

## REPUBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO ÚNICO CIVIL DEL CIRCUITO DE EL BANCO, MAGDALENA.**  
**Diciembre primero (01) del año dos mil veintidós (2022).**

**Rad:** 47 -707-40-89-001-2022-00084-01.- Tomo: X.- F: 291

**DEMANDANTE:** LUZ NEYLA OSPINO VILLARREAL

**DEMANDADO:** ALCALDIA MUNICIPAL DE SANTA ANA MAGDALENA

**PROCESO:** ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN).

Procede este Juzgado Único Civil del Circuito de El Banco, Magdalena a resolver la impugnación de tutela elevada por la señora Luz Neyla Ospino Villarreal contra la Alcaldía Municipal De Santa Ana, Magdalena, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Ana Magdalena, el 26 de octubre de 2022, por violación a sus derechos fundamentales, trabajo, Debido Proceso, Seguridad Social, Estabilidad Laboral Reforzada y Mínimo Vital.

**ANTECEDENTES.-**

Manifiesta la accionante, que mediante Resolución No. MAR-16-001 del 16 de Marzo de 2020 expedida por la Alcaldía Municipal de Santa Ana Magdalena, se convocó para postular hojas de vidas para proveer el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana.

Cuenta que, presentó su hoja de vida en los plazos establecidos en la convocatoria para que fuese considerada para ocupar el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana.

Señala que, fue seleccionada para ocupar el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, al cumplir con los requisitos establecidos para ocupar el cargo.

Indica la accionante, que mediante Decreto de nombramiento No. 034 del 30 de Marzo de 2020 expedido por la Alcaldía Municipal de Santa Ana Magdalena, se le designó como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, por un periodo fijo institucional de 4 años.

Expresa la accionante que, se posesionó en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, mediante acta de posesión No. 014 del 1 de Abril de 2020.

Refiere que, en reunión ordinaria de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, del 18 de Abril de 2022, se realizó la evaluación al informe de gestión de la vigencia de 2021 con resultado global equivalente a 4.48 puntos sobre 5, indicando un resultado satisfactorio.

Expone que, mediante el Decreto No. 068 de 2022 expedido por la Alcaldía Municipal de Santa Ana Magdalena, la retiran del cargo de Gerente de la Empresa Social del

Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, por ineficiencia administrativa y gestión insatisfactoria.

Menciona que, mediante el mismo Decreto No. 068 de 2022 expedido por la Alcaldía Municipal de Santa Ana Magdalena, se nombró a la Doctora KELLY HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana.

Manifestó que, actualmente posee la calidad de prepensionada, debido a que se encuentra a menos de 3 años de cumplir con las 1.300 semanas cotizadas en su fondo de pensiones y a menos de 3 años de cumplir con la edad establecida para pensionarse (57 años/mujeres) al tener 55 años y 10 meses de edad.

La actora mediante escrito de fecha de recibido Catorce (14) de octubre de 2022, presentó ampliación de acción de tutela, en donde explica que el Acto Administrativo censurado es violatorio de sus derechos fundamentales, pues su motivación no responde a la adopción específica de una causal de retiro, sus consideraciones son infundadas, espurias e ilegítimas y no se ajustan a una causal válida de desvinculación, siendo evidente la inexistencia de una causal de retiro, encuadrando dicho proceder en una actuación arbitraria que refleja el despotismo y el capricho del nominador.

Explica que, la motivación "ineficiencia administrativa y gestión insatisfactoria en la prestación del servicio" con ocasión a la circular por medio de la cual se imparten directrices por parte de la Secretaria de Salud Departamental y a la apertura de un proceso administrativo sancionatorio fiscal, no siendo causales de retiro, puesto que no se encuentran consagradas en ninguno de los numerales del artículo 41 de la Ley 904 de 2004 y del artículo 2.2.11.1.1 del Decreto 1083 de 2015, ello aduce sin cavilaciones que estamos ante una atipicidad de la causal de retiro de funcionario público, lo cual no es admisible en el ordenamiento jurídico como presupuesto para desvincular a un empleado público, y por tanto no le es dado al nominador crear a su arbitrio causales de retiro.

