosa Orozco Gómez como Gerente de la Empresa Social del Estado Centro Materno Infantil de Sabanalarga "CEMINSA", donde su Junta Directiva tomó la decisión de integrar la terna de candidatos a presentar al alcalde, a pesar de que no habían sido escogidos los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Comunitaria -COPACOS-, es constitutiva de nulidad al configurar la causal prevista en el artículo 84 del C.C.A. (Mod. Dto. 2304/1989 art. 14), "cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse", pues quedó suficientemente demostrado que el derecho de la participación comunitaria fue ignorado al proceder la Junta Directiva de CEMINSA a integrar una terna de candidatos a gerente, a sabiendas de que no habían sido seleccionados los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Comunitaria. En suma, este cargo está llamado a prosperar.

FUENTE FORMAL: LEY 10 DE 1990 - ARTICULO 1 LITERAL D / LEY 10 DE 1990 - ARTICULO 3 LITERAL B / LEY 10 DE 1990 - ARTICULO 3 LITERAL C / LEY 10 DE 1990 - ARTICULO 11 LITERAL F / DECRETO 1416 DE 1990 - ARTICULO 1 / DECRETO 1416 DE 1990 - ARTICULO 2 / DECRETO 1876 DE 1994 - ARTICULO 4 LITERAL F / DECRETO 1876 DE 1994 - ARTICULO 7

DELEGACION - Concepto / ESE - Representación legal la tiene el gerente o director / ESE - Capacidad para celebrar contratos es del representante legal y no de la junta directiva / GERENTE ESE CENTRO MATERNO INFANTIL DE SABANALARGA - Nulidad de su nombramiento por falta de competencia del funcionario que contrató las evaluaciones y la elaboración del cronograma del proceso de selección

La delegación es una institución jurídica que permite a las autoridades administrativas, mediante acto escrito, "transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias", que se basa en un presupuesto fundamental consistente en que la autoridad delegante solamente puede delegar "los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos" (lb). Es decir, dicha figura obedece igualmente al principio de legalidad, en la medida que quien pretenda hacerla debe verificar,

como mínimo, que la función que está transfiriendo temporalmente a otro funcionario, sea propia, pues resulta evidente que ninguna autoridad podrá entregar una función que no le haya sido asignada constitucional, legal o reglamentariamente. (...) Aunque lo discurrido en precedencia despeja toda duda sobre el particular, ya que queda claro que solamente los jefes o representantes legales de las empresas sociales del estado tienen la capacidad para celebrar contratos o convenios, así como para delegar esa atribución, no sobra argumentar que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado no cuentan con esa potestad. (...) De acuerdo con los anteriores lineamientos puede concluirse por la Sala, que el Decreto 00044 del 31 de marzo de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de Sabanalarga y mediante el cual se dispuso la designación acusada, es también ilegal por la irregularidad materializada en el Acuerdo 003 del 22 de enero de 2008, donde la Junta Directiva delegó una función que no es suya, consistente en la celebración de convenios o contratos, que como se vio es una atribución propia del representante legal de CEMINSA; sin que lo sea por la delegación que allí mismo se hizo “para que adopte cronograma del proceso de selección y lo acuerde o concilie con la Universidad o firma que se escoja”, ya que está demostrado que si bien la Junta Directiva sí es la titular de la función de integrar la terna de candidatos que deben presentarse al alcalde municipal para la designación del gerente de la citada empresa social del estado, ello no le confiere competencia para delegar una atribución inherente al gerente de esa Empresa Social del Estado.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 192 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 194 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 195 NUMERAL 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 11 NUMERAL 3 LITERAL C / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 12 / DECRETO 1876 DE 1994 - ARTICULO 11

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 08001-23-31-000-2008-00180-02

Actor: ANGÉLICA MARÍA ÁVILA GOLDFARB

Demandado: GERENTE ESE CENTRO MATERNO INFANTIL DE SABANALARGA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia desestimatoria proferida el 12 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico dentro del proceso de la referencia.

I.- LA DEMANDA

1.- Las Pretensiones

Con la demanda se solicitan los siguientes pronunciamientos:

“PRIMERO: Que se decrete la nulidad del acto de elección y nombramiento de la Doctora KARINA OROZCO GÓMEZ como Gerente de la ESE CENTRO MATERNO INFANTIL DE SABANALARGA CEMINSA para el periodo Abril 1 de 2008 hasta abril 1 de 2012, contenido en el Acto Administrativo No. 0044 proferido por el señor alcalde del municipio de Sabanalarga el día 31 de marzo de 2008.

SEGUNDO: Que fiel a lo anterior se restablezcan las cosas a su estado anterior y se convoque a un nuevo proceso de elección del gerente de dicha Empresa Social del Estado.

TERCERO: Que de conformidad con el art. 152 del C.C.A. modificado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989 solicito la suspensión provisional del Decreto 0044 de marzo 31 de 2008 proferido por el señor Alcalde CARLOS ROCA ROA, por el cual se designa a la Dra. KARINA OROZCO GÓMEZ como Gerente de la ESE CEMINSA, que existe una manifiesta infracción de normas constitucionales y legales que regulan el proceso de selección y designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del estado (sic), y que el mismo genera una grave repercusión en el entorno jurídico social de la comunidad.”

2.- Soporte Fáctico

1.- Por Acuerdo 001 de agosto 18/2000 se adoptó el reglamento interno de la Junta Directiva de la ESE CENTRO MATERNO INFANTIL DE SABANALARGA (en adelante CEMINSA), determinando el procedimiento de elección de su gerente, así como la integración de su junta directiva, compuesta por el alcalde o su delegado, el director local de salud, un representante del estamento científico de la institución, un representante del estamento científico de la localidad, un representante designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas y un representante de los gremios de la producción, o en su defecto, un representante de los comités de participación ciudadana; esto en armonía con el Dto. 1876/1994.

2.- El proceso de selección del Gerente de CEMINSA se inició con el Acuerdo 003 de enero 22 de 2008, sin que en ese momento se contara con la presencia de los dos representantes de la comunidad.

3.- Dicha omisión se presentó a pesar de que en Sabanalarga existen cámara de comercio, EPS que tienen ligas de usuarios, juntas de acción comunal y asociaciones comunales.

4.- Mediante Acuerdo 003 de enero 22 de 2008 la Junta Directiva facultó al Dr. Nayib Estrada Arévalo para que adelantara ese proceso de selección, debido a que el Gerente (e) Dr. Eduardo Peña Cuentas se declaró impedido, presentándose así *“una extralimitación de las funciones de la Junta, contempladas en el art. 4 del acuerdo 001 de agosto 18 de 2000, y en el decreto 1876 de 1994, en tanto que estos no se habilita a la Junta para nominar, facultar o designar funciones”*.

5.- En ejercicio de la anterior designación el Dr. Nayib Estrada Arévalo *“suscribió el contrato con la Universidad San Martín, en representación de la ESE CEMINSA, sin tener la debida representación legal de la misma”*.

6.- No es un hecho, contiene un concepto jurídico sobre validez.

7.- Afirma que se generó una nulidad sustancial insaneable en el acto de elección demandado.

