



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD
SOLEDAD – VEINTITRÉS (23) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICACIÓN: 2022-0561 (S.I. 2023-0027-01)

ACCIONANTE: ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS

ACCIONADO: ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO- SECRETARIA DE SALUD

VINCULADO: HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARÍA MAGDALENA

ASUNTO A TRATAR

Se decide la impugnación a que fuere sometido el fallo de tutela del 16 de enero de 2023, proferido por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE MALAMBO, dentro de la acción de tutela instaurada por ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS, en contra de la ALCLADIA MUNICIPAL DE MALAMBO-SECRETARIA DE SALUD por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a ELEGIR Y SER ELEGIDO y de PARTICIPACIÓN.

HECHOS

El accionante expresa como fundamentos del libelo incoatorio los que se exponen a continuación:

1. En la actualidad me desempeño como Subdirector Administrativo y Financiero de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA.
2. El día 23 de septiembre del 2022, fui designado como representante de los empleados del área administrativa ante la junta directiva de E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO.
3. La mencionada designación se dio, dado que en la entidad existen tres cargos de profesionales administrativos, llamados a participar en la elección de un miembro de junta directiva por dicho sector. Dichos cargos son:
 - Subdirector Administrativo y financiero: cargo que desempeño en la actualidad
 - Jefe de Talento Humano: VACANTE (las funciones de dicho cargo se encuentran encargadas en cabeza del señor Ricardo Torres)
 - Profesional Universitario – Contador: cargo en el cual se encuentra nombrado el señor RICARDO TORRES MORALES.
4. El periodo del Representante de los empleados de la parte administrativa ante la junta directiva de E.S.E HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO, se encontraba vencido y su anterior representante, el señor RICARDO TORRES MORALES, manifestó su deseo de **no volver** a postular su nombre para esta dignidad, y al encontrarse vacante el cargo de Jefe de Talento Humano de la entidad, solamente quedaba mi cargo con el perfil para representar el sector administrativo en la Junta Directiva, por lo cual se procedió a mi designación como tal.
5. Una vez expedida la resolución 272-22 del 23 de septiembre del 2022, “**POR MEDIO DEL CUAL SE DESIGNA EL REPRESENTANTE DE LOS EMPLEADOS DEL ÁREA ADMINISTRATIVA ANTE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARÍA MAGDALENA**” procedí a remitirla a la secretaría de salud del municipio, junto con la documentación pertinente para que se realizará mi acto de posesión, según lo establecido en los estatutos del mencionado cuerpo colegiado.
6. Radique documentos en la secretaría de salud municipal el día 27 de octubre del 2022, aportando la resolución de nombramiento, hoja de vida completa, certificados de antecedentes, resolución del encargo del señor RICARDO MORALES como jefe de la oficina de talento humano, y carta expedida por el mencionado señor en la cual manifiesta su deseo de no postular sus nombre para la elección como representante de los administrativo ante la junta directiva de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO- SANTA MARIA MAGDALENA.
7. Una vez radicado los documentos, el día 31 de octubre del 2022, la secretaría de salud del municipio, solicita una documentación que ya se había aportado, pero que nuevamente fue remitida. Se aporta con este escrito la mencionada respuesta

8. El día 2 de noviembre del 2022 se radica la respuesta y se aporta nuevamente la documentación. Se adjunta con este escrito el mencionado memorial.
9. El dia 11 de noviembre de la presente anualidad, se envía por parte de la secretaria de salud un memorial en el que manifiesta que la resolución 272-22 del 23 de septiembre del 2022 se expidió con normas no vigente es decir normas derogadas, pero a través de memorial radicado el 16 de noviembre del 2022, se le dieron la explicaciones del caso anotando que el decreto 780 de 2016, es un decreto compilatorio en el que se compilo el decreto 1876 de 1994, y el decreto 2993 de 2011, en la mencionada respuesta se estableció lo siguiente:

"Teniendo en cuenta el comunicado HML-OF-321 2022, en que la gerencia de la E.S.E indica que el señor ALEJANDRO MARIO CASTILLO MANOTAS, identificado con cedula de ciudadanía No. 1129572470 ha sido elegido como representante de los empleados del área administrativa de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA, en aras de verificar el cumplimiento del debido proceso durante la elección de este representante me permito solicitar:

1. *Definir si se dio cumplimiento a lo establecido en el concepto de la DAFP, en el artículo 70 de la ley 1438 de 2011, en el artículo 5 de decreto 2993 de 2011, entregando los soportes de la convocatoria y elección del señor Castillo Manotas, ya que es importante tener en cuenta que de acuerdo a las normas mencionadas previamente primero solo se puede designar directamente al representante de los empleados del área administrativa de la E.S.E, "cuando en la empresa social del estado solo existe un solo empleado público profesional del área administrativa" y aunque esta condición no está certificada por el jefe de talento humano de su institución se deduce de la lectura del oficio que hay más de un empleado administrativo y segundo ya que en la misma norma no se indica que el "gerente de la empresa del nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención procederá a realizar la convocatoria para que mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación del personal profesional del área administrativa, o técnicos y tecnólogos del área administrativa (estos últimos cuando no existan profesionales del área administrativa en la entidad) se elija al representante de los empleados públicos del área administrativa en la respectiva junta directiva" es necesario que la ESE HLM se haya desarrollado el proceso de elección ,mediante el proceso de convocatoria mediante voto secreto.*

Con relación a este punto es dable mencionar que la ley 1438 de 2011, en su artículo 70 establece:

ARTÍCULO 70. De la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

Ahora bien el Decreto 2993 de 2011, establece con el asunto lo siguiente:

"ARTÍCULO 5.-Elección del representante de los empleados públicos del área administrativa. Dentro del mes siguiente a la publicación del presente decreto, el gerente de la Empresa Social del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención, procederá a realizar la convocatoria para que mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación del personal profesional del área administrativa, o técnicos y tecnólogos del área administrativa (éstos últimos cuando no existan profesionales del área administrativa en la entidad), se elija al representante de los empleados públicos del área administrativa en la respectiva junta directiva, quien deberá posesionarse ante el Director Territorial de Salud correspondiente, o quien haga sus veces, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.

Podrán elegir y ser elegidos para ser representantes de los profesionales del área administrativa, todos los profesionales que estén posesionados en la entidad en un cargo del nivel directivo, asesor o profesional y posean título profesional en un área del conocimiento diferente a las ciencias de la salud.

De no existir profesionales del área administrativa, podrán elegir y ser elegidos para ser representantes de los técnicas o tecnólogos del área administrativa, todas las técnicas o tecnólogos que estén posesionados en la entidad en un cargo del nivel técnico o asistencial y posean título de técnico o tecnólogo en un área del conocimiento diferente a las ciencias de la salud.

PARÁGRAFO. Cuando en la Empresa Social del Estado sólo existe un empleado público profesional del área administrativa, situación que debe ser certificada por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, recaerá en éste la representación de los empleados públicos del área administrativa en la junta directiva de la institución, lo cual le será informado por el gerente de la entidad. El mencionado funcionario, dentro de los diez (10) días siguientes, manifestará por escrito la aceptación o no, la cual debe ser presentada ante la Gerencia de la entidad.

En el evento en que no acepte, o no manifieste por escrito su voluntad dentro del término indicado, la elección se efectuará entre los empleados públicos del área administrativa que acrediten formación de técnico o tecnólogo; si sólo existe un empleado público con formación de técnico o tecnólogo, lo cual deberá ser certificado por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, recaerá en éste la representación de los empleados públicos en la Junta directiva de la institución, lo cual le será informado por el Gerente de la entidad. El mencionado funcionario, dentro de los diez (10) días siguientes, manifestará por escrito la aceptación o no, la cual debe ser presentada ante la Gerencia de la entidad."

(...)

"De lo anteriormente expuesto se tiene que en los procesos de elección de los representantes de los empleados públicos del área administrativa y asistencial ante la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, solo podrán participar, en cada caso, para elegir y ser elegido, todos los profesionales que estén posesionados en la planta de personal de la entidad en un cargo del nivel directivo, asesor o profesional y posean título profesional en un área del conocimiento diferente a las ciencias de la salud, por lo anterior y de acuerdo a la certificación emitida por el jefe de talento humano de la entidad el cual se encuentra encargado, existen en la E.S.E Hospital Local de Malambo, solo con tres empleados de tipo administrativo, de los cuales un puesto se encuentra vacante el otro lo ostenta el señor RICARDO TORRES MORALES, quien fu el representante de los empleados y segundo lo establecido en la normas en comento no tiene que este no puede ser elegido, y además se anota que a pesar de poder el dia a conocer su voluntad de no querer participar en la elección del representante, por lo que solo quedaría un solo representante al cual se le realiza el nombramiento. Con este escrito se aportan las certificaciones de los empleados de planta del área administrativa y carta de no aceptación para para participar en la elección como representante.

