



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-002-2019-00169-01
ACCIONANTE:	VIVIANA ÁVILA PÉREZ
ACCIONADO:	SUPERINTENDENCIA DE SALUD - MUNICIPIO DE SINCÉ - SUCRE
NATURALEZA:	ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia adiada 22 de mayo de 2019, a través de la cual, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

VIVIANA ÁVILA PÉREZ, por conducto de apoderado judicial, solicita la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, presuntamente vulnerados por la **SUPERINTENDENCIA DE SALUD** y el **MUNICIPIO DE SINCÉ – SUCRE**.

Como consecuencia de dicha protección, pide que deje sin efectos varios actos administrativos, por medio de los cuales, se dio por terminado su nombramiento en el cargo de Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ.

¹ Fl. 6 del expediente.

1.2. Hechos²:

En la solicitud de tutela, se relatan así:

“El día 27 de marzo de 2018, se realizó una reunión extraordinaria de Junta Directiva No. 4, mediante la cual se verificó el quorum y se trataron asuntos relacionados con la Contratación del Personal Asistencial de la E.S.E. para el mes de abril de 2018, el pago de la nómina de la planta de personal, y la recuperación de cartera de la E.S.E. (Sin embargo, no fue posible presentar el informe anual del plan gerencial para la vigencia de 2.017, toda vez que las juntas extraordinarias se citan para asuntos determinados, y para dicha junta no fue incluida la presentación del mencionado plan) - Esto por renuencia de la Presidenta de la junta Directiva. –

No obstante, a lo anterior, en esa Junta la Gerente de la E.S.E. invitó a todos los miembros "(...) Para realizar la presentación del informe de gestión gerencial vigencia 2017 pues dicho documento puede ser presentado hasta el 01 de abril de 2018, y ese día cayó domingo.

Ese mismo día, mi poderdante insistió en que la junta se reuniera el día 28 de marzo de 2018 con la finalidad de presentar dicho informe, como se evidencia en la grabación. La presidenta de la Junta directiva evadió la presentación del informe de forma reiterada, no dando importancia a éste.

Igualmente, mi poderdante notificó a los asistentes a la junta del 27 de marzo de esa anualidad, y les pasó invitación por escrito convocando la Junta Directiva Extraordinaria para el día 28 de marzo de 2018, esto de conformidad con el Parágrafo Único del artículo 22 de los estatutos de la Empresa Social del Estado - E.S.E. Nuestra Señora del Socorro.

También, es de informar que el acto - día 27 de marzo de 2018, no hubo pronunciamiento de rechazo frente a la precitada fecha - 28 de marzo de 2018 - o excusa anticipada de inasistencia por parte de los miembros de la junta (fecha en la cual se realizaría la Junta Directiva Extraordinaria convocada por la Gerente).

Mediante escrito del 17 de abril de 2018, la señora Lucy Inés García Montes en su calidad de alcaldesa del municipio de Sincé – presidente de la Junta Directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL MUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ, radicó en la Superintendencia Nacional de Salud el 20 de abril de 2018 bajo el NURC1-2018-060887 comunicación por medio de la cual comunica lo siguiente: "(...) comunico que mediante Actas de fecha 10 y 16 de abril de 2018, de forma unánime. La

² Fls. 2 - 6 del expediente.

Junta Directiva de la ESE, decidió dar por no presentado el informe de cumplimiento del Plan de Gestión de la vigencia 2017, Para acreditar lo anterior anexo los soportes respectivos, aportando entre otros los siguientes documentos: Convocatoria a reunión extraordinaria de fecha 10 y 16 de abril del 2018, actas de Junta Directiva de las reuniones convocadas el 10 y 16 de abril del 2018, informe de cumplimiento de Plan de Gestión de la vigencia 2017, oficios dirigidos a los miembros de Junta Directiva con los cuales la Presidente de la Junta Directiva le solicita informar la fecha en que les entregaron el informe de cumplimiento por parte de la señora Gerente de la ESE, oficios de cada uno de los miembros de la Junta Directiva donde informa la fecha de recibo del informe de cumplimiento (...)"

Mediante comunicación NURC 2-2018-039644 de 22 de mayo de 2018, recibida el 01 de junio de 2018, la Superintendencia de Salud puso en conocimiento a la Gerente Vivían Ávila Pérez sobre un proceso administrativo en su contra, con el fin de que ejerciera el derecho a la defensa dentro de los cinco (05) días hábiles contados a partir del recibido de la presente comunicación.