8.- Con dicho proceso de selección se violaron los principios de la función administrativa *“contenido[s] en la ley 136 de 1994, ley 489 de 1998 tales como: Eficiencia, eficacia, publicidad y transparencia, moralidad pública, responsabilidad e imparcialidad, toda vez que al haber omitido o impedido que la comunidad se hiciera parte o presente como miembro de la junta directiva quebranta los principios antes aludidos”*.

9.- La facultad que le extendió la Junta Directiva de CEMINSA al Dr. Nayib Estrada Arévalo para que suscribiera con la Fundación Universitaria San Martín el contrato para la selección del gerente, viola lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 489 de 1998, por carecer de competencia para ello, pues tal atribución corresponde al gerente o representante legal de la entidad, *“quien es designado o nominado por el Señor Alcalde y es éste al que le corresponde aceptar los impedimentos y nombrar al Gerente para que este a su vez suscribiera el respectivo contrato”*.

3.- Normas Violadas y Concepto de la Violación

Como normas infringidas se citan los artículos 13, 29, 49, 209, 211 y 369 de la Constitución Política; 3 del C.C.A.; la Ley 136 de 1994; la Ley 489 de 1998; el Decreto 1876 de 1994 y el Acuerdo 01 del 18 de agosto de 2000.

Apoyándose en los artículos 1, 3 y 9 de la Ley 10 de 1990 dice el memorialista que bajo sus dictados se promovió la participación de la comunidad en todo lo relativo a los servicios de salud, materializándose en su vinculación en la junta directiva de las entidades de salud de primer nivel de atención. En desarrollo de ese propósito el Presidente de la República expidió el Decreto 1416 de 1990, que en su artículo 1º previó que en todas las entidades que presten servicios de salud funcionarán Comités de Participación Comunitaria, presididos por el alcalde o su delegado y en su defecto por el Director del organismo de salud. Agrega que en el primer nivel de atención se mantiene la integración dispuesta por el Decreto 1216 de 1989, adicionada con la participación del jefe de salud de la entidad territorial, de un delegado de la junta metropolitana, de un representante del sector educativo y uno de las universidades de la respectiva área de influencia. De igual modo señala que las funciones asignadas a los Comités son las mismas del Decreto 1216 de 1989, incorporando las de elegir entre sus miembros las personas que integrarán la Junta Directiva de la entidad pública de salud.

Luego de transcribir lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1876 de 1994, habla la demandante de la importancia que tiene la participación comunitaria en la gestión y fiscalización de los servicios públicos (C.P. Arts. 49 y 369) y de la relevancia constitucional que ello tiene.

Sostiene que la violación de los artículos 13, 25, 29 y 209 de la Constitución se produjo *“porque no hubo igualdad de cada uno de los concursantes ante la normatividad vigente para concursar e integrar una terna, infringiendo eventualmente el derecho al trabajo y el debido proceso reglado por las normas antes citadas, así como los principios de imparcialidad, publicidad y moralidad que incumplieron la Junta Directiva y el Alcalde como Presidente de ella”*. Reitera la violación del Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000, expedido por la Junta Directiva de CEMINSA *“al haber omitido la participación de los representantes de la comunidad en la junta directiva, y por lo tanto en el proceso de elección del Gerente de la ESE”*. Y por último, insiste en la violación del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 porque la junta directiva no podía facultar a ningún funcionario de la planta interna de CEMINSA, como en este caso lo hizo con un profesional

universitario, *“para que adelantara los tramites (sic) del concurso de elección del Gerente de la misma, ante la declaratoria de impedimento del gerente encargado”*.

II.- LA CONTESTACIÓN

1.- Por parte del Alcalde de Sabanalarga: Además de oponerse a las pretensiones de la demanda, dijo frente a los hechos lo siguiente: El primero, es cierto, pero aclara que el procedimiento empleado para elegir a la demandada fue el previsto en la Ley 1122 de 2007, en el Decreto 3344 de 2003 y en la Resolución 793 de 2003, y no el señalado en el Decreto 1876 de 1994; agrega que en dichas disposiciones se admite la posibilidad de que la junta directiva sesione con la mitad más uno de sus integrantes, en éste caso con 4 de sus 6 miembros.

El segundo, reitera lo anterior.

El tercero, no es cierto que la junta directiva se haya integrado sin tener en cuenta el miembro de los usuarios y de los Copacos, pues lo que ocurre *“es que en el Municipio de sabanalarga no se han conformado las asociaciones y alianza de usuarios al igual que los comités de participación ciudadana para tener asiento ante la citada Junta”*. Luego de hacer algunas acotaciones sobre las asociaciones de usuarios del sector salud, señaló el apoderado que su conformación no depende de la administración y que se interpreta equivocadamente el artículo 7 numeral 3 del Decreto 1876 de 1994 *“al expresar que la Dirección Local de Salud esta (sic) obligada a convocar la realización de las asociaciones de usuarios, siendo que la obligación de este funcionario es la de convocar las asociaciones legalmente constituidas para que escoja su representante”*.

El cuarto, el Acuerdo 0033 expedido por la Junta Directiva de CEMINSA, que faculta al profesional universitario del área de la salud Nayib Estrada Arévalo, para que celebre el contrato con una universidad escogida para el proceso de selección de candidatos para actuar como gerente, es válido porque está firmado por el Presidente y el Secretario, sin que sea necesario que lo suscriban todos los miembros de la Junta Directiva.

El quinto, es cierto. El sexto, no es un hecho. El séptimo, no es cierto. El octavo, no es cierto. El noveno, no es cierto que la Junta Directiva haya extralimitado sus funciones al asignar al Dr. Estrada la facultad para firmar el contrato con la

universidad escogida para surtir el proceso de selección, dado que el Dr. Eduardo Peña se declaró impedido por haberse postulado en el mismo proceso de selección, y no era necesario que se designara un gerente ad-hoc pues lo que correspondía era designar un secretario ad-hoc para la Junta; por ello, dice el apoderado, no puede alegarse infracción de los Decretos 115 de 1996 y 1876 de 1994, porque son disposiciones que no regulan la materia, es la Ley 1122 de 2007 en su artículo 28 la que exige a la Junta Directiva de CEMINSA y al alcalde designar en propiedad a su gerente a partir del 1º de abril de 2008.

Dentro del mismo escrito propuso las siguientes excepciones: 1.- De Caducidad: La fundamenta en que “...la demanda no fue interpuesta dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la Notificación de del (sic) Acto confirmatorio lo cual ocurrió el día 16 de junio de 2008,...”. 2.- Inepta Demanda: Considera que se configura porque “en las pretensiones... no se invoca la Nulidad del acto confirmatorio de elección contenido en la Resolución No. 0124 del 11 de Junio de 2008, la cual resolvió una solicitud de revocatoria directa frente al acto principal de nombramiento de la [demandada]..., obligatoriedad esta que exige el Artículo 138 del C.C.A...”.

2.- Por Parte de la Demandada: Como la contestación es suscrita por el mismo apoderado designado por el alcalde y con el mismo contenido, se abstiene la Sala de hacer nueva síntesis.

III.- INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Los ciudadanos JAIME RAFAEL FONSECA LUQUE (fls. 341 a 345) y ADOLFO CABALLERO MERCADO (fls. 370 a 378) intervinieron para impugnar las pretensiones de la demanda y para ello reiteraron las excepciones que en su momento formuló la parte demandada.

