

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE PIVIJAY - MAGDALENA

Pivijay, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

OBSERVACION PREVIA: teniendo en cuenta las medidas adoptadas por EL Honorable Consejo Superior de la Judicatura, por medio de los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11520 y PCSJA20-11521 de marzo del 2020, por los cuales autoriza el teletrabajo desde las residencias de los jueces y magistrados del país con el fin de evitar el contagio del COVID19, y del mismo modo, acatando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo del 2020, esta providencia podrá llevar la firma digitalizada o escaneada de la Jueza.

ASUNTO

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO contra la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.

ANTECEDENTES

1.- Manifiesta la actora que el 16 de marzo de 2020, en la página web de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA fue publicada la Resolución No. 120 del 13 de marzo de 2020, por medio de la cual se invitaba a los

interesados a participar en la selección para asumir el cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental, para lo cual presentó su currículum.

2.- Aduce que luego de haber realizado el examen de conocimiento, y como consecuencia de su buen desempeño, fue admitida para la siguiente etapa, siendo citada a realizar la entrevista con el Gobernador para el 25 de abril de 2020.

3.- Afirma que fue nombrada como Gerente de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay mediante Decreto Departamental No. 160 del 16 de mayo de 2020 y Acta No. 0102 de la misma fecha.

4.- Refiere que, el 10 de mayo de 2021 recibió correo electrónico por medio del cual fue notificada del Decreto Departamental No. 131 del 6 de mayo de 2021, mediante el cual se aceptaba su renuncia al cargo de Gerente de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay.

5.- Indica la parte actora que, como consecuencia de lo anterior presentó acción de tutela por violación a sus garantías fundamentales, comoquiera que no había firmado renuncia al cargo.

6.- Informa la ciudadana CASTRO BRITTO que el 25 de agosto de 2021 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Pivijay le concedió el amparo constitucional deprecado de manera transitoria, determinación que fue confirmada el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de esta municipalidad.

7.- Manifiesta que, el 4 de octubre de 2021 la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA procedió a emitir el Decreto Departamental No. 286 del 4 de octubre de 2021 a través del cual se le reintegraba al cargo de Gerente.

8.- Afirma MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO que fue reintegrada al cargo el 5 de octubre de 2021 y que luego de ello, el Gobernador expidió el Decreto Departamental No. 004 del 7 de enero del 2022, por medio del cual ordenó de oficio sus vacaciones desde el 11 de enero de 2022 al 31

de enero de 2022 y encargó en el cargo de gerente al doctor Jorge Bernal Conde.

9.- Asegura la demandante que el Decreto Departamental No. 004 del 7 de enero de 2022 se fundamenta en una “*ostensible falsa motivación*”, por cuanto a través de Resolución Interna No. 125 del 24 de mayo del 2021 procedieron a reconocerle y cancelarle las vacaciones causadas del 16 de mayo de 2020 al 16 de mayo de 2021.

10.- Agrega la accionante que las vacaciones correspondientes al año 2022 aún no se han causado, habida cuenta que del 16 de mayo de 2021 al 13 de enero de 2022 solo han transcurrido siete (7) meses y veintisiete (27) días.

11.- Por lo anterior, considera la ciudadana CASTRO BRITTO que han sido vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.

DE LA PRETENSIÓN

Teniendo en cuenta los hechos narrados anteriormente, solicita la accionante lo siguiente:

“PRIMERA: Que se **TUTELE** a mi favor mis derechos fundamentales constitucionales al **DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO, DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL U OBJETIVA** y la **PREVALENCIA DE LA LEY SUSTANCIAL**.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, se ordene al señor Gobernador del Departamento del Magdalena, doctor **CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR**, o quien haga sus veces, para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles proceda a **REVOCAR SU PROPIO DECRETO DEPARTAMENTAL No. 004 DEL 7 DE ENERO DEL AÑO 2.022**, , por **FALSA MOTIVACIÓN** que genera un **VICIO DE NULIDAD ABSOLUTA e INSUBSANABLE**, tal como lo señala el CPACA.