Alega así mismo que, para poder retirarla del servicio con base "ineficiencia administrativa y gestión insatisfactoria en la prestación del servicio" se tuvo que haber surtido de forma previa un proceso administrativo de evaluación de su desempeño, que para el caso particular de los Gerentes de Hospitales (ESE) es un procedimiento riguroso, especial y reglado, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 74 de la Ley 1438 de 2011 numeral 5 donde se establece donde se establece que en el escenario de presentarse una calificación insatisfactoria de sus servicios y luego de haberse agotado los recursos, le corresponde a la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, notificarle al nominador (Alcalde) dicha calificación cuando estuviese en firme y que motivase el Acto Administrativo que la retiraría del cargo.

Arguye la accionante, que el proceso disciplinario no puede ser objeto de motivación para su retiro, ya que vulneraría preceptos constitucionales y legales, puesto que no ha sido sancionada y no existe decisión debidamente ejecutoriada.

### **P R E T E N S I O N E S**

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas respetuosamente Solicita la accionante que le sean amparados los derechos

TUT: 2022-00084-01

deprecados, ordenando en un plazo de 48 horas su reintegro inmediato en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana. La actora mediante escrito de fecha de recibido Catorce (14) de octubre de 2022, adicionó las pretensiones iniciales solicitando que se decrete la suspensión, la nulidad o dejar sin efecto de manera transitoria el Acto Administrativo No. 068 del 10 de Octubre de 2022, y se ordene el reintegro al cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, en el término perentorio de 48 horas o en su defecto se acceda como medida transitoria mediante la acción de tutela.

### **CONSIDERACIONES DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA**

la Honorable Corte Constitucional ha advertido que el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio.

Es así como la naturaleza autónoma, residual y subsidiaria de la acción de tutela impone a las personas el deber de agotar previamente todos los mecanismos judiciales que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

La Sala Plena de la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones que los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios constituyen, por regla general, las vías legítimas de defensa y reconocimiento de los derechos fundamentales, por lo que no es procedente acudir ante un juez de tutela para impugnar decisiones administrativas si previamente no se han empleado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. El agotamiento de estas herramientas constituye, entonces, un requisito indispensable para que el juez de tutela pueda entrar a estudiar la vulneración invocada por el accionante.

En efecto, esta Corporación ha precisado que "cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia".

Descendiendo al caso en concreto, de lo manifestado en líneas precedentes, concluimos que el presente trámite constitucional deviene improcedente, puesto que, la accionante debía haber hecho uso de los recursos establecidos en la Ley 1437 de 2011 artículo 74, que le permiten controvertir la legalidad del Acto Administrativo, antes de haber presentado esta acción constitucional que hoy nos ocupa.

Por otra parte, y tal como se señala en las causales de procedencia señaladas anteriormente, tenemos que, tampoco se torna procedente el amparo como mecanismo transitorio para evitar la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues una vez examinadas las pruebas allegadas al proceso, el Despacho no vislumbra la presencia de este, pues, si existen, estas no fueron allegadas.

No obstante, lo anterior, el Ente accionado informó a través de correo electrónico a esta Agencia Judicial que la actora interpuso recurso de reposición el día 18 de octubre de 2022, en contra el Decreto No. 068 de octubre 10 de 2022, en el cual se le hace saber que el recurso interpuesto será resuelto previo a las ritualidades establecidas por los artículos 79 y 80 de la ley 1437 de enero 18 de 2011, razón por la cual debe esperar a que éste sea resuelto de fondo y, determinar si existe o no vulneración a los derechos invocados como vulnerados en la presente acción. Por ende, este Juzgado resolvió:

PRIMERO.- NEGAR POR IMPROCEDENTE, el amparo solicitado por LUZ NEILA OSPINO VILLAREAL, contra la ALCALDIA MUNICIPAL DE SANTA ANA MAGDALENA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

### **IMPUGNACION AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.-**

1. La señora LUZ NEILA OSPINO VILLAREAL, interpuso escrito de impugnación contra el fallo de tutela adiado 26 de octubre de 2022, el cual sustentó así:

En el caso sub judice, señor Juez Constitucional, tenemos que la abierta ilegalidad del acto administrativo que decretase mi retiro del cargo de GERENTE, comprueba la existencia de la vulneración a mis derechos fundamentales y la no suspensión del Decreto No. 068 de 2022 expedido por la ALCALDIA MUNICIPAL DE SANTA ANA podría tornar más gravosa esta vulneración.