Con relación al punto número 2 en el que usted manifiesta que : " definir si el señor ALEJANDRO MARIO CASTILLO MANOSTAS, identificado con cedula de ciudadano No. 1129572470, cumple con los requisitos establecidos en el numeral 1 del artículo décimo del acuerdo 49 de 1998, en el que indica que de conformidad con el artículo 8 del decreto 1876 de 1994, para poder ser miembro de la junta directiva se deben reunir los siguientes requisitos:1. Los representantes del estamento público administrativo deben poseer título universitario, no hallarse incurso en ninguna de la incompatibilidad o inhabilidades contempladas en la ley, poseer experiencia mínima de dos (2) años en la administración de entidades públicas o privadas en cargo de nivel directivo, asesor o ejecutivo, adjuntando los soportes de lo anteriormente definido, ya que al revisar la HV, adjunta a la comunicación en mención en mención no hay documentos que respalden el cumplimiento de dichos requisitos.

Con relación a este punto se tiene que el día 26 de octubre se adjuntó con los documentos de posesión, la hoja de vida del señor ALEJANDRO MARIO CASTILLO MANOTAS, en la que se aporta experiencias laborales por más de dos años, certificaciones de estudios. Con este escrito se aporta declaración Extra Juicio en que se establece que el señor CASTILLO MANOTAS no se encuentra incursio en ninguna causal de incompatibilidad ni inhabilidad.

10. Mediante memorial de fecha 23 de noviembre del 2022, la secretaría de salud, del municipio de malambo, solicito la revocatoria del acto administrativo No. 272-22 del 23 de septiembre del 2022, por medio del cual se designa el representante del área administrativa ante la junta directiva de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA y se ordene nueva elección manifestando que el decreto 780 del 2016, no es un decreto compilatorio y que el señor ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS, muy a pesar de ser funcionario activo en el cargo de subdirector administrativo y financiero, no cumple con los requisitos señalados en el artículo 10 del acuerdo No. 49 del 3 de diciembre de 1998, ni en el artículo 70 de la ley 1438 del 2011.

"En mi condición de secretaria de Salud Municipal de Malambo, respetuosamente me permito dar respuesta al contenido de la resolución No. 272-22 del 23 de Septiembre del 2022, por medio del cual se designa el representante de los empleados del área administrativa ante la junta directiva de la ESE Hospital Local de Malambo Santa María Magdalena, y resolvió designar al señor ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS, C.C. No. 1.129.572.470, quien se desempeña como subdirector Administrativo y Financiero en la institución, como representante de los empleados del área Administrativa de la ESE Hospital Local de Malambo Santa María Magdalena, ante la junta directiva por un periodo de dos años, contados a partir de su posesión.

Sobre el particular me permito manifestar mi oposición sobre la decisión adoptada por la Gerente de la ESE. Al llevar a cabo la escogencia del nuevo miembro directivo, conforme a lo establecido en el Decreto 780 del 2016.

Para el caso de esta escogencia no es cierto que el Decreto 780 del 2016, es compilatoria, donde se encuentran las normas fuentes, en las que se incluyen las disposiciones legales que dieron origen a la escogencia del miembro directivo de la E.S.E.

Las Normas aplicadas en la resolución No 272-22 del 23 de septiembre de 2022, por medio de la cual se designa al representante de los empleados del área administrativa ante la junta directiva de la ESE del municipio de Malambo es conforme a lo establecido en el Artículo 70 de la ley 1438 de 2011, la cual al tenor establece lo siguiente:

ARTÍCULO 70. De la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

El señor ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS, muy a pesar de ser funcionario activo en el cargo de subdirector Administrativo y Financiero, no cumple con los requisitos señalados en el artículo 10 del Acuerdo 49 del 3 de diciembre de 1998, y mucho menos en el Artículo 70 de la ley 1438 de 2011, siendo así las cosas solicito se revoque en todas sus partes la Resolución No 272-22 del 23 de septiembre de 2022, por medio de la cual se designa al representante de los empleados del área administrativa ante la junta directiva de la ESE Hospital Local de Malambo Santa María Magdalena y se proceda a una nueva escogencia y posterior designación del cargo de junta directiva en mención