IV.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Corresponde a la sentencia proferida el 12 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Para arribar a esa conclusión acudió a disquisiciones que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

Frente a la excepción de Caducidad de la Acción dijo que no se configuraba porque la demanda se presentó el día 19 hábil siguiente a la expedición del acto acusado, ya que ello *“se produjo el 31 de marzo de 2008 (folio 32), y la demanda se presentó en la Oficina Judicial de Barranquilla el día 25 de abril del mismo año”*.

Respecto a la excepción de Inepta Demanda, por no haberse demandado también la Resolución 124 de junio 11 de 2008 que resolvió una petición de revocatoria directa del acto acusado, dijo el Tribunal que no era viable porque la misma no atendió un recurso de la vía gubernativa según el artículo 50 del C.C.A., sino la citada petición, que se rige por el artículo 69 ibídem. Además, sostuvo:

“Ahora, la negativa de la solicitud de la revocatoria directa no es asimilable a una confirmación del nombramiento, pues mientras aquella es una negativa a revocar directamente el acto por haber incurrido en algunas de las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A., la conformación (sic) de un nombramiento es un acto de ratificación que se presenta cuando así lo exige expresamente la ley, y en la normatividad reguladora del nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden municipal no existe ese requisito.”

Posteriormente, frente al primer cargo, por la supuesta infracción del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, por haber designado la junta directiva a un profesional universitario de la planta interna de CEMINSA, para tramitar lo concerniente al proceso de selección del gerente, dijo el Tribunal que el Acuerdo 003 de 2008 no le entregó la facultad para seleccionar la terna ni tampoco para designar al gerente. Precisa que si bien en los 17 numerales del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 no se dice que la Junta Directiva podrá delegar, su inciso 1º consigna que esas facultades se ejercerán sin perjuicio de las demás funciones que legal o reglamentariamente le hayan sido atribuidas, como en efecto ocurre con la figura de la delegación prevista en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, que le resulta aplicable a CEMINSA. Por último adujo:

“Es de anotar que las funciones delegadas por la junta en el profesional universitario corresponde en la parte preparatoria a lo establecido en el inciso segundo del artículo 2º del Decreto 3344 del 20 de noviembre de 2003, expedido por el Ministerio de la Protección Social, y el inciso segundo del artículo 1º de la Resolución 793 de 2003, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública.”

Y, en lo que respecta a la supuesta violación del artículo 7 del Decreto 1876 de 1994, que denominó el segundo cargo, porque de los 6 miembros que integran la

Junta Directiva de CEMINSA, en la designación del gerente no participaron los 2 representantes de la comunidad porque no habían sido elegidos, el Tribunal acudió al literal d) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 para luego citar lo dicho por el testigo Dr. Gumersindo Enrique Mendoza –Representante del Sector Científico Externo de la Junta Directiva desde 2007-, en el sentido de que tal junta ha venido funcionando solamente con 4 integrantes a saber: El Alcalde, el Secretario de Salud, el Representante del Sector Científico Interno y el Representante del Sector Científico Externo. Y agregó, basado en el testigo, que:

“...los representantes de los usuarios y del comité de participación de las comunidades no están nombrados, porque no están organizados, para escoger la terna que deben enviar, los primeros al Secretario de Salud Municipal, y los segundos a la Cámara de Comercio. Que el párrafo segundo del artículo tercero del reglamento de la Junta Directiva dice que ésta podrá sesionar y tomar decisiones con la mitad más uno de sus miembros, sin que sea necesario que la misma esté integrada por todos (folios 414 a 416).”

Luego de retomar lo dicho por los testigos Sugey Patricia Sánchez –miembro de la junta directiva en representación del sector científico interno desde 2007-, Hernando Rafael Montalvo Pérez –miembro de la junta como secretario de salud de Sabanalarga- y Guillermo Alberto Márquez Vizcaíno –miembro de la junta en representación del Alcalde de Sabanalarga-, el Tribunal concluyó que:

“...de acuerdo con el artículo 7º del Decreto 1876 de 1994, los dos representantes de la comunidad son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social en coordinación con la cámara de comercio.

En el caso bajo estudio los dos representantes de la comunidad (liga de usuarios y comité de participación ciudadana) no han sido designados por los respectivos gremios, no teniendo la junta facultad para hacerlo.

Aunque la junta de la ESE CEMINSA adelantó el proceso de selección de los aspirantes a ser nombrados en el cargo de Gerente de la misma con 4 miembros, conforme a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 3º del Acuerdo No. 001 de 18 de agosto de 2000, expedido por la Junta Directiva de la ESE CEMINSA, ésta puede sesionar y tomar decisiones con la mitad más uno de sus miembros, sin que sea necesario que la misma esté integrada por todos ellos.

Como la mitad más uno de seis (6) es cuatro (4), el proceso de selección se adelantó con el quórum deliberatorio y decisorio reglamentario.”

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

No compartió lo decidido respecto del primer cargo, pues si bien el profesional universitario Nayib Estrada no recibió delegación para nominar, con la misma sí podía comprometer el presupuesto, como en efecto lo hizo al haber suscrito el convenio de prestación de servicios con la Universidad San Martín para adelantar el proceso de selección del gerente de CEMINSA, competencia que únicamente se reserva al representante legal de la entidad, procedimiento para el que se ha debido designar un gerente ad-hoc. Termina diciendo que en las entidades descentralizadas la facultad de delegar es del representante legal, pues el Decreto 1876 no se la confiere a la Junta Directiva.

Tampoco estuvo de acuerdo con lo decidido frente al segundo cargo, alegando que *“...si bien las alianzas o asociaciones de Usuarios no contemplan en su conformación la designación de uno de sus miembros para hacer parte de la Junta directiva de la ESE CEMINSA, la convocatoria para su designación esta (sic) a cargo de la dirección local de salud, para el caso en particular la Secretaría de Salud Municipal quien nunca lo hizo, aduciendo falsamente que tales ligas no estaban conformadas, cuando en la demanda se encuentra prueba expresa de lo contrario...”*, lo que bien pudo corroborarse con una inspección judicial u otra prueba, y no con los testimonios como así lo hizo el Tribunal.

Agrega que *“la norma”* expresa que donde no haya gremios de la producción, el representante de la comunidad podrá escogerse mediante los comités de participación comunitaria, cuya creación compete al alcalde municipal, quien también tiene representación en la junta directiva, siendo su responsabilidad esa omisión. Por último concluye:

*“...que es por la misma negligencia de los integrantes de la Junta Directiva de la ESE CEMINSA que esta no se encuentra bien conformada, y que no por el hecho de que en los estatutos se faculte a sus miembros para deliberar con la mayoría de sus integrantes quiere decir que la elección esta (sic) bien hecha cuando el litigio no es sobre la validez de la sesión de la Junta directiva, sino de su conformación, y claro está de ninguna manera los estatutos de la Junta Directiva pueden ser superiores al espíritu de la ley, que claramente establece que el numero (sic) **MÍNIMO** de miembros debe ser seis (6).”*

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado conceptuó que las súplicas de la demanda no deben prosperar. Frente al primer cargo, por falta de los 2 representantes de la comunidad en la junta directiva de CEMINSA, retomó el contenido literal del artículo 7 del Decreto 1876 de 1994, invocó el artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 y afirmó que en efecto *“no existe el representante de la comunidad como tampoco el representante de los gremios”* porque no han sido designados, razón por la cual debe valorarse si esa junta directiva, integrada con 4 de sus 6 integrantes, podía conformar la terna para que el alcalde escogiera al gerente de la entidad. Inmediatamente responde que sí ya que según el artículo 10 de sus estatutos *“este órgano puede sesionar y tomar decisiones válidas con la mitad más uno de sus miembros, sin que sea necesario que la misma esté integrada por todos ellos”*. Al cabo de estas disquisiciones coligió que la ausencia de esos miembros de la junta directiva no invalida el acto acusado.