Está claro que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; pero la acción de tutela resulta idónea como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; En estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2003).

En mi caso el perjuicio es papable, por cuanto es evidente que con el acto de retiro se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la protección laboral reforzada y al fuero prepensional que ostento por estar a menos de tres (3) años de cumplir mi edad de pensión.

Por otro lado, Le expusimos claramente al juez de tutela, que el artículo 41 de la ley 909 del 2004, establece de manera taxativa las causales de retiro del servicio de los servidores públicos y particularmente le enunciamos que el artículo 72 de la ley 1438 del 2011, contempla un proceso especial para que los gerentes de Hospitales sean desvinculados en virtud de la evaluación del plan de Gestión, además

TUT: 2022-00084-01

fui insistente cuando le manifesté que no me podían desvincular por una apertura de una investigación preliminar que adelanta la contraloría en mi contra, cuando yo no he sido declarada responsable fiscalmente por ese ente de control.

Por ende, es muy cuestionable que a pesar de las evidentes violaciones al debido proceso no se interprete que se me está causando un perjuicio irremediable como trabajador, y en suma se me condiciona la procedencia de la acción al agotamiento de los recursos administrativos, y se me insta a acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para que sea un juez de conocimiento el que dirima el conflicto, desconociendo con esto que las acciones y etapas procesales ante las instancias ordinarias que me señalan, se pueden dilatar por un término superior a un año, tiempo en el cual ha se habría causado mi periodo institucional como gerente, es decir el perjuicio ya sería irremediable.

La Corte constitucional se ha referido al derecho a la estabilidad laboral reforzada como: (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz.<sup>6</sup> En suma, el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, a la luz de la Constitución, la Ley y la jurisprudencia constitucional, se concreta en obligación que tiene el empleador de respetar el procedimiento preestablecido para dar por terminado el vínculo laboral de un trabajador que se encuentra en circunstancias especiales, que han sido objeto de protección constitucional. La Corte Constitucional en sentencia de T-673 de 10 de septiembre de 2014, se pronunció sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad reforzada. En la providencia en mención, señaló: Así mismo, en la sentencia T-864 de 2011, este Tribunal sostuvo que "la jurisprudencia de la Corte también ha reconocido que la acción de tutela procede como mecanismo de protección de manera excepcional, en los casos en que el accionante se encuentra en una condición de debilidad manifiesta o sea un sujeto protegido por el derecho a la estabilidad laboral reforzada".

Por ende, solicita que se REVOQUE la sentencia de Tutela emitida por el Juzgado primero Promiscuo Municipal de Santa Ana-Magdalena, identificada con el radicado N°47-707-40-89-001-2022-00084-00, de fecha Veintiséis (26) de Octubre de Dos Mil Veintidós (2022).

Además, solicita que ante las evidentes violaciones a los derechos fundamentales en las que incurrió el nominador con la expedición del acto administrativo N°068 del 10 de octubre del 2022, en su condición de Alcalde del Municipio de Santa Ana, se proceda a decretar en alusión al principio de inmediatez de la acción tutela, la SUSPENSIÓN de manera transitoria del citado acto de su retiro mientras presenta ante la jurisdicción contenciosa administrativa la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (por el termino descrito en el artículo 8° del decreto ley 2591 del 1991) o en su defecto, LA NULIDAD O DEJAR SIN EFECTO el mismo, y se ordene el reintegro a su cargo de GERENTE en el término perentorio de 48 horas.

## CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Es menester señalar que de acuerdo con el artículo 86, inciso 2 y 3 y los artículos 228 y 229 de la Constitución Nacional, concordante con el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, éste Juzgado es competente para conocer y fallar la alzada de la presente acción al Debido Proceso.

El artículo 86 de la CN., reza:

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

*La protección consistirá en una orden para aquel respecto de quien 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 este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

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

La Acción de Tutela, es un mecanismo por medio del cual cualquier persona puede acudir ante los Jueces de la República, a reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o aún de particulares en los casos que expresamente señala el Decreto Reglamentario 2591 de 1991.