Estando dentro del término otorgado por la Superintendencia de Salud - esto es el día 06 de junio de 2018 -, la Gerente de la E.S.E Hospital Local Nuestra Señora del Socorro presentó en un escrito de treinta (30) folios su derecho de contradicción.

El 13 de Noviembre de 2018, la Superintendencia de Salud profiere la Resolución No. 010679 de 2018 "Por medio de la cual se produce la evaluación no satisfactoria por no presentar el informe de cumplimiento del Plan de Gestión de la Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé - Sucre, para la vigencia de 2017", la cual fue notificada a la Gerente de la E.S.E. Vivían Ávila Pérez el día 06 de diciembre de 2018.

El día 21 de Diciembre de 2018 - Estando dentro del término legal para hacerlo mi poderdante presentó recurso de reposición, y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución anteriormente referida - Resolución No. 010679 del 13 de Noviembre de 2018 -.

Sorpresivamente, el día 19 de Diciembre de 2018, se profiere la Resolución No. 011634 mediante la cual la Superintendencia de Salud "Por medio de la cual se produce la evaluación no satisfactoria por no presentar el informe de cumplimiento del Plan de Gestión de la Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé Sucre, para la vigencia de 2017", la cual si bien tiene los mismos argumentos resolutivos, no tiene las mismas consideración, - esta resolución si bien fue expedida el 19 de diciembre de 2018 se anticipa a la fecha de plazo que se regla a través del CFACA; ya que el recurso de reposición en subsidio de apelación fue remitido el día 20 de diciembre de 2018 por correo electrónico y el día 21 de diciembre

radicado en medio físico, lo que deja ver que ni siquiera fue revisado a la hora de interponer dicha resolución (Resolución 011634 de 19 de diciembre de 2018) - Dicha Resolución me fue notificada por aviso el día 06 de febrero de 2019.

Mediante escrito - Recibido en la Superintendencia de Salud - del día 18 de febrero de 2019, estando dentro del término legal para hacerlo, mi poderdante presentó recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 011634 del 19 de Diciembre de 2018, notificada el día 06 de febrero de 2019. - El documento en mención consta de 125 folios. Cabe indicar que la resolución que confirma los recursos interpuesto de mi parte, y que menciono en el siguiente hecho califican este recurso como extemporáneo y no dan respuesta de fondo del mismo.

El día 05 de abril de 2019, mediante un correo "spam" se me notificó sobre la Resolución No. 003521 del 26 de marzo de 2019 "Por medio del cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 010678 del 13 de noviembre de 2018 y se deja sin efecto la Resolución No. 011634 del 19 de diciembre de 2018"; el correo fue correspondenciagse@supersalud.gov.co el cual no es el correo oficial de la Superintendencia de Salud para notificar este tipo de fallos, pues en todo el procedimiento administrativo sancionatorio mi poderdante no conoce dicha dirección electrónica.

(...)

Acto seguido, el día 03 de abril de 2019 mi poderdante estuvo en las instalaciones de la Superintendencia de Salud para notificarse personalmente de la Resolución No. 003521 del 26 de marzo de 2019, lo cual no fue posible debido a que en esa entidad le manifestaron que para notificarse personalmente y obtener información de la trazabilidad del recurso debía tener una cita previa.

El Decreto No. 052 de 2019 fue notificado a mi poderdante el día 16 de abril de 2019 - mediante aviso Esto claramente vulnerando el debido proceso de mi poderdante - pues la Superintendencia desconoció las reglas de notificación contenidas en el CPACA –.

En dicha comunicación, se advirtió que contra el Decreto No. 052 de 2019 - "Por medio del cual se retira del servido a la Gerente del Hospital Local Nivel I - Nuestra Señora del Socorro de Sincé" - procedía recurso de reposición, el cual podría ser interpuesto en diez (10) días hábiles.

El día 22 de abril de 2019, mediante memorial dirigido a la Superintendencia de Salud - Solicité la Nulidad del Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

(...)

El día 07 de mayo de 2019, La Alcaldesa Municipal de Sincé - Sucre - expidió el Decreto No. 066 de 2019 "Por medio del cual se resuelve un recurso de reposición", y en el mismo rechazó el Recurso por Improcedente al considerar que el mismo es un acto administrativo de trámite, y contra ese tipo de actos administrativos no proceden recursos.