Y, respecto del segundo cargo, por supuesta violación del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 con la delegación de marras, arguyó que *“para efectos de la presente acción electoral, no se analizará la legalidad o no del convenio firmado por un funcionario de planta de la ESE con la Universidad San Martín, como tampoco el acto por virtud del cual se le asignó esta función, pues estos asuntos escapan a la naturaleza de la acción incoada”*. Enseguida señaló que debía determinarse si el proceso de selección se ajustó a la normatividad respectiva, respondiendo que mediante Acuerdo 003 del 22 de enero de 2008, expedido por el Consejo Directivo de CEMINSA, se impartió la orden de adelantar el proceso de selección, lo cual está conforme con el artículo 2 del Decreto 3344 de 2003. Por tanto, concluye el colaborador fiscal diciendo que *“los pasos exigidos por la normatividad vigente para nombrar gerente de la ESE –Ceminsa-, se cumplieron en legal forma, no encontrándose causal de nulidad alguna”*.

VII. EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto del 6 de agosto de 2009 se admitió el recurso de apelación, se ordenó fijar el proceso en lista por 3 días, al cabo del cual se darían 3 más para alegar de conclusión; de igual manera se estableció que en caso de solicitarlo el agente del

Ministerio Público, se le daría traslado especial. Cumplido lo anterior ingresó el expediente al Despacho para dictar sentencia de segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de esta acción electoral en segunda instancia, está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la Prueba del Acto Acusado

El acto de designación de la Dra. Karina Rosa Orozco Gómez como Gerente de la ESE CEMINSA, para el período de cuatro (4) años a partir del 1º de abril de 2008, se probó con copia auténtica del Decreto 00044 del 31 de marzo de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de Sabanalarga (fl. 32).

3.- Pruebas Relevantes

1.- Copia auténtica del Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000 *“Por medio del cual se adopta el reglamento interno de la Junta”*, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado CEMINSA, en el cual se establece:

“ARTÍCULO 3º. Junta Directiva: la Empresa tendrá una junta directiva de Seis miembros y constituida de la siguiente manera:

- 1.- Alcalde o su delegado quien la presidera (sic).*
- 2.- El Director Local de Salud, “DIRSALUD” o quien haga sus veces.*
- 3.- Un representante del estamento Científico de la Institución, Elegido mediante Voto Secreto por y entre los funcionarios de la Empresa, que tenga título profesional en áreas (sic) de la Salud, cualquiera que sea su disciplina.*
- 4.- Un representante del estamento científico de la localidad elegido por el Director Local de Salud, entre ternos (sic) propuestas por asociaciones científica (sic) de las diferentes profesiones de la Salud que operan en el oreo (sic) de influencia geográfica (sic) de la Empresa, o en su defecto, por el personal Profesional de la Salud existente en el Municipio. Este representante sera (sic) elegido y/o designado de acuerdo con sus calidades científica (sic) y Administrativas.*

5.- *Un representante designado por las Alianza (sic) o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidas, mediante Convocatoria realizada por Dirsalud.*

6.- *Un representante designado por los comites (sic) de participación ciudadana –COPACOS, legalmente constituidos en esta localidad.”*

“ARTÍCULO 4º. *Funciones de la Junta Directiva: La Junta Directiva de la E.s.E (sic) (CEMINSA) tendrá (sic) las siguientes funciones: (...)*

18.- *Elaborar terna de candidatos y presentarla al jefe de la respectiva Entidad Territorial (Alcalde), para la designación del Gerente o Director. (...)*”

21.- *Las demás que establezcan la ley y sus reglamentos. (...)*

“ARTÍCULO 10º. QUORUM. *En las reuniones de la Junta Directiva el Quórum para deliberar será de Cuatro (4) y para decidir de la mitad más uno (1) de los asistentes a la sesión. (...)*” (fls. 11 a 22)

2.- *Copia auténtica del Acuerdo 003 del 22 de enero de 2008 “Por el cual se inicia proceso para la escogencia y designación en propiedad del Gerente de la ESE CEMINSA”, expedido por su Junta Directiva, mediante el cual se dio inicio al proceso de selección y se dispuso:*

“ARTICULO SEGUNDO: *Autorizar como en efecto se hace al Profesional Universitario del Área de la Salud –Médico- doctor NAYIB ESTRADA ARÉVALO, para que contrate o suscriba convenio con una Universidad Pública o privada con aprobación oficial o entidades expertas en la selección de personal a fin de que adelante las evaluaciones y demás actuaciones señaladas en la Resolución 793 del 5 de Diciembre del 2003, para designación en propiedad del gerente de esta entidad.*

ARTÍCULO TERCERO: *Facúltese igualmente al profesional universitario antes anotado para que adopte cronograma del proceso de selección y lo acuerde o concilie con la Universidad o firma que se escoja.”* (fls. 24 y 25)

3.- *Copia auténtica de la Resolución 001 del 3 de diciembre de 2007, expedida por el Alcalde de Sabanalarga, mediante la cual se “Escog[ió] de la terna enviada por el Colegio Medico (sic) de Sabanalarga, al Doctor GUMERCINDO HENRIQUEZ MENDOZA, como nuevo representante ante la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado CEMINSA, en representación del ente científico externo de la E.S.E. CEMINSA.”* (fl. 28)

4.- *Copia auténtica del Decreto 0008 del 3 de enero de 2008, expedido por el Alcalde de Sabanalarga, mediante el cual se designó “representante del Alcalde ante la Junta Directiva de la ESE CEMINSA, al Secretario General de la Alcaldía*

del Municipio de Sabanalarga, señor GUILLERMO MÁRQUEZ VIZCAÍNO..." (fl. 29).

5.- Copia auténtica del acta de posesión de la Dra. SUGEY PANTOJA SÁNCHEZ *"como miembro de la Junta Directiva de [CEMINSA] para la cual fue elegida por el término de 3 años en representación de los profesionales del área de salud interno (sic)"* (fl. 30)

6.- Copia auténtica del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el Dr. NAYIB DE JESÚS ESTRADA ARÉVALO en representación de la ESE CEMINSA y la Fundación Universitaria San Martín, con el objeto de adelantar el *"concurso público de aspirantes a ocupar el cargo en propiedad de Gerente de la E.S.E. CEMINSA..."*, de fecha 12 de febrero de 2008. (fl. 31)

7.- Copia auténtica de Acta de Reunión de Junta Directiva de la ESE CEMINSA, celebrada el 28 de marzo de 2008 con la asistencia de los doctores Guillermo Márquez – Delegado del Alcalde y quien la presidió, Juan Sánchez – Secretario de Salud Municipal, Gumersindo Henríquez – Representante Científico Externo y Sugey Pantoja – Representante Científico Interno, en la que unánimemente se decidió integrar la terna de candidatos a gerente con los nombres de Eduardo Peña Cuentas, Karina Orozco Gómez y Luis Enrique Perea Vásquez. (fl. 269)

8.- Testimonios de GUMERSINDO HENRÍQUEZ MENDOZA – Representante del Sector Científico Externo (fls. 414 a 416), SUGEY PATRICIA PANTOJA SÁNCHEZ – Representante del Sector Científico Interno (fls. 417 y 418), HERNANDO RAFAEL FONTALVO PÉREZ – actual Secretario de Salud de Sabanalarga (fls. 419 a 421) y GUILLERMO ALBERTO MÁRQUEZ VIZCAÍNO – Delegado del Alcalde de Sabanalarga (fls. 422 a 424), integrantes de la Junta Directiva de CEMINSA, quienes al unísono afirman que ante ese organismo carecen de representación las Ligas de Usuarios y los Comités de Participación Comunitaria.