Pero debemos recordar que aun tratándose de la violación de algún derecho fundamental, en virtud de la naturaleza subsidiaria o supletoria de la acción de tutela, este mecanismo no puede desplazar ni de ser alternativo a los otros medios de defensa judicial que tengan a su disposición los afectados frente a la conducta activa u omisiva objeto de litigio; ya que el Juez de Tutela, no puede invadir la órbita de competencia de los jueces ordinarios y su intervención únicamente tiene cabida cuando el sistema jurídico no tiene otro mecanismo para solucionar la controversia planteada o cuando estos, dadas las particularidades del caso, no son idóneos o eficaces para tal efecto; y cuando se prevea de modo inminente y cierto la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la tutela deberá concederse de manera transitoria, mientras se da la solución para la vía propia para ello.

El objetivo de la Acción de Tutela se encamina, tal y como lo establece el mencionado artículo, a que el Juez Constitucional, de manera expedita e inmediata, administre justicia en el caso concreto, procediendo a dictar las órdenes, en contra de la autoridad pública o del particular, que considere pertinente para contrarrestar la amenaza o vulneración de derechos fundamentales y así procurar la defensa actual y cierta de los mismos.

*"... la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y*

TUT: 2022-00084-01

actual del derecho fundamental objeto de violación o amenaza."<sup>1</sup> (C-543/92, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)<sup>2</sup>

"...En virtud de lo dispuesto por la Constitución de 1991, no hay duda que el otro medio de defensa judicial de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. No basta pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior la de la acción de tutela"...(Sentencia Corte Constitucional No. T-414).

Al revisarse los hechos como las pretensiones de la acción de tutela y el fallo de primera instancia, deviene para la segunda instancia constitucional determinar si aquel se ajustó a las previsiones legales y jurisprudenciales, al haber declarado la improcedencia de la acción de tutela.

Se ha indicado por la jurisprudencia constitucional, que para que la acción de tutela se abra paso siempre que nos encuentre en ninguna de las causales de improcedencia señaladas en el Art. 6 del Decreto 2591 de 1991., por lo que procedemos al estudio de su procedencia.

## **EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

### **Legitimación activa:**

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona, cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos específicamente previstos por el legislador, y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva. En el caso de la señora LUZ NEYLA OSPINA VILLAREAL se encuentra legitimada en la causa por activa para formular la acción de tutela objeto de estudio, pues es mayor de edad, actúa en nombre propio y manifiesta la violación de sus derechos fundamentales invocados.

### **Legitimación pasiva.**

Según los artículos 86 de la Constitución y 1º, 5º y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y en ciertos casos en contra particulares, que vulneren o amenacen con vulnerar los derechos fundamentales de los accionantes.

Con base en lo anterior, la Corte ha establecido que la legitimación por pasiva en sede de tutela, se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza

<sup>1</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia N° T-1. Abril 3 de (1992)

<sup>2</sup> Su.961/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada.

Así las cosas, en el caso sub examine se demandó a la ALCALDIA MUNICIPAL DE SANTA ANA MAGDALENA, esta legitimada como parte pasiva, en la medida en que a ella se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

### **Subsidiariedad.**

El principio de subsidiariedad de la acción de tutela exige el reconocimiento de las competencias jurisdiccionales. El numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que sólo procede la tutela cuando *"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial"*. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa, ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa.

Teniendo en cuenta el carácter excepcional de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional sostiene que, por regla general, ésta sólo resulta procedente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, pues no puede desplazar, ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela resulta procedente, de manera subsidiaria, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios para su protección resulten: **a)** ineficaces, **b)** inexistentes, o **c)** se configure un perjuicio irremediable. En la Sentencia T-1268 de 200523, se indicó que *"dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto"*.

Se tiene que el accionante invoca la protección al derecho fundamental del trabajo, mínimo vital, seguridad social, estabilidad laboral reforzada y al debido proceso, al habersele desvinculado mediante el Decreto N°068 de 2022 expedido por la Alcaldía Municipal de Santa Ana del cargo de Gerente en la Empresa Social Del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana por ineficiencia administrativa y gestión insatisfactoria, cargo el cual había obtenido mediante nombramiento por el decreto N°034 del 30 de marzo de 2020 expedido por la Alcaldía Municipal de Santa Ana por un periodo fijo institucional de 4 años.