Es de señalar que actualmente la Superintendencia de Salud no ha decidido la solicitud de nulidad radicada el día 22 de abril de 2019 pues en ella se advierte que en el procedimiento administrativo sancionatorio se están desconociendo el derecho al debido proceso de mi poderdante - representando en la materialización de tres causales de nulidad invocadas.

Finalmente el municipio, sin haber agotado las reglas de notificación (pues mi poderdante no ha sido notificada del Decreto de acuerdo con la Ley 1437 de 2011) ejecuta el acto administrativo No. 066 de 2019".

1.3. Contestación.

- **MUNICIPIO DE SINCÉ³:** Puntualizó, que la Junta Directiva de la E.S.E HOSPITAL LOCAL MUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ, brindó todas las garantías dentro de las actuaciones que precedió en el procedimiento administrativo, objeto de reproche.

Precisó, que a fin de garantizar el debido proceso administrativo, se comunicaron a la Superintendencia de Salud las presuntas omisiones o irregularidades que se habían suscitado por parte de la aquí accionante.

Recalcó, que las decisiones que se tomaron fueron debidamente comunicadas y contra los recursos que le procedían, la entidad dio la oportunidad para su interposición. Agregó, que frente a las impugnaciones que se presentaron, la entidad siempre procedió de conformidad con el marco jurídico vigente.

Concluyó, que la accionante no ejerció los mecanismos ordinarios de defensa, ni tampoco, padece un perjuicio irremediable que haga procedente la presente acción de tutela.

³ Fls. 39 – 65 del expediente.

-. SUPERINTENDENCIA DE SALUD⁴: Solicitó la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que frente a las decisiones acusadas procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Manifestó, que la entidad brindó todas las garantías dentro de las actuaciones que instruyó en el procedimiento administrativo objeto de reproche.

Resaltó, que *"la actuación de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional se surtió en sede administrativa cumpliendo con las normas constitucionales y legales sin que se haya violado el debido proceso como lo ha expuesto el peticionario pues la doctora VIVIAN CARMENZA AVILA PÉREZ en su calidad de Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL MUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ ejerció su derecho otorgado por la Constitución y la ley como se observa en la Resolución 010679 de 2009 impugnada y desatada mediante la Resolución 003521 de 2019, dándosele así las garantías en la actuación administrativa cuya finalidad es proteger los derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones del Estado y, a su vez, limitar y controlar el poder que este ejerce, para que se obtenga decisiones justas conforme a las normas que regulan la materia relacionada como en el caso que nos ocupa."*

1.4. Sentencia recurrida⁵:

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 22 de mayo de 2019, no encontró probada vulneración de derecho fundamental alguno de la accionante.

Para el efecto consideró, que si bien es cierto, en principio puede predicarse la improcedencia de la acción de tutela, el asunto debe estudiarse de fondo con miras al análisis del debido proceso y la garantía del derecho de defensa de la demandante, razón por la cual se avocó a su estudio.

⁴ Fls. 201 – 209 del expediente.

⁵ Fls. 290 – 303 del expediente.

En relación con el debido proceso, con ello del derecho de defensa y contradicción, en punto de la actuación administrativa sancionatoria adelantada por la Superintendencia de Salud, dijo, que dicho derecho fundamental no resultaba vulnerado, pues, con la actuación desplegada por el ente indicado, se garantizó eficientemente las etapas procesales respectivas, respetándose su derecho a la publicidad de las decisiones y la posibilidad de interponer recursos.

Aclaró, que la discusión frente al recurso de reposición que se dice no resuelto por el Decreto 066 de 2019, se zanja al entender que dicho acto administrativo contiene dos decisiones, una, que niega una solicitud probatoria y otra, contenida en el numeral segundo de su parte resolutive, que confirma en todas sus partes el Decreto 052 de 2018, resultando esta última, debe entenderse, que resuelve el mentado recurso de reposición.

Añadió, que al no observar vulneración al debido proceso y a sus garantías fundamentales, la solicitud de considerar los vicios de ilegalidad de los actos administrativos y el reintegro al cargo, solo podría ser discutido a través de los mecanismos ordinarios de control judicial, concretamente, de nulidad y restablecimiento del derecho, entendiendo por ende, que la acción de tutela era improcedente, de ahí que negara las pretensiones.