5.- El Caso Concreto

La ciudadana Angélica María Ávila Goldfarb formuló demanda de nulidad electoral alegando la nulidad de la designación de la Dra. Karina Rosa Orozco Gómez como Gerente de la Empresa Social del Estado Centro Materno Infantil de Sabanalarga

“ESE CEMINSA”, para el período comprendido entre abril 1/2008 y abril 12/2012, con fundamento en argumentos que bien pueden condensarse en dos cargos: El primero, relativo a la supuesta violación del derecho a la participación comunitaria de los representantes señalados en los numerales 5 y 6 del artículo 3 del Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000, expedido por la Junta Directiva de CEMINSA, puesto que la designación acusada ocurrió en sesión en la que no se contó con la presencia de los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Ciudadana o Comunitaria, debido a que aún no habían sido elegidos; y el segundo, porque en desarrollo de ese proceso de selección la Junta Directiva expidió el Acuerdo 003 del 22 de enero de 2008, facultando al Profesional Universitario Dr. Nayib Estrada Arévalo para que lo adelantara, sin que la misma tuviera competencia para ello.

Así las cosas, el estudio que enseguida adelantará la Sala sobre la legalidad del acto demandado, tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos por la parte demandante, así como los contra argumentos expuestos por la defensa, a fin de determinar más allá de si el fallo impugnado se ajusta o no a Derecho, si la designación atacada está viciada de nulidad o no.

6.- Los Cargos de la Demanda

6.1.- Cargo Primero: Nulidad del Decreto 00044 del 31 de marzo de 2008, mediante el cual se designó a la Gerente de CEMINSA, por violación del derecho a la Participación Comunitaria

Afirma la demandante que la ilegalidad del acto acusado se presenta por la violación del derecho a la participación comunitaria en la designación de la Dra. Karina Rosa Orozco Gómez como Gerente de CEMINSA, debido a que en la sesión en la que la Junta Directiva decidió integrar la terna de candidatos a presentar al Alcalde de Sabanalarga, no participaron el representante de las Asociaciones de Usuarios ni el representante de los Comités de Participación Ciudadana (COPACOS), ciertamente porque la administración municipal no había hecho lo necesario para lograr que los mismos se asocien y designen a sus respectivos representantes ante la Junta Directiva de CEMINSA.

La parte demandada refutó la veracidad de tal hipótesis y en ello coincidieron tanto el Tribunal a-quo como el colaborador fiscal de esta Sección, afirmando que el hecho de no contar la Junta Directiva con los dos representantes mencionados en

nada afectaba la legalidad del acto demandado, pues de todos modos se cumplió con el quórum mínimo requerido, ya que de los seis (6) miembros que la componen cuatro (4) estuvieron de acuerdo en la conformación de la terna enviada al Alcalde para la designación del Gerente de CEMINSA; esto es, que tal ausencia viene a ser inocua frente al resultado acusado.

Antes de abordar los planteamientos jurídicos, deja en claro la Sala que están probados los siguientes hechos:

1.- Según el Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000, expedido por la Junta Directiva de CEMINSA, que dicha junta está compuesta por seis integrantes a saber: a.- El alcalde o su delegado, b.- El director local de salud o quien haga sus veces, c.- Un representante del estamento científico de la institución, d.- Un representante del estamento científico de la localidad, e.- Un representante de las asociaciones de usuarios y f.- Un representante de los comités de participación ciudadana. (Art. 3)

2.- Con base en el mismo Acuerdo 001 de 2000, que el quórum deliberatorio de la junta directiva es de cuatro (4) miembros y que el quórum decisorio es de la mitad más uno de los asistentes. (Art. 4)

3.- Según el Acta de Reunión de Junta Directiva de CEMINSA del 28 de marzo de 2008, la integración de la terna que se presentó al alcalde de Sabanalarga para hacer la designación acusada, únicamente se cumplió con la asistencia de los siguientes miembros: a.- Delegado del alcalde, b.- Secretario de Salud Municipal, c.- Representante científico externo y d.- Representante científico interno.

4.- Con fundamento en lo afirmado en la demanda, lo admitido en la contestación presentada por el alcalde de Sabanalarga y por la propia demandada, y lo declarado por los testigos Gumersindo Henríquez Mendoza – Representante del sector científico externo, Sugey Patricia Pantoja Sánchez – Representante del sector científico interno, Hernando Rafael Fontalvo Pérez – Secretario de Salud de Sabanalarga y Guillermo Alberto Márquez Vizcaíno - Delegado del alcalde de Sabanalarga, aún no han sido escogidos o designados los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Ciudadana – COPACOS.

Este panorama lleva a la Sala a precisar el sentido de la acusación, pues como parece demostrarlo lo dicho hasta el momento, el Tribunal Administrativo del Atlántico la desestimó por el hecho de haber encontrado cumplido el quórum mínimo requerido para que la Junta Directiva de CEMINSA pudiera adoptar decisiones, sin detenerse en que los reparos a la presunción de legalidad del acto impugnado se orientaron por la violación del derecho a la participación comunitaria.

Efectivamente, revisando lo afirmado en los hechos de la demanda, así como las normas invocadas como infringidas y el desarrollo del concepto de violación, advierte la Sala que en parte alguna la accionante puso en duda la legalidad del acto atacado porque la Junta Directiva de CEMINSA haya tomado la decisión de integrar la terna sin el quórum mínimo requerido, que dicho sea de paso estuvo ajustado a los reglamentos; por el contrario, a todo lo largo de sus planteamientos la demandante refiere su inconformismo con el irrespeto al derecho a la participación comunitaria, plasmado en disposiciones jurídicas como la Ley 10 de 1990 artículos 1, 3 y 9, el Decreto 1216 de 1989, el Decreto 1416 de 1990 artículo 1º, el Decreto 1876 de 1994 artículos 7 y 11, el Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000 expedido por la Junta Directiva de CEMINSA y los artículos 5, 13, 20, 25, 29, 41, 48, 49, 68, 77 a 79, 318 y 369 de la Constitución. Y lo materializó la demandante en el hecho de que la administración, consciente de que la Junta Directiva no contaba con los dos miembros que representaban la participación comunitaria, nada hizo para propiciar esa representación, adelantándose el proceso de selección sin su presencia.