Teniendo en cuenta lo anteriormente planteado, este despacho entrará a estudiar lo expuesto en la acción de tutela por la accionante, su impugnación al fallo de primera instancia y el fallo proferido por el juez de primera instancia, con la finalidad de observar que se haya dado cumplimiento a todas las garantías procesales.

Por lo cual y en cuanto al debido proceso la Honorable Corte Constitucional ha manifestado mediante sentencia **C-162/2021** lo siguiente:

### **DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**

*De la aplicación del debido proceso administrativo se derivan una serie de consecuencias, tanto para la administración como para las personas. La Sala ha reconocido que de este derecho se desprenden una serie de garantías, como las que tienen las personas a: **1)** conocer las actuaciones de la administración; **2)** acceder ante la administración y ser oído por ella; **3)** solicitar el decreto y la práctica de pruebas y controvertir las que otros soliciten y las que se practiquen;*

4) ejercer el derecho de defensa; 5) impugnar los actos administrativos; y, 6) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio. Estas garantías deben respetarse en todo el procedimiento administrativo, desde el inicio de la actuación, la formación y expedición de los actos administrativos, su notificación o comunicación, su impugnación y resolución, su ejecutoriedad y hasta su ejecución.

(...)

### **EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Al interpretar este artículo, la Corte ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

El debido proceso administrativo no es un concepto absoluto, sino que presupone distinciones ordenadas por la propia Carta y por la ley, siempre que sean adecuadas a la naturaleza de la actuación de las autoridades públicas. El debido proceso administrativo no es idéntico al debido proceso judicial, de tal modo que no se pueden trasladar de manera mecánica las garantías de este último al primero.

El debido proceso administrativo se aplica a todas las actuaciones administrativas y debe garantizar (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y, (iv) los derechos fundamentales de los asociados.

De la aplicación del debido proceso administrativo se derivan una serie de consecuencias, tanto para la administración como para las personas. La Sala ha reconocido que de este derecho se desprenden una serie de garantías, como las que tienen las personas a: 1) conocer las actuaciones de la administración; 2) acceder ante la administración y ser oído por ella; 3) solicitar el decreto y la práctica de pruebas y controvertir las que otros soliciten y las que se practiquen; 4) ejercer el derecho de defensa; 5) impugnar los actos administrativos; y, 6) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio. Estas garantías deben respetarse en todo el procedimiento administrativo, desde el inicio de la actuación, la formación y expedición de los actos administrativos, su notificación o comunicación, su impugnación y resolución, su ejecutoriedad y hasta su ejecución.

Lo anterior implica que, para el correcto desarrollo de los procedimientos, se requiere que la autoridad administrativa observe los requisitos impuestos por el legislador para garantizar la validez de las actuaciones y la defensa de los intereses de los administrados.

En ese orden, la accionante acredita que en reunión ordinaria de la junta directiva de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora Santa Ana, del 18 de abril del presente año se realizó la evaluación al informe de gestión de la vigencia de 2021 con resultado global equivalente a 4.48 puntos sobre 5, lo cual sería un resultado satisfactorio, la que fue firmada de igual manera por el Alcalde como director de la Junta Directiva.

Afirmación que encuentra respaldo igualmente, en lo informado por la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Nuestra Señora Santa Ana, en respuesta a la acción de tutela, agregando que reprochan y rechazan el retiro del cargo de Gerente por parte del Alcalde, basado en supuesta ineficiencia administrativa, actuación que no se encuentra ajustado a los parámetros normativos y por estar viciado de nulidades, dado que se desconoció el procedimiento reglado por el art 74 de ley 1438 de 2011 en especial el numeral 5.

En ese orden de ideas, hay que tener en cuenta de igual manera el Art. 20 de la ley 1797 de 2016 el cual expone los motivos y la forma por los cuales el Gerente de la Empresa Social del Estado podrá ser retirado del cargo:

**ARTÍCULO 20. Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado.** Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, **sólo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.** (negrilla fuera de texto).