1.5. Impugnación⁶:

Frente a la anterior decisión, la parte actora presentó impugnación, argumentando:

1. En la sentencia impugnada no se analizaron las pruebas que acreditan la presentación oportuna del Plan Anual de Gestión de 2017, antes del primero de abril de 2019, atendiendo la Circular No. 0003 de 2014.

⁶ Fls. 309 – 311 del expediente.

En su criterio, dice, (i) se logró probar que la Junta Directiva del ente accionado que sesionó el día 27 de marzo de 2018, no le permitió a la Gerente presentar el informe de cumplimiento del Plan Anual de Gestión 2017; (ii) Que la Gerente notificó a todos y cada uno de los miembros de la Junta Directiva, que el 28 de Marzo de 2018, se llevaría a cabo sesión de la misma; (iii) Que el 28 de marzo de 2018 se llevó a cabo sesión de la Junta Directiva, en la cual no hubo quorum y que en la misma, pese a la inexistencia de quorum, los asistentes recibieron el Informe de Cumplimiento del Plan Anual de Gestión 2017, documento que también fue publicado en la página web de la entidad, acreditándose así, la entrega oportuna del Informe de cumplimiento del Plan Anual de Gestión 2017.

Añade a lo anterior, que también se logró demostrar que la Junta Directiva de la ESE no actuó de buena fe, pues, ellos tenían conocimiento que el Informe de cumplimiento del Plan Anual de Gestión había sido recibido por **dos** de sus miembros y había sido publicado en la página web de la entidad, tal y como se había consignado en el acta de Junta Directiva de fecha 28 de marzo de 2018.

2. La sentencia impugnada, mal interpreta el argumento relacionado con no dar traslado al recurso de reposición interpuesto en forma legal y que se describe en la demanda.

Afirma, que en la acción interpuesta se indicó, que frente a la Resolución No. 010679, *"por medio de la cual se produce evaluación no satisfactoria por no presentar informe del Plan Anual de Gestión de la Gerente de la Empresa Social del Estado –Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé, para la vigencia 2017"*, proferida por la Superintendencia de Salud, se interpuso oportunamente recurso de reposición, lo que igualmente ocurrió frente a la Resolución No. 010679, ocurriendo que esta segunda determinación tiene el mismo objeto, aunque diferentes consideraciones, de ahí que lo alegado sea que contra la Resolución No. 0011634, se interpuso un recurso que fue rechazado por extemporáneo, lo cual, en su criterio no es cierto, pues, se presentó en debida forma y debía resolverse.

Aboga en consecuencia, porque se suspendan los efectos de las Resoluciones Nos. 003521 de 2019, proferida por la Superintendencia de Salud y los Decretos Nos. 052 y 066 expedidos por el Municipio de Sincé – Sucre, hasta la presentación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o en su defecto, como medida definitiva, se declare la ilegalidad de los actos administrativos antes descritos.

II.- CONSIDERACIONES:

2.1.- Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2.- Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los fundamentos descritos, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Es procedente la acción de tutela para efectos de conceder el amparo del accionante, tendiente a que se revoque la decisión administrativa que la desvinculó en el cargo de Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ?

De encontrarse procedente, se dilucidará entonces, si hay lugar o no a conceder el amparo invocado.

2.3.- Análisis de la Sala

2.3.1. Procedencia de la Acción de tutela.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de

cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁷.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los Jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona, la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho, que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Del mencionado texto constitucional se despliega, además, el carácter subsidiario de la acción, en el entendido de que solo resulta procedente instaurarla, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que lo pretendido, sea evitar un **perjuicio irremediable**.

Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional ha reiterado en varias oportunidades, que la existencia del otro medio de defensa, no puede ser considerada en abstracto, por cuanto aquél, debe tener la capacidad de proteger, íntegramente, el derecho violado o quebrantado⁸, es decir, *debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto de otros*⁹. El juez de tutela, que halle otro medio de defensa judicial,

⁷ “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

⁸ Al respecto puede consultarse la Sentencia T-233 del 17 de mayo de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-441 del 12 de octubre de 1993 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

debe verificar su idoneidad, pues, de no resultar idóneo, la acción de tutela desplazaría el medio ordinario y pasaría a convertirse, en la vía principal para la protección del derecho.