En este orden de ideas, más que el quórum decisorio, el juicio de legalidad debe orientarse en el sentido de establecer el contenido y alcance del derecho a la participación comunitaria como valor fundamental de la estructura de la Constitución Política de 1991, su desarrollo legal y si su inobservancia puede conducir a la invalidez de actuaciones como la que ahora se estudia.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 el componente democrático del Estado Colombiano cobró mayor relevancia, en la medida que la sociedad puede ahora tener más injerencia en la conducción de los intereses de todos, como así lo pregonan el artículo 2 de la misma al señalar como uno de los fines esenciales del Estado el *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la*

Nación”. Se trata, entonces, de propiciar un cambio en la conducta social de los colombianos, llevándolos a participar en los cuadros de dirección de las entidades o dependencias estatales que tengan alguna incidencia en sus destinos, como es el caso de los servicios públicos, puesto que dentro del Título XII – Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, se tiene el Capítulo V – De la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos, en cuyo artículo 369 se dispone:

*“La ley determinará **los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.**” (Negrillas de la Sala)*

Se advierte en la anterior disposición que el constituyente trató a la participación comunitaria como un deber, un derecho y a la vez como una finalidad. En cuanto a lo primero, puesto que la administración pública, con el fin de desarrollar los principios que orientan la función administrativa previstos en el artículo 209 Constitucional, tiene el deber de hacer partícipe en sus cuadros de dirección, a los usuarios de sus servicios públicos, como en efecto se verá en algunas disposiciones jurídicas. Y se constituye en un derecho para los usuarios, en la medida que correlativo a lo anterior ellos deben tener asiento en esas entidades, a efecto de que sus opiniones puedan calar en los demás integrantes de las juntas directivas al momento de asumir decisiones, con lo que su voto no puede calificarse individualmente, sino puesto en el contexto de los debates y de su injerencia en la opinión ajena. Y la finalidad de tal participación se encamina hacia el lado de la gestión y fiscalización de la empresa, en atención a que el comportamiento administrativo de la entidad puede ahora recibir la influencia directa de los destinatarios del servicio público, quienes por su membresía a esas juntas directivas quedan en una posición privilegiada para conocer de cerca su desempeño fiscal y así poder actuar cuando adviertan alguna irregularidad.

Ahora bien, en lo que respecta al servicio público de salud, que es el directamente relacionado con la ESE CEMINSA, debe recordarse que la participación comunitaria fue desarrollada por el legislador, incluso desde la vigencia de la Constitución de 1886, a través de la Ley 10 de enero 10 de 1990 *“Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”*, estableciendo por ejemplo, que la prestación de los servicios de salud es

considerado un servicio público a cargo de la Nación, que puede prestarse por las entidades territoriales, donde el Estado debe comprometerse a *“Organizar y establecer las modalidades y formas de participación comunitaria en la prestación de servicios de salud, que aseguren la vigencia de los principios de participación ciudadana y participación comunitaria y, en especial, lo relativo a la composición de las juntas directivas de que trata el artículo 19 de la presente Ley;...”* (Art. 1 lit. d).

Además, en la misma Ley 10 de 1990 se contemplaron como principios básicos el de la participación ciudadana, entendido como el *“deber de todos los ciudadanos [a] propender por la conservación de la salud personal, familiar y comunitaria y contribuir a la planeación y gestión de los respectivos servicios de salud”*, así como el de participación comunitaria, definido como el derecho de la comunidad *“a participar en los procesos de diagnóstico, formulación y elaboración de planes, programas y proyectos, toma de decisiones, administración y gestión”* (Art. 3 lits. b y c). Además, con el fin de que éstos principios no se quedaran solamente escritos y no tuvieran ninguna trascendencia social, en la misma ley se le impuso a las Direcciones de Salud de las entidades territoriales la función de *“Estimular la participación comunitaria, en los términos señalados por la ley y en las disposiciones que se adopten, en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 1º de esta ley”* (Art. 11 lit. f).

En desarrollo de los anteriores postulados se han expedido ciertas disposiciones reglamentarias que se han ocupado de desarrollar el derecho de la participación comunitaria. Una muestra de ello es el Decreto 1416 de 1990 *“Por el cual se dictan normas relativas a la organización y establecimiento de las modalidades y formas de participación comunitaria en la prestación de servicios de salud”*, según el cual en todos los organismos o entidades encargadas de la prestación de servicios de salud, de los niveles primero y segundo de atención en salud, deben funcionar comités de participación comunitaria integrados por distintas autoridades de las entidades territoriales y por miembros de la respectiva comunidad (Art. 1); de igual forma consagra las asociaciones de usuarios, integradas por *“Cualquier número plural de ciudadanos que utilicen servicios de salud”*, quienes obtendrán el reconocimiento de las autoridades competentes (Art. 2).

De igual forma el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994 *“Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo*

relacionado con las Empresas Sociales del Estado”, establece como uno de los objetivos de esas empresas “Garantizar los mecanismos de participación ciudadana y comunitaria establecidos por la Ley y los reglamentos” (Art. 4 lit. f), mandato materializado en su artículo 7º al prever:

“Artículo 7º.- Mecanismo de conformación de las juntas directas 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 éste 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 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.

PARAGRAFO 1. En aquellos sitios donde no 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.

PARAGRAFO 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 los artículos 98 del Decreto ley 1298 de 1994 y 7o. del presente Decreto.”*

Como se podrá notar, la conformación de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado dispuesta en la normatividad anterior fue plenamente acogida por la Junta Directiva de CEMINSA, puesto que acatando esos parámetros expidió el Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000 *“Por medio del cual se adopta el reglamento interno de la Junta”*, en el que figuran los dos representantes del estamento político-administrativo (Alcalde y Director de Salud Municipal de Sabanalarga), los dos representantes del sector científico de la salud (interno y externo) y los dos representantes de la comunidad (Alianzas o Asociaciones de Usuarios y Comités de Participación Comunitaria).

Con todo, no basta con que orgánicamente se haya acogido la ley en el sentido de establecer como miembros de la Junta Directiva de CEMINSA a los dos representantes de la comunidad, tanto por las Asociaciones de Usuarios como por los Comités de Participación Comunitaria, si materialmente esos cargos no están ocupados al momento de producirse una decisión como la que aquí se juzga.

Tal omisión no se supera acudiendo solamente a la existencia de un quórum decisorio, pues si ello bastara para sanear la situación, habría de patrocinarse la inadmisibles tesis de que la Junta Directiva de cualquier Empresa Social del Estado podría sesionar y adoptar decisiones, por siempre, omitiendo la presencia de dos de sus integrantes; hipótesis que desde luego resulta insostenible en la medida que termina desconociendo las disposiciones constitucionales y legales citadas hasta el momento, en las que bien claro se aprecia la decisión del constituyente y del legislador por fomentar y asegurar la participación comunitaria en la toma de decisiones en el seno de las Empresas Sociales de Salud.

Aunque formalmente pudiera pensarse en la inexistencia de la ilegalidad alegada, porque en el reglamento interno de la Junta Directiva de CEMINSA están reservados los dos cupos para los representantes de la comunidad (Asociaciones de Usuarios y Comités de Participación Comunitaria), a ello diría la Sala que lo

dispuesto por el constituyente y por el legislador se encamina más a un cumplimiento material de la ley, sobre todo porque la ausencia registrada de esos funcionarios no obedeció a su libre decisión de no acudir a la convocatoria sino al hecho de no haberse adelantado las diligencias necesarias para elegir a dichos representantes, omisión que en cierto modo demuestra desdén por el principio de igualdad, también vulnerado porque sencillamente termina discriminándose ese sector de la población a quienes desde la misma constitución se les reconoce su derecho a intervenir en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan servicios de salud.