De la norma anterior es evidente que, las funciones delimitadas para los gerentes o directores de las ESE corresponden a aquellas para los cargos de libre nombramiento y remoción a partir de la perspectiva de los criterios orgánico y subjetivo, toda vez que: **(i)** están asociadas al diseño y responsabilidad política de la ejecución de la política pública en salud dentro de la entidad territorial de su competencia; pero además, **(ii)** la presidencia de la Junta Directiva en el orden territorial está a cargo de los gobernadores o alcaldes, lo cual tiene todo el sentido por ser aquellos los últimos responsables de la prestación del servicio de salud. A tal Junta, como órgano de superior dirección y administración, le corresponde "ejercer la orientación de la actividad que le es propia al respectivo ente" y, por ello, de los gerentes o directores, por lo que la relación entre estos y los jefes de las entidades territoriales es de confianza para implementar las políticas planteadas por estos últimos.

Sin embargo, en lo relativo al retiro del servicio, la norma prevé una exigencia para el Gerente de una E.S.E., en que solamente podrá ser retirado del cargo por el Nominador al momento de tener una calificación Insatisfactoria del Plan de Gestión, o por destitución de la Contraloría por un proceso fiscal, por la Procuraduría General de la Nación como consecuencia de un proceso disciplinario o por una orden judicial, circunstancias estas que no se avizoran en este trámite Constitucional, pues de las pruebas allegadas de las instituciones en cita y de manera especial de la Junta Directiva en ninguna de ellas se evidencia la configuración de la causal prevista en la norma para que se de el retiro del cargo de la hoy accionante por destitución por calificación insatisfactoria.

Ahora, en el caso concreto, podemos observar que el acto administrativo no se basa sobre alguna causal que de motivo al retiro o destitución del cargo de la Dra. Luz Neyla Ospino Villarreal como Gerente de la E.S.E Hospital Nuestra Señora Santa Ana, dado que se puede evidenciar como ya se indicó que de las pruebas anexas al expediente que la accionante obtuvo en la última reunión del plan de gestión una calificación satisfactoria, no dando lugar a que se expidiera la orden de destitución por el nominador ni por ningún ente de control, encontrando este Juzgado que el acto administrativo expedido por el Alcalde no se basó en hechos objetivos.

En ese sentido, la Sentencia 00063 de 2017 del Consejo de Estado señaló que:

*Por su parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, anteriormente mencionado, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha sostenido, esto es, debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y en donde la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, en concordancia a lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.<sup>5</sup>*

***Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio, se presumen expedido con fundamento en supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional y con el único objetivo de demostrar que el motivo determinante para la desvinculación, fueron razones diferentes al buen servicio público y al interés general. (Negrillas fuera de texto).***

Por lo anterior, es importante tener en cuenta que el Alcalde no es la persona autorizada para realizar la destitución del cargo de un Gerente, puesto que solo se encuentra facultado para retirar del cargo a la Gerente de la ESE por motivos de una calificación insatisfactoria del Plan de Gestión, la cual se rige bajo los parámetros de la ley 1438 de 2011, la cual en su artículo 74 expone:

" (...)

***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 éste, la remoción del director o gerente aún 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. (...)"***  
(negrilla fuera de texto).

Conforme a lo dicho y revisado el paginario, se reitera que de la lectura del acto administrativo en su motivación, por el que ordenó el retiro de la señora Luz Neyla Ospino Villarreal en calidad de Gerente de la E.S.E hospital Nuestra Señora Santa

Ana, viola al principio de legalidad con que deben estar revestidos las actuaciones administrativas, pues el Alcalde, quien expide el acto con falsa motivación ante el conocimiento que tenía de la calificación satisfactoria de 4.48 sobre 5 obtenida de la Junta Directiva, dado que él la firma, con lo que se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social de la accionante e igualdad, pues se torna evidente la violación de las norma superior y de orden legal que se invocan como violentadas.

### **PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Doble condición**

*El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.*

A más de lo anterior, el acto administrativo Resolución N°068 del 10 de Octubre de 2022, es flagrantemente violatorio del derecho de defensa, pues no se consignó en el los recursos administrativos que procedían contra dicha decisión previstos en EL Art. 74 del C.P.A.C.A., lo que le permitía de alguna manera ejercer su derecho de defensa, lo cual torna igualmente ilegal dicha Resolución por no garantizar los principio de legalidad y contradicción, muy a pesar de que la accionante hizo uso de su derecho de recurrir dicho acto.