Por lo anterior solicito se proceda de conformidad"

11. Es de anotarse que esta la solicitud realizada por el órgano territorial no puede ser tramitada, dado que la Resolución No. 272-22 del 23 de septiembre del 2022, fue expedida conforme a la ley, y no es cierto que mi designación se encuentre cumpla con los requisitos para ser miembro de la junta directiva de la entidad, dado que se encuentra acreditada en mi hoja de vida su experiencia laboral. Me parece que existe una confusión por parte de la secretaría de salud del municipio de malambo, cuando indica en el escrito de fecha 11 DE NOVIEMBRE DEL 2022, que se expido la resolución con normas supuestamente derogadas, pero dentro de la solicitud de revocatoria las menciona y exige requisitos que el decreto compilatorio como es el decreto 780 de 2016, no exige, este decreto solo exige los siguientes requisitos:

"(...)

ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.4. Requisitos para los miembros de las Juntas Directivas. Para poder ser miembro de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales de Salud se deben reunir los siguientes requisitos:

1. Los representantes del estamento político-administrativo, cuando no actúe el Ministro de Salud, el Jefe de la entidad territorial o el Director de Salud de la misma, deben:

- a). Poseer título universitario;
- b). No hallarse incursos en ninguna de las inhabilidades o incompatibilidades contempladas en la ley;
- c). Poseer experiencia mínima de dos años en la Administración de Entidades Públicas o privadas en cargos de nivel directivo, asesor o ejecutivo.

2. Los representantes de la comunidad deben:

Estar vinculados y cumplir funciones específicas de salud en un Comité de Usuarios de Servicios de Salud; acreditar una experiencia de trabajo no inferior un año en un Comité de Usuarios.

No hallarse incuros en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la ley.

3. Los Representantes del sector científico de la Salud deben:

- a). Poseer título profesional en cualquiera de las disciplinas de la Salud, y
- b). No hallarse incuso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la ley.

PARÁGRAFO . La entidad territorial respectiva, a la cual esté adscrita la Empresa Social del Estado, fijará los honorarios por asistencia a cada sesión de la Junta Directiva, para los miembros de la misma que no sean servidores públicos. En ningún caso dichos honorarios podrán ser superior a medio salario mínimo mensual por sesión, sin perjuicio de reconocer en cuenta separada, los gastos de desplazamiento de sus integrantes a que haya lugar.

(Art. 8 del Decreto 1876 de 1994)"

Pero hay que anotarse que en la normatividad traída a colación no se realiza mención alguna con relación a los requisitos que debe poseer el representante del sector administrativo ante la junta de la entidad, por lo que esta ley tiene un vacío que no puede ser exigido, pero en gracia de discusión de la hoja de vida que adjunto se evidencia claramente que cumple con la experiencia idónea y necesaria para ser el representante de la parte administrativa ante la Junta Directiva de la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA, dicha exigencia configura una flagrante violación a mis derechos

12. todas las respuestas y solicitudes realizadas por la secretaria de salud del municipio de malambo, son actos dilatorios con los cuales se violan tajantemente derechos fundamentales.

PRETENSIONES

El accionante manifestó como pretensiones:

POR LOS HECHOS ESGRIMIDOS SE SOLICITA AL SEÑOR JUEZ CONSTITUCIONAL QUE PROCEDA AL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLENTRADOS, TAL COMO SON EL DE ELEGIR Y SER ELEGIDO Y A LA PARTICIPACION, Y SE ORDENE DE MANERA INMEDIATA QUE LA ACCIONADA PROCEDA A RELIZAR LOS TRAMITES PERTINENTES PARA REALIZAR MI POSESION, COMO REPRESENTANTE DE LOS EMPLEADOS DEL AREA ADMINISTRATIVA ANTE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA.

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela correspondió por reparto al JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE MALAMBO, siendo admitida a través de auto del 6 de diciembre de 2022, ordenándose vincular a la entidad HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO “MARIA MAGDALENA y requerir a la accionada y vinculada a fin de que rindieran informe detallado sobre los hechos relacionados en la solicitud de amparo, igualmente requerir al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PUBLICA con el objeto de que conceptuara sobre los presupuestos legales relacionados con los hechos de dicha solicitud.