La Doctrina Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la importancia que tiene el derecho de la participación comunitaria, a la luz de los postulados constitucionales, pues al efecto ha dicho:

“12. La participación comunitaria en la gestión y fiscalización de los servicios públicos (CP arts. 49 y 369) constituye una garantía institucional que refleja y refuerza la dimensión jurídico-objetiva de los derechos constitucionales. Su finalidad es brindar una protección especial a elementos mínimos y esenciales de instituciones de derecho privado - vgr. la familia, núcleo fundamental de la sociedad (CP arts. 5 y 42), la prensa, libre y responsable (CP art. 20) - y de la organización estatal (CP arts. 41, 48, 49, 68, 77 a 79, 318, 369) de manera que su vigencia y actualidad permitan la efectividad de otros derechos constitucionales. Las garantías institucionales representan ámbitos de libertad humana y de la organización estatal elevados constitucionalmente a elementos del orden jurídico objetivo, como quiera que esencialmente están enderezados a la realización del contenido material de los derechos constitucionales. En este orden de ideas, la garantía institucional de la participación en la prestación de los servicios públicos es condición de posibilidad social de la efectividad de los derechos públicos subjetivos, entendiendo por éstos no sólo los derechos fundamentales de aplicación inmediata sino los derechos constitucionales cuya previa reglamentación legal hace exigible inmediatamente su respeto y protección.

13. El legislador ha señalado las modalidades y mecanismos de participación de la comunidad en la prestación de los servicios de salud. La Ley 10 de 1990 regula la estructura administrativa de los hospitales locales y reconoce el derecho de los usuarios y de la comunidad a participar como integrantes de sus juntas administradoras. El decreto reglamentario (D. 1416 de 1990) otorga a los Comités de Participación Comunitaria la facultad de elegir entre sus miembros a los representantes de la comunidad que ocuparán cargos en las respectivas juntas. El derecho constitucional a participar en los servicios de salud tiene, en consecuencia, realización práctica en la ley y en los reglamentos, y su respeto puede ser exigido mediante la acción de tutela cuando su incumplimiento sea de tal grado que constituya claro

desconocimiento de esta garantía institucional, de la que depende la efectividad del contenido prestacional del indicado derecho.”¹

En este orden de ideas, la situación presentada en torno a la designación de la Dra. Karina Rosa Orozco Gómez como Gerente de la Empresa Social del Estado Centro Materno Infantil de Sabanalarga “CEMINSA”, donde su Junta Directiva tomó la decisión de integrar la terna de candidatos a presentar al alcalde, a pesar de que no habían sido escogidos los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Comunitaria –COPACOS-, es constitutiva de nulidad al configurar la causal prevista en el artículo 84 del C.C.A. (Mod. Dto. 2304/1989 art. 14), “*cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse*”, pues quedó suficientemente demostrado que el derecho de la participación comunitaria fue ignorado al proceder la Junta Directiva de CEMINSA a integrar una terna de candidatos a gerente, a sabiendas de que no habían sido seleccionados los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Comunitaria. En suma, este cargo está llamado a prosperar.

6.2.- Cargo Segundo: Nulidad del Decreto 00044 del 31 de marzo de 2008, mediante el cual se designó a la Gerente de CEMINSA, por “extralimitación de funciones” por parte de su Junta Directiva

Esta imputación se concentra en el Acuerdo 003 del 22 de enero de 2008, expedido por la Junta Directiva de CEMINSA, mediante el cual se dispuso:

“ARTICULO SEGUNDO: *Autorizar como en efecto se hace al Profesional Universitario del Área de la Salud –Médico- doctor NAYIB ESTRADA AREVALO, para que contrate o suscriba convenio con una Universidad Pública o privada con aprobación oficial o entidades expertas en la selección de personal a fin de que adelante las evaluaciones y demás actuaciones señaladas en la Resolución 793 del 5 de Diciembre del 2003, para designación en propiedad del gerente de esta entidad.*

ARTÍCULO TERCERO: *Facúltese igualmente al profesional universitario antes anotado para que adopte cronograma del proceso de selección y lo acuerde o concilie con la Universidad o firma que se escoja.” (fls. 24 y 25)*

Sostiene la demandante que la Junta Directiva, al ordenar lo anterior por impedimento expresado por el gerente (e), violó lo dispuesto en los artículos 11

¹ Sentencia T-383 de 1993.

del Decreto 1876 de 1994, 10 de la Ley 489 de 1998 y 4 del Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000, puesto que se presentó extralimitación de funciones por parte suya o carencia de competencia en atención a que la facultad para suscribir contratos corresponde al gerente o representante legal de CEMINSA *“quien es designado o nominado por el Señor Alcalde y es éste al que le corresponde aceptar los impedimentos y nombrar al Gerente para que este a su vez suscribiera el respectivo contrato”*.

Si bien la demandante habla de extralimitación de funciones, por el contenido material de la acusación y por las normas jurídicas invocadas, en particular el artículo 10 de la Ley 489 de 1998, interpreta la Sala, como igual lo hizo el Tribunal a-quo y el colaborador fiscal, que el reparo se sustenta en que la Junta Directiva de CEMINSA carecía de competencia para delegar en el profesional universitario Dr. Nayib Estrada Arévalo, las atribuciones de suscribir contrato o convenio con una universidad pública o privada para que practique las evaluaciones y la de fijar el respectivo cronograma del proceso de selección.

Examinada la situación coincide la Sala con la demandante en que la Junta Directiva no tenía competencia para delegar en ese profesional universitario la función de celebrar contratos o convenios con universidades públicas o privadas para adelantar el proceso de selección en cita.

En efecto, la delegación es una institución jurídica que permite a las autoridades administrativas, mediante acto escrito, *“transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias”* (Ley 489/1998 art. 9), que se basa en un presupuesto fundamental consistente en que la autoridad delegante solamente puede delegar *“los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos”* (Ib). Es decir, dicha figura obedece igualmente al principio de legalidad, en la medida que quien pretenda hacerla debe verificar, como mínimo, que la función que está transfiriendo temporalmente a otro funcionario, sea propia, pues resulta evidente que ninguna autoridad podrá entregar una función que no le haya sido asignada constitucional, legal o reglamentariamente.

Lo anterior se ratifica, por ejemplo, con lo prescrito en el artículo 11 ibídem, en tanto señala que no pueden transferirse mediante delegación *“Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación”* (2), pues resulta

razonable pensar que así lo dispuso el legislador en atención a que el delegatario no es titular de la función sino encargado temporalmente de que la misma se cumpla, tanto que su verdadero titular puede reasumirla en cualquier momento.