Por ende, este despacho al estudiar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Santa Ana Magdalena, que resolvió la acción constitucional, se vislumbra que el acto administrativo N°068 tiene un origen ilegal constitutivo de violación de los derechos fundamentales de la accionante.

Así mismo se vislumbra, que se quebranta el derecho fundamental al trabajo asociado al principio de estabilidad laboral reforzada ante la calidad de pre pensionada que la accionante ostenta, al ser una mujer de 55 años y 10 meses de edad vinculada al sistema de primera media con prestación definida RPM, encontrándose a menos de tres (3) años de cumplir con las 1.300 semanas exigidas por la ley, contando en la actualidad con 1244 semanas y a poco más de un año para reunir los requisitos para obtener la calidad de pensionada, por lo que el retiro irregular de su trabajo la afectara irremediamente sobre la base a tener en cuenta para la liquidación de su pensión.

Se tiene que la Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades al derecho a la estabilidad laboral reforzada con que cuentan las personas que están próximas a cumplir con los requisitos para pensionarse (3 años), con el fin de garantizar los derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital por ser las más vulnerables.

Adicionalmente, la Corte ha sostenido que no basta con ostentar la calidad de prepensionado para gozar de esta protección, pues además se requiere que la terminación del vínculo laboral ponga en riesgo derechos fundamentales tales como el mínimo vital, debido a la edad en que se encuentra quien es retirado de su puesto de trabajo, lo cual podía conllevar a que le fuera difícil conseguir un nuevo empleo y

por ende satisfacer las necesidades básicas de un hogar, tal como lo sostuvo en las sentencias de tutelas T-357 y T-638 de 2016.

No obstante lo anterior, este criterio sufrió un cambio jurisprudencial de manera más reciente, como quiera que, en la Sentencia SU-003 de 2018, restringió el nivel de protección de las garantías fundamentales de los prepensionados al excluir de ese grupo poblacional a aquellas personas que cumplen el requisito de densidad en las cotizaciones.

En dicho pronunciamiento, unificó su jurisprudencia en cuanto al alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable planteando que *"... cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez"*

Se concluye entonces que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional vigente, el derecho a la estabilidad laboral reforzada del prepensionado, se garantiza exclusivamente a aquel trabajador que le faltare menos de tres años para cumplir el requisito de densidad en las cotizaciones. Preciso que tal criterio, ha sido pacíficamente aceptado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como por la Jurisdicción Ordinaria, lo cual aplica para el presente caso.

Descendiendo al caso concreto, pese al carácter vinculante y fuente material de las sentencias de unificación y de sus efectos en el tiempo, considera este Juzgado que es aplicable a este evento donde existe una actuación administrativa con falsa motivación de ineficiencia administrativa que sirvió de sustento para la terminación de la relación laboral de la accionante, siendo que a la misma le faltan semanas de cotización y la edad inferiores a los tres años de cotizaciones y edad como exigencia para que se abra paso la garantía a la estabilidad laboral reforzada de una prepensionada, con lo que de paso se configura un perjuicio irremediable para ella, de no garantizársele sus derechos conculcados, lo que lleva a éste juzgado a tutelar los derechos fundamentales solicitados en protección de manera transitoria y se procederá a suspender los efectos de la resolución N. 068 del 10 de Octubre de 2022, y concederá el termino de cuatro (4) meses a la parte accionante Dra. Luz Neyla Ospino Villareal, para que acuda a las acciones contenciosas administrativas con que cuenta, y se ordena la restitución de ella al cargo de gerente de la E. S. E. Hospital Nuestra Señora de Santa Ana, que venía desempeñando y sin solución de continuidad, hasta tanto la jurisdicción contenciosa resuelva la acción contenciosa, se venza su periodo o se tomen las medidas cautelares del caso, orden esta que será de cumplimiento inmediato.

Ante lo expuesto y ante la posible o presunta comisión del delito de prevaricato por acción, abuso de poder y falsedad en que pudo haber incurrido el Alcalde Municipal de Santa Ana, Magdalena al expedir un acto administrativo con falsa motivación ante la existencia de calificación satisfactoria para el periodo 2021 y no existiendo orden de autoridad competente para sepárala del cargo se compulsara copia a la Fiscalía Delegada para la Administración Pública de la Fiscalía General de la Nación de la ciudad de Santa Marta, debiéndose remitir copia de la acción de tutela, junto con la calificación de la Dra. LUZ NEYLA OSPINO VILLAREAL y del Concepto de la Junta Directiva de la E. S. E. Hospital Nuestra Señora de Santa Ana, Magdalena.

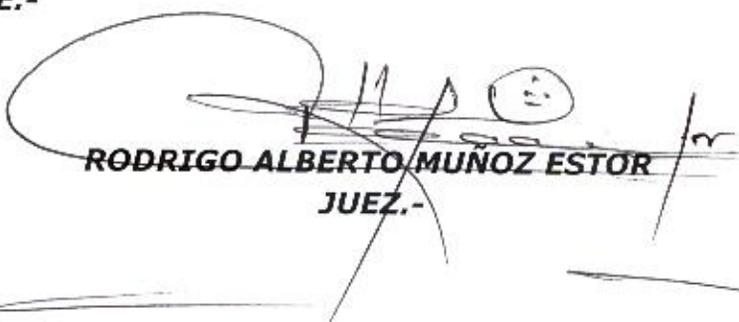
En ese orden de ideas se **REVOCARÁ** en su integridad el fallo de tutela de fecha octubre veintiséis (26) del año dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Santa Ana Magdalena, dentro de la acción de tutela incoada por Luz Neyla Ospino Villarreal contra la Alcaldía Municipal De Santa Ana, Magdalena, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO UNICO CIVIL DEL CIRCUITO DE EL BANCO, MAGDALENA**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

### **RESUELVE.-**

- 1.- REVOQUESE-**, el fallo de tutela de fecha octubre veintiséis (26) del año dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Santa Ana Magdalena, dentro de la acción de tutela incoada por Luz Neyla Ospino Villarreal contra la Alcaldía Municipal De Santa Ana, Magdalena, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia
- 2.- TUTELESE** los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, debido proceso, estabilidad laboral reforzada solicitados en protección en favor de la accionante LUZ NEYLA OSPINO VILLAREAL, de manera transitoria y se procederá a suspender los efectos de la resolución N. 068 del 10 de Octubre de 2022, concediéndosele el termino de cuatro (4) meses a la accionante en cita, para que acuda a las acciones contenciosas administrativas con que cuenta hacer valer sus derechos. Y se le ordena al señor Alcalde Municipal de Santa Ana, Magdalena, como a la junta directiva la restitución de la accionante en cita al cargo de Gerente de la E. S. E. Hospital Nuestra Señora de Santa Ana, que ha venido desempeñando y sin solución de continuidad, hasta tanto la jurisdicción contenciosa administrativa resuelva la acción a que acuda, o se venza su periodo en el cargo, orden esta que será de cumplimiento inmediato.
- 3.- COMPÚLSESE** copia a la Fiscalía Delegada para la Administración Publica de la Fiscalía General de la Nación de la ciudad de Santa Marta, para que se sirva investigar la posible o presunta comisión de los delito de prevaricato por acción, abuso de poder y falsedad en que pudo haber incurrido el Alcalde Municipal de Santa Ana, Magdalena al expedir un acto administrativo con falsa motivación ante la existencia de calificación satisfactoria para el periodo 2021 y no existiendo orden de autoridad competente para sepárala del cargo, debiéndose remitir copia de la acción de tutela, junto con la calificación de la Dra. LUZ NEYLA OSPINO VILLAREAL y del Concepto de la Junta Directiva de la E. S. E. Hospital Nuestra Señora de Santa Ana, Magdalena.
- 4.- NOTIFÍQUESE** a las partes dentro del presente trámite de tutela, por el medio más expedito y eficaz a las partes como al juzgado de primera instancia.
- 5.- REMITASE**, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnado el presente fallo de tutela dentro de la oportunidad legal.-

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.-**

  
**RODRIGO ALBERTO MUÑOZ ESTOR**  
**JUEZ.-**