2.3.2. Del debido proceso administrativo.

El debido proceso es un derecho fundamental, que posee una estructura compleja, por cuanto está compuesto por un plexo de garantías que deben ser tenidas en cuenta en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales, son el ejercicio de funciones, bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:

“... el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”¹⁰

En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso, como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, las cuales deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo¹¹. Entre estas se cuentan, el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del Juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.

¹⁰ C-980 de 2010 (M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹¹ La extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, constituye una de las notas características de la Constitución Política de 1991. Al respecto, ver la sentencia C-980 de 2010.

2.3.3- Caso concreto.

En el presente asunto, está demostrado, que mediante Decreto N° 052 del 5 de abril de 2019¹², la Alcaldesa del Municipio de Sincé, retiró del servicio a la señora **VIVIANA ÁVILA PÉREZ**, en el empleo de Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ. En el acto, se consideró:

“(…)

Que de la simple lectura de la norma en cuestión, se observa la obligación legal que tenía la Gerente en presentar a la Junta Directiva, un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, vigencia 2017, a más tardar el 1° de abril del año 2018.

Que la Gerente no cumplió con tal obligación legal, dado que presentó el informe a los miembros de la Junta Directiva varios días después del plazo legalmente establecido, e incluso incompleto, sin los respectivos soportes, aportando estos otros días después.

Que la Junta Directiva cumplió con la obligación legal de informar tal omisión a la Superintendencia Nacional de Salud.

Que el Superintendente Delegado Para la Supervisión Institucional expidió la Resolución número 010679 de 13 de noviembre de 2018 “Por medio de la cual se produce la evaluación no satisfactoria por no presentar el informe de cumplimiento del Plan de Gestión por parte de la gerente de la Empresa Social del Estado HOSPITAL LOCAL NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ – SUCRE, para la vigencia 2017.”

Ante la existencia del anterior acto jurídico, considera esta Sala, que la presente tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que el actor cuenta con la posibilidad de acudir a distintas vías procesales ordinarias, para buscar la revocatoria de los actos que en su sentir no son favorables a sus intereses.

En efecto, si contra la decisión de retiro se alega i) que se expidió de forma irregular, ii) con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa o iii) mediante falsa motivación, bien puede acudirse tanto a las vías

¹² Fls. 1 (CD) y 129– 133, cuaderno de primera instancia.

administrativas, como a las judiciales ordinarias, demandando su contenido y acudiendo, si es necesario, a la protección cautelar respectiva, pero al interior de dichas actuaciones, señalándose para efectos de la presente actuación, que no se avizora vulneración del debido proceso.

Hay que resaltar, que en los trámites que eventualmente llegue a adelantar la parte actora, se podrá analizar, con más elementos probatorios y en un escenario propicio, la procedencia de anulación no solo del acto de retiro, sino los que fundamentaron su producción, donde naturalmente se establecerá la vulneración de las reglas que integran los procedimientos sancionatorios.

En efecto, para que la acción de tutela - en principio subsidiaria - pudiese desplazar a los medios ordinarios de defensa, resultaba necesario entonces explicar y demostrar un perjuicio irremediable, que se pudiese evitar con la decisión que esta revestida de legalidad y que el asunto exigiera un debate de fondo, sobre la ineficacia de los medios procesales ordinarios.

Y en este punto, aprovecha la Sala para reiterar que los mecanismos procesales ordinarios previstos por el legislador para buscar la revocatoria de los actos jurídicos, no pueden, *prima facie*, ser tachados de no idóneos o nada eficaces, por el simple hecho que su trámite no es el mismo al de un proceso de tutela, donde además de flexibilizarse nociones procesales, su duración es de diez (10) días, razón por la cual, se requiere un esfuerzo probatorio importante que indique tal circunstancia, afirmación que bien puede extenderse a las acciones judiciales.

Adicional a ello, la Sala tampoco avizora la acreditación de un perjuicio irremediable, ni tampoco la calidad de sujeto de especial protección constitucional, que amerite la procedencia excepcional de la acción de tutela, en tanto, pese a lo expuesto, la accionante cuenta aún con mecanismos procesales para amparar las garantías del debido proceso.

Ahora bien, a guisa de discusión, si se aceptase que el amparo resulta procedente, el análisis de lo ocurrido conduce a afirmar que las pretensiones no pueden prosperar, tal y como lo previó la primera instancia.