INFORME HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO “SANTA MARIA MAGDALENA
EIMY LIZ CAMARGO MOLINA, obrando como Gerente de la ESE Hospital Local de Malambo Santa María Magdalena, manifestó:

Que el pasado 22 de septiembre de 2022, al señor Ricardo Torres Morales Contador de la entidad, se le venció el periodo de dos (2) años para el cual fue elegido como Representante de los Empleados Sector Administrativo ante la Junta Directiva de la institución.

Que observada la planta de cargos de la E.S.E. Hospital Local de Malambo Santa María Magdalena existen tres (3) cargos de profesionales del área administrativa, que son aptos para participar en la elección del Representante de los Empleados Sector Administrativo ante la Junta Directiva de la institución, estos son:

- Jefe de la Oficina de Talento Humano, cargo que se encuentra vacante y del cual está encargado el señor Ricardo Torres Morales.
- Subdirector Administrativo y Financiero, cargo que desempeña el señor Alejandro Castillo Manotas, y
- Profesional Administrativo – Contador, cargo desempeñado por Ricardo Torres Morales.

Que el señor Torres Morales, Profesional Administrativo – Contador de la entidad, quien fungió como miembro de la Junta Directiva, hasta el pasado 22 de septiembre de 2022, manifestó por medio de oficio de la misma fecha allegado al despacho de esta gerencia, su intención de no participar en elección alguna para la escogencia del representante de los empleados del sector administrativo ante dicho cuerpo colegiado.

Que, en virtud de ello, de los tres cargos descritos solo habría un empleado apto para ocupar la dignidad de miembro representante ante la Junta Directiva por parte de los empleados del área administrativa, siendo este el señor ALEJANDRO MARIO CASTILLO MANOTAS, Subdirector Administrativo y Financiero de la institución.

Que así mismo el parágrafo del Art. 5º del Decreto 2993 del 19 de agosto de 2011, contempla que cuando en una empresa social del estado solo exista un empleado público del área administrativa, la representación recaerá en ese profesional, la norma es del siguiente contenido:

“Parágrafo. Cuando en la Empresa Social del Estado sólo existe un empleado público profesional del área administrativa, situación que debe ser certificada por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, recaerá en éste la representación de los empleados públicos del área administrativa en la junta directiva de la institución, lo cual le será informado por el gerente de la entidad. El mencionado funcionario, dentro de los diez (10) días siguientes, manifestará por escrito la aceptación o no, la cual debe ser presentada ante la Gerencia de la entidad...”

Que, al existir solamente un profesional del área administrativa en la institución, con vocación para ser designado, lo cual recaía en el nombre del Subdirector Administrativo y Financiero, señor Alejandro Castillo Manotas, se procedió a escoger a este funcionario porque así lo indica la norma antes descrita.

Como puede observarse consideramos que al accionante le asiste la razón en el entendido de que se le está negando el derecho a elegir y ser elegido por cuanto la Secretaría de Salud del Municipio de Malambo bajo pretextos se ha negado a darle posesión al funcionario mencionado el cual fue legalmente designado como Representante de los Empleados sector Administrativo ante la Junta Directiva.

INFORME ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO- SECRETARIA DE SALUD
MARLA ALMENÁREZ CABARCAS, actuando en calidad de secretaria Salud Municipal de Malambo, señaló:

En relación con los hechos y la pretensión tutelar, es del caso aclarar que la secretaría de salud municipal de Malambo ha iniciado acción en contra del accionante, que conlleven a la violación de sus derechos fundamentales.

Como autoridad en materia de salud y formar parte de la Junta Directiva de la ESE de malambo me asiste el deber legal y el derecho de velar por el cumplimiento de la ley y normas en materia de escogencias de miembros a ocupar cargos dentro de la Junta Administrativa.

Es preciso indicar al señor juez de tutela que la Gerente de la ESE Hospital Local de Malambo comunicó a esta suscrita el No de Resolución 272-22, relacionado con la escogencia del cargo como miembro de la junta directiva a favor del accionante.