Es por ello que la Doctrina Constitucional ha hecho énfasis en que uno de los elementos constitutivos de la delegación es “2. *La transferencia de funciones [que] se realiza por el órgano titular de la función*”², o “*que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución*”³. En este orden de ideas, debe verificarse por la Sala cuál autoridad era la titular de la función de celebrar contratos o convenios a nombre de esa entidad, para lo cual resulta pertinente recordar que las Empresas Sociales del Estado son “*una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa*” (Ley 100/1993 art. 194), cuya representación legal está en cabeza de su director o gerente (Arts. 192 y 195.4 ib), quien por virtud de lo dispuesto en el literal c) del numeral 3º del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, es quien tiene la capacidad para celebrar contratos a nombre de la entidad, y quien ostenta a su vez la capacidad legal para delegar en otros funcionarios la atribución de celebrar contratos:

“Artículo 12.- De la delegación para contratar. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008> **Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales** podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones ~~o concursos~~ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.” (Negrillas de la Sala)

Aunque lo discurrido en precedencia despeja toda duda sobre el particular, ya que queda claro que solamente los jefes o representantes legales de las empresas sociales del estado tienen la capacidad para celebrar contratos o convenios, así como para delegar esa atribución, no sobra argumentar que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado no cuentan con esa potestad. Para corroborarlo basta consultar lo dispuesto en el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994 “*Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado*”, cuyo artículo 11 se ocupa de fijar sus funciones así:

² Sentencia T-024 de 1999.

“Artículo 11º.- *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 del al respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente.”** (Negrillas de la Sala)

Lo mismo se aprecia en el Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000 “Por medio del cual se adopta el reglamento interno de la Junta”, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado “CEMINSA” del municipio de Sabanalarga – Atlántico, pues allí las funciones de ese organismo se fijaron en los siguientes términos:

“Artículo 4º.- *Funciones de la Junta Directiva: La Junta Directiva de la E.s.E (CEMINSA) (sic) tendrá (sic) las siguientes funciones:*

³ Sentencia C-561 de 1999.

- 1.- Expedir, adicionar y reformar el estatuto interno de la empresa.
- 2.- Discutir y aprobar los planes de desarrollo de la empresa.
- 3.- Aprobar los planes operativos anuales.
- 4.- Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual y las operaciones presupuestales (sic) de crédito de la empresa de acuerdo con el plan de desarrollo y 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 autoridades competentes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en sus diversos ordenes (sic).
- 6.- Aprobar la Planta de Personal y la modificación a la misma, para su posterior adopción por el Gerente en concordancia con la ley.
- 7.- Aprobar los manuales de funciones y procedimientos de la empresa para su posterior adopción por el Gerente.
- 8.- Establecer, modificar y aprobar los demás reglamentos que requiera la empresa para su formal (sic) funcionamiento.
- 9.- Establecer y modificar el reglamento de trabajo de la empresa.
- 10.- Analizar los informes financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir conceptos sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional.
- 11.- Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa.
- 12.- Servir de voceros de la Empresa entre las instancias Políticas – Administrativa correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en ese sentido.
- 13.- Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente o en los asuntos que a juicios (sic) de la junta lo amerite.
- 14.- Establecer las reglas y autorizaciones para la contratación cuando sea necesario para el buen desempeño la institución (sic).
- 15.- Elaborar terna para designación del responsable de la Unidad de Control Interno.
- 16.- Designar al revisor Fiscal y fijar sus honorarios, cuando el presupuesto de la institución lo exija de conformidad con la ley Artículo 22 del Decreto 1876 de 1994.
- 17.- Determinar la estructura orgánica – funcional de la entidad y someterla para su Aprobación.
- 18.- **Elaborar terna de candidatos y presentarla al jefe de la respectiva Entidad Territorial (Alcalde), para la designación del Gerente o Director.**
- 19.- Determinar el monto máximo (sic) hasta el cual podrá el Gerente comprometer a la Empresa mediante la celebración o Subscripción (sic) de Contratos o a través de los cuales la empresa adquiera o suministre bienes y servicios.
- 20.- Autorizar al Gerente de la Empresa la celebración de aquellos contratos que deba realizar la E.S.E. “CEMINSA” para adquirir o prestar bienes y servicios, y cuya cuantía exceda del monto a que se refiere el numeral anterior.
- 21.- Las demás que establezcan la ley y sus reglamentos.
- 22.- Darle las facultades al Gerente para realizar las funciones que le son comunes a la Junta Directiva.” (Destaca la Sala)

Aunque las normas anteriores tienen en común, entre otras disposiciones, la función de “Elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva

Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente”, allí no puede considerarse inmersa la competencia para celebrar contratos o convenios, pues se trataría de una interpretación que resultaría contraria a las normas jurídicas que se han citado por la Sala párrafos arriba.

De acuerdo con los anteriores lineamientos puede concluirse por la Sala, que el Decreto 00044 del 31 de marzo de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de Sabanalarga y mediante el cual se dispuso la designación acusada, es también ilegal por la irregularidad materializada en el Acuerdo 003 del 22 de enero de 2008, donde la Junta Directiva delegó una función que no es suya, consistente en la celebración de convenios o contratos, que como se vio es una atribución propia del representante legal de CEMINSA; sin que lo sea por la delegación que allí mismo se hizo *“para que adopte cronograma del proceso de selección y lo acuerde o concilie con la Universidad o firma que se escoja”*, ya que está demostrado que si bien la Junta Directiva sí es la titular de la función de integrar la terna de candidatos que deben presentarse al alcalde municipal para la designación del gerente de la citada empresa social del estado, ello no le confiere competencia para delegar una atribución inherente al gerente de esa Empresa Social del Estado.

Ahora, si bien el colaborador fiscal de esta Sección afirmó en su concepto que no podía ocuparse la Sala de examinar la legalidad del acto de delegación consignado en el Acuerdo 003 de 2008, es preciso que la Sala señale que esa tesis ha operado frente a otros actos administrativos y no respecto de las actuaciones previas a la expedición del acto acusado, que por tratarse de un acto consustancial a su formación, es viable que se revise su conformidad con el ordenamiento jurídico, pues de fallar, lo que se configura es la causal de nulidad por expedición irregular, como efectivamente se presentó en este caso, donde la Junta Directiva de CEMINSA delegó una función ajena, perteneciente al representante legal de la entidad, no siendo apropiado que la Sala se ocupe de indicarle cómo ha debido proceder en ese evento, pues no es tal el propósito de la acción de nulidad electoral. Así, este cargo también prospera.

7.- Conclusión

Lo discurrido lleva a la Sala a inferir que el acto demandado está viciado de nulidad, tanto porque se infringieron algunas disposiciones jurídicas en su

expedición, como porque se incurrió en una irregularidad en la delegación de marras. Por tanto, se revocará la sentencia apelada y se dispondrá la nulidad solicitada.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el doce (12) de junio de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del Proceso Electoral promovido por ANGÉLICA MARÍA ÁVILA GOLDFARB, y en su lugar se dispone:

ANULAR el Decreto 00044 del 31 de marzo de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de Sabanalarga, mediante el cual se designó a la Dra. KARINA ROSA OROZCO GÓMEZ como Gerente de la Empresa Social del Estado Centro Materno Infantil de Sabanalarga "E.S.E. CEMINSA", por el término de cuatro (4) años, contados a partir del 1º de abril de 2008.

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión al Alcalde Municipal de Sabanalarga y a la Junta Directiva de la E.S.E. CEMINSA, para lo de su competencia.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

MAURICIO TORRES CUERVO

p