TERCERA: Que se exhorte al señor Gobernador del Departamento del Magdalena, para que en adelante se **ABSTENGA** de seguir con ese tipo de prácticas nocivas que atentan contra el buen funcionamiento y el mejoramiento de la **ESE - HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE**

PIVIJAY – MAGDALENA, con la prestación del servicio a los usuarios y alrededores del Municipio de Pivijay, con programas de prevención y atención a los mismos.

CUARTA: *Todas aquellas que su autoridad considere atinente.*”

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto proferido el 18 de enero de 2022, el Despacho procedió a admitir la demanda de amparo constitucional interpuesta por la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO contra la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA.

Por lo tanto, se dispuso la notificación de la admisión de ésta a la entidad accionada que se pronunciara sobre los hechos y peticiones de la presente acción constitucional dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación del proveído.

Así mismo, se dispuso vincular al ÁREA DE TALENTO HUMANO DEL E.S.E HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY y al Gerente encargado -doctor JORGE BERNAL CONDE-.

En el mismo proveído se resolvió conceder la medida provisional solicitada por la parte actora, en consecuencia se dispuso suspender de inmediato y hasta tanto se emitiera una decisión definitiva en la presente actuación, los efectos jurídicos y la ejecución del Decreto 004 del 7 de enero de 2022, a través del cual se ordenó el disfrute de vacaciones a la Gerente del E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay (Magdalena) MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO y se encargó al doctor Jorge Bernal Conde en el cargo de Gerente por las vacaciones concedidas a la Titular.

Posteriormente, mediante auto de 21 de enero de 2022, en aras de integrar debidamente el contradictorio y garantizar el ejercicio del derecho de defensa, se vinculó al presente trámite al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SECRETARÍA DE

SALUD DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA, OFICINA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, JUNTA DIRECTIVA DEL E.S.E HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY, OFICINA JURÍDICA DEL E.S.E HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY, PERSONERÍA MUNICIPAL DE PIVIJAY y a la PROCURADURÍA REGIONAL DEL MAGDALENA.

RESPUESTA DEL ÁREA DE TALENTO HUMANO DEL E.S.E HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY

Mediante escrito allegado el 20 de enero de 2022 el Jefe de Talento Humano de la entidad vinculada –Alberto Luis Salas Romo- se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la presente acción constitucional indicando que, la Oficina de Talento Humano no ha vulnerado las garantías fundamentales de la parte actora, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que las decisiones que tomaba la Gobernación del Magdalena nacían de una entidad con autonomía administrativa y debía ser ella la llamada a explicar sus actuaciones.

Agregó que la Oficina de Talento Humano no fue notificada por parte de la entidad accionada del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022, por lo que solo ha tenido conocimiento de manera somera sobre lo que aquel ordenaba.

RESPUESTA DE LA GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA

El Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Magdalena –doctor José Humberto Torres Díaz- describió traslado del trámite tutelar manifestando que, la elección de los Gerentes de las E.S.E se encontraba regulada por la Ley 1797 de 2016 y que la accionante había participado en un proceso de verificación de requisitos y competencias y no en un

concurso de méritos en virtud del cual se haya proferido una lista de legibles.

Indicó que mediante Decreto 160 del 16 de mayo de 2020 el Gobernador nombró a MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO en el empleo público de Gerente de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay, quien tomó posesión del cargo en la misma fecha.

Señaló que mediante Decreto 004 del 7 de enero de 2022, el Gobernador del Magdalena procedió a reconocer oficiosamente el disfrute de vacaciones a la Gerente de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay por el término de 15 días hábiles, en el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2022 al 31 de enero de 2022, encargando al doctor Jorge Bernal Conde para proveer la vacante temporal.

Aseguró el Jefe de la Oficina Jurídica que la competencia para conceder, interrumpir o compensar las vacaciones de la Gerente de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay era privativa del Gobernador.

Afirmó que el doctor Jorge Bernal Conde tomó posesión del cargo de Gerente el 11 de enero de 2022 y que, en cumplimiento de lo ordenado por el Decreto 004 del 7 de enero de 2022, compareció a las instalaciones de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay, pero la ciudadana CASTRO BRITTO le impidió el ingreso al hospital, bloqueando la entrada en donde funciona la parte administrativa e impidiendo que el Gerente encargado ejerciera sus funciones.

Informó que la accionante radicó ante el Despacho del Gobernador una solicitud de revocatoria directa contra el Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022 en la cual afirmaba que le habían sido reconocidas y canceladas indemnización de vacaciones para el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2020 al 16 de mayo de 2021 mediante Resolución Interna No. 125 de mayo 24 de 2021, sin que adjuntara la aludida Resolución a su solicitud.

Adujo que la parte actora se rehusó a salir de vacaciones y que se encontraba presuntamente elaborando contratos con fecha de 3 de enero

de 2022. Además refirió que el 17 de enero de 2022 la Procuraduría Regional del Magdalena efectuó una visita al Hospital, durante la cual la ciudadana CASTRO BRITTO reconoció que la competencia para reconocer las vacaciones era del nominador.

Aunado a lo anterior, el Jefe de la Oficina Jurídica aseguró lo siguiente:

“(...) La afirmación en el sentido que la Gobernación Departamental del Magdalena “a través de la RESOLUCIÓN INTERNA No. 125 del 24 de mayo del año 2.021, procedió a reconocerme y cancelarme las VACACIONES causadas del 16 de mayo del 2.020 al 16 de mayo del 2.021” es falsa pues LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA NUNCA HA PROFERIDO ACTO ADMINISTRATIVO PARA RECONOCER Y PAGAR LAS VACACIONES A LA ACCIONANTE CAUSADAS ENTRE EL 16 DE MAYO DE 2020 Y EL 15 DE MAYO DE 2021, ADEMÁS LA RESOLUCIÓN 125 DEL 15 DE ABRIL DE 2021 “POR LA CUAL SE CORRIGE UN YERRO EN LA RESOLUCIÓN 050 DEL 17 DE FEBRERO DE 2021”, NO ORDENÓ EL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES A LA ACCIONANTE.”

Informó la parte accionada que, este Despacho en un tercer intento de notificación remitió con destino a la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA copia de la Resolución 125 del 2021 proferida por la accionante cuando no tenía la calidad de empleada pública, razón por la cual procedió a presentar denuncia para que se investigara la eventual comisión de conductas punibles.

Afirmó que la Jefa de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación expidió certificación de fecha 19 de enero de 2021 en donde se acreditaba que el ente territorial no había proferido ningún tipo de acto administrativo ordenando el reconocimiento de las vacaciones a favor de la empleada pública Mayra Alejandra Castro Britto, que la Resolución 125 de 2021 de la Gobernación del Magdalena fue proferida en abril de dicha anualidad y además que el número consecutivo de las resoluciones para el 24 de mayo de 2021 iba por la centena de 400.

Más adelante precisó lo siguiente:

“Ahora bien, debido a que en el tercer intento de traslado fue remitido un documento que la accionante denominada “Resolución Interna 125 del 24 de mayo de 2021” es de resaltar que el mismo no es un acto administrativo

*pues para la fecha de su expedición la accionante no acreditaba siquiera la calidad de empleada pública. Para determinar el periodo en el cual la accionante no ejerció el empleo público de Gerente de la ESE Hospital Santander Herrera de Pivijay basta leer la presente acción de tutela. En palabras de Castro Britto “SEXTO: De manera sorpresiva, el **diez (10) de mayo del 2.021**, recibí un correo electrónico de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Magdalena, por medio del cual me notifican el Decreto Departamental No. 131 del 6 de mayo del 2.021, donde me manifiestan que fue ACEPTADA MI RENUNCIA del cargo de Gerente de la ESE – HOSPITAL SANRANDER HERRERA DE PIVIJAY – MAGDALENA, renuncia que fue radicada en la Oficina de la Gobernación del Departamento del Magdalena. (...) “Desde el seis (6) de mayo hasta el cuatro (4) de octubre del 2.021 y luego de encontrarme por fuera del cargo de gerente más de quince (15) días y, sólo hasta el cuatro (4) de octubre del año en comento, logré por orden judicial – reitero – el REINTEGRO al cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado varias veces mencionada en este escrito.” Tal