Lo anterior trajo como resultado la expedición de la resolución No 272-22 del 23 de septiembre del 2022, por medio del cual la ESE Hospital Local de Malambo hace la designación del representante de los empleados del área administrativa ante la junta directiva, es por ello que este Secretaria de Salud Municipal Ordenó una nueva elección y escogencia en fecha 23 de noviembre del presente, solicitando ante la Gerente de la ESE Hospital Local de Malambo la Revocatoria del Acto

Administrativo No 272-22 del 23 de septiembre del 2022, la cual al tenor indica lo siguiente:

**RAZONES DE HECHO Y DERECHO SOBRE LA SOLICITUD DE
REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ESCOGENCIA DEL
REPRESENTANTE DE LOS EMPLEADOS DE ESE HOSPITAL LOCAL DE
MALAMBO**

En mi condición de Secretaria de Salud Municipal de Malambo, respetuosamente me permito dar respuesta al contenido de la resolución No 272-22 del 23 de septiembre del 2022, por medio del cual se designa el representante de los empleados del área administrativa ante la junta directiva de la ESE Hospital Local de Malambo Santa María Magdalena, y se resolvió designar al señor **ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS**, C.C. No 1.129.572.470, quien se desempeña como subdirector Administrativo y Financiero en la Institución, como representante de los empleados del área Administrativa de la ESE Hospital de Malambo Santa María Magdalena, ante la junta directiva de esa entidad por un periodo de 2 años, contados a partir de su posesión.

Sobre el particular me permito manifestar mi oposición sobre la decisión adoptada por la Gerente de la ESE al llevar a cabo la escogencia del nuevo miembro directivo, conforme a lo establecido en el Decreto 780 del 2016.

Para el caso de esta escogencia No es cierto, dado que dicho decreto es Compilatoria, donde se encuentran las normas fuentes, en las que se incluyen las disposiciones legales que dieron origen a la escogencia del miembro directivo de la E.S.E.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE MALAMBO, a través de fallo calendado 16 de enero de 2023 resolvió la solicitud de amparo, declarándola improcedente en atención a que encontró que el accionante no había agotado la vía gubernativa y que tampoco se acreditó un perjuicio irremediable.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora presenta impugnación en contra de fallo proferido en sede de primera instancia bajo los argumentos que se exponen así:

Es de anotarse que el A quo en el fallo de tutela de fecha 16 de enero del 2023, resolvió declarar la acción de tutela improcedente exponiendo que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y sumario creado para la protección de los derechos fundamentales de los gobernados, siempre que ellos resulten amenazados o afectados por entidades particulares o autoridad públicas, ello en virtud, que por ende para hacer uso de este mecanismo constitucional es menester de la inexistencia de otro mecanismos de defensa judicial para garantizar el aparato deprecado o que existe un perjuicio de carácter irremediable para lo cual procederá solo el carácter transitorio, es así como expresa el juez de tutela que le accionante no agoto la vía gubernativa antes de acudir al juez de tutela, dado que la entidad HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO, debió pronunciarse sobre la revocatoria directa presentada por la secretaria de salud, situación procesal que se encuentra debidamente superada, mediante Resolución No. 324-22 del 6 de diciembre de 2022, por medio de la cual la E.S.E. negó por improcedencia la revocatoria directa del acto administrativo al tener el carácter de particular y no haber sido autorizado por el titular de la situación jurídica creada, tal y como establece el artículo 97 del C.P.A.C.A, la fue allegada también a mi correo electrónico y se adjunta copia, puede evidenciarse también por correspondencia enviada por la institución que en innumerables ocasiones se dio respuesta a cada uno de los requerimiento realizado por la secretaria de salud que de manera dilatoria, solicito por tres veces la misma documentación, por lo que si fue agotada la vía gubernativa, por lo que no le asiste razón al honorable juez de tutela de primera instancia .

En cuanto al segundo sustento en el que se basó el juez constitucional para declarar la improcedencia de la acción de la referencia se tiene que dentro del escrito genitor se encuentra probado de manera clara el perjuicio irremediable que se causa por parte la accionada al no darme posesión como miembro de la junta directiva como representante de los empleados administrativos de la entidad, dado que se vulnera el derecho a **elegir y ser elegido**, así como el de **participación** por no contar los empleados del área administrativa de la entidad con quien los represente en asuntos de gran transcendencia como es en la toma de decisiones ante el máximo órgano de la entidad.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la situación fáctica puesta de presente en el acápite de antecedentes consiste en determinar si es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales a **ELEGIR Y SER ELEGIDO** y de **PARTICIPACIÓN** invocados por ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS presuntamente vulnerados por ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO- SECRETARIA DE SALUD, con ocasión de que no se ha realizado la posesión del accionante en el cargo de **REPRESENTANTE DE LOS EMPLEADOS DEL ÁREA ADMINISTRATIVA** ante la Junta Directiva De La E.S.E. Hospital Local De Malambo Santa María Magdalena.

NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por el artículo 23, 44 y 86 de la Constitución Política, Decreto 2591 de 1991. Ley 1155 de 2015, Sentencia T-597/08 Sentencia T-1039/12, Sentencia T-362/15, T-954/14, T-661/14, T- 362 - 2015 entre otras.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela nace como mecanismo de carácter preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales de quienes estén ante situaciones que vulneren los mismo. El constituyente en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 fue claro en cuanto al carácter residual de esta acción constitucional, así en el inciso tercero de dicho artículo señaló "*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.*", quiere decir lo anterior que previo a la implementación de la acción de tutela es necesario que quien considere afectados sus derechos haga uso de los demás medios judiciales puestos a su disposición, o que se esté ante la necesidad de prevenir la ocurrencia de un daño de índole irremediable de los derechos presuntamente afectados, lo

anterior consiste en el requisito de subsidiariedad que debe ser evaluado por el juzgador al momento de establecer la procedencia de la acción constitucional, así como deberá establecerse el cumplimiento del requisito de inmediatez, es decir, que deberá estudiarse si la solicitud de amparo es presentada en un tiempo razonable desde la ocurrencia de los hechos que sirven de base a la acción.

El DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO encuentra su origen constitucional en el artículo 40 de la Constitución Política, en donde se señala el elegir y ser elegido como medio para hacer efectivo el derecho de participación, en sentencia T-232 de 2014, al referirse a este derecho la Corte Constitucional señaló “*Partiendo del supuesto anterior, el derecho a elegir y ser elegido es, entonces, un derecho de doble vía, en el entendido de que se permite al ciudadano concurrir activamente a ejercer su derecho al voto o, también, a postular su nombre para que sea elegido a través de este mecanismo. Para la Corte Constitucional, la primera connotación es sinónimo de la libertad individual para acceder a los medios logísticos necesarios e informativos para participar efectivamente en la elección de los gobernantes, en una doble dimensión de derecho-función*”. En el mismo sentido, la segunda característica, que podríamos llamar pasiva, “consiste en el derecho que se tiene a ser elegido como representante de los votantes en un cargo determinado”.

Ahora bien, en cuanto al carácter de fundamental de los derechos de participación y de su procedencia vía tutela, en sentencia T-369 de 2018, al referirse a los derechos políticos de participación dicha Corporación recordó lo manifestado en sentencia T-1337 de 2001 señalando: “En el mismo sentido, la sentencia T-1337 de 2001, indicó: “La Corte ha sostenido que los derechos políticos de participación son derechos fundamentales, y por tanto, pueden llegar a ser protegidos a través de la tutela, especialmente porque “los derechos de participación en la dirección política de la sociedad constituyen una esfera indispensable para la autodeterminación de la persona, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo”. Como ya lo ha expresado esta Corporación, los derechos políticos ostentan el carácter de fundamentales, situación que ha sido reafirmada por la jurisprudencia y los tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano. Lo que conlleva a que los mismos puedan ser protegidos a través del uso de la acción de tutela.”

De otro lado, en relación a los mecanismos con que cuentan los particulares para hacer efectivo el cumplimiento de un mandato administrativo, tenemos que el artículo 87 de la Constitución Política señala “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”. El citado artículo fue desarrollado por la Ley 393 de 1997 en la que se hace referencia a la Acción de cumplimiento, disponiendo en su artículo 8 dicha norma que “Procedibilidad. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o execute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley...”, mientras que en su artículo 9 señala “Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela...”

La jurisprudencia constitucional al pronunciarse sobre estas acciones en la sentencia SU077 de 2018 indicó “...la acción de cumplimiento es un mecanismo judicial mediante el cual se pretende obtener cumplimiento a mandatos expresos contenidos en normas con fuerza material de ley o actos administrativos. Se trata de una acción subsidiaria respecto de la acción de la tutela, de manera que esta última es prevalente cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de una autoridad. En contraste, cuando la pretensión se dirige a que se garanticen derechos de orden legal o que la administración aplique un mandato legal o administrativo, específico y determinado, procede la acción de cumplimiento.”

CASO CONCRETO

En el presente caso, manifiesta la parte accionante que se presenta vulneración de los derechos fundamentales a ELEGIR y ser ELEGIDO por parte de la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE MALAMBO, lo anterior en atención a la revocatoria del acto administrativo No.272-22 del 23 de septiembre de 2022, mediante la cual se le designaba como representante del área administrativa ante la junta directiva de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA .

Asegura el actor, que se vulneran sus derechos fundamentales por cuanto ya había sido elegido como representante del área administrativa, asimismo que cumplía los requisitos para la elección y además que la elección se hizo de conformidad a lo establecido en el artículo 70 de la Ley 1438 del 2016.

La accionada ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO – SECRETARIA DE SALUD, asegura que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor por cuanto es su deber legal de velar por el cumplimiento de la ley y normas en materia de escogencia de miembros a ocupar cargos dentro de la junta administrativa, en atención a lo anterior, una vez son comunicados de la escogencia del cargo como miembro de la junta directiva a favor del accionante Ordenó una nueva elección y escogencia en fecha 23 de noviembre del presente, solicitando ante la Gerente de la ESE Hospital Local de Malambo la Revocatoria del Acto Administrativo No 272-22 del 23 de septiembre del 2022; lo anterior con fundamento en que muy a pesar de ser funcionario activo en el cargo de subdirector Administrativo y Financiero, no cumple con los requisitos señalados en el Artículo 10 del Acuerdo No 49 del 3 de diciembre de 1998, y mucho menos en el artículo 70 de la ley 1438 del 2011.

Tenemos entonces que por regla general la acción de tutela contra actos administrativos es improcedente, porque el legislador ha establecido para verificar la legalidad de los mismos las acciones contencioso administrativas de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que han sido especialmente diseñadas para garantizar y proteger los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados por manifestaciones de voluntad de la administración. Sin embargo, en casos excepcionales cuando dichos mecanismos judiciales de defensa por las circunstancias del caso en concreto no resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela por su carácter preventivo e inmediato se convierte en el mecanismo idóneo de protección.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera este Despacho que no puede el Juez de tutela conceder la pretensión del actor por cuanto la misma radica en ordenar a la administración a que lo POSESIONE como representante del área administrativa ante la junta directiva del Hospital Local de Malambo, por cuanto esto es asunto de competencia del Juez Administrativo a través de un proceso propio de su naturaleza donde se pueda adelantar un debate probatorio que permita determinar la validez del acto administrativo proferido por la accionada SECRETARIA DE SALUD DE MALAMBO que ordenó la revocatoria del acto administrativo No.272-22 del 23 de septiembre de 2022 mediante la cual se le designaba como representante del área administrativa ante la junta directiva de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA .

Así las cosas, resulta procedente CONFIRMAR el fallo proferido en primera instancia por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE MALAMBO adiado 16 de enero de 2023 dentro de la acción de tutela impetrada por ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS en contra de ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO- SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL de conformidad con lo aquí expuesto.

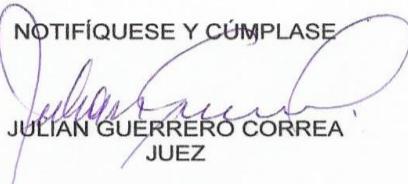
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido el 16 de enero de 2023 por el JUZGADO SEGUNDO PROMISUCO MUNICIPAL DE MALAMBO dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por ALEJANDRO CASTILLO MANOTAS, en contra de la ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO – SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a elegir y ser elegido, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR ésta providencia a las partes, así como al señor Defensor del Pueblo de la Ciudad, al a quo, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: En su oportunidad, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el decreto 2591 de 1.991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JULIAN GUERRERO CORREA
JUEZ

NOTA: SE FIRMA EN FORMATO PDF EN RAZÓN A LOS INCONVENIENTES QUE PRESENTA LA PAGINA DE FIRMA DIGITAL