Al efecto:

a. El primer reparo efectuado por el impugnante, conduce a establecer un solo interrogante y es ¿Si el Informe de Cumplimiento del Plan Anual de Gestión 2017, fue recibido por los integrantes de la Junta Directiva a efectos de su evaluación, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente para el momento en que acaecieron los hechos estudiados?

En tanto se dice, que (i) en sesión del 27 de marzo de 2018, a la accionante no se le permitió presentar tal informe, pues, el objeto de la misma no contenía tal posibilidad; (ii) en sesión sin quorum de la Junta Directiva de la ESE, celebrada el día 28 de marzo de 2018, se entregó el mentado informe a dos integrantes de la Junta Directiva y (iii) dicho informe, fue publicado en la página web de la ESE.

Para solucionar tal interrogante debe tenerse en cuenta que la Ley 1438 de 2011, en su artículo 74, textualmente dispone:

“Artículo 74. Evaluación del Plan de Gestión del Director o Gerente de Empresas Sociales del Estado del orden territorial. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 1º de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social.

74.2 La Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión.

74.3 Los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

74.4 La decisión de la Junta Directiva tendrá recurso de reposición ante la misma junta y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles.

74.5 Una vez cumplido el proceso establecido en el presente artículo y en firme el resultado de la evaluación y esta fuere insatisfactorio dicho resultado será causal de retiro del servicio del Director o Gerente, para lo cual la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a haber quedado en firme el resultado de la evaluación, deberá solicitar al nominador con carácter obligatorio para este, la remoción del Director o Gerente aun sin terminar su período, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contra este acto procederán los recursos de ley.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro".

Norma que a su vez, fue ilustrada en su flujo grama en la Circular No. 000003 del 28 de marzo de 2014, proferida por la Superintendencia de Salud, indicando que dicho informe se presentará atendiendo lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

De ahí que y en otras palabras, debe entenderse que la presentación del informe, por virtud de lo dispuesto por la Superintendencia de Salud, debe sujetarse a los lineamientos o de la iniciación de una actuación administrativa en cumplimiento de un deber legal o al ejercicio del derecho de petición, pues, la Ley 1437 de 2011, no regula el tema de manera específica.

Aceptado entonces, que la presentación del informe de cumplimiento del Plan de Gestión anual, da pie a una actuación administrativa, resulta

evidente que su presentación debe hacerse como si se tratara de un derecho de petición, siendo en consecuencia, que el escrito correspondiente debía presentarse de manera directa a cada uno de los integrantes de la Junta Directiva o en su defecto, a través de los canales con que contaba la ESE para tal fin, pero que garantice que el informe finalmente llegaba a sus destinatarios, esto es, a cada uno de los integrantes de la Junta Directiva y probado se encuentra, que solo dos de ellos recibieron efectivamente dicho informe, tal y como lo sostiene el propio recurrente.

Sin que sea de recibo que el informe colgado en la página web de la entidad, corresponde a la obligación de entrega para cada uno de los integrantes de la Junta Directiva de la ESE, en tanto, tal forma de publicación, no corresponde a lo requerido normativamente, que no es más, que cada uno de los integrantes de la Junta Directiva lo reciba.

Siendo así, no resulta cierto lo que dice el impugnante, pues, no se demostró que el informe en comento haya sido efectivamente recibido por los integrantes de la Junta Directiva de la ESE, sin que sea relevante señalar que al haber existido el informe y expuesto por cualquier canal, la Junta Directiva haya obrado de mala fe en cuanto a su conocimiento, pues, finalmente, algunos de sus integrantes nunca lo recibieron por el canal adecuado.

En relación con el segundo de los argumentos de impugnación, debe indicarse, que el recurso de reposición del que da cuenta el recurrente, fue efectivamente resuelto como lo avizoró la primera instancia, pues, hubo pronunciamiento expreso sobre su contenido, por ende, no puede predicarse vulneración del debido proceso.

Siendo así, no queda más camino que declarar improcedente la acción de tutela, al constituirse el mecanismo de amparo en una vía subsidiaria y no encontrarse acreditado un perjuicio irremediable en la actuación administrativa del ente accionado, que por demás, conforme lo probado, atiende al debido proceso. En tal sentido, se modificará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 22 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el sentido de **DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo requerido, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: De manera oficiosa, por Secretaría de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0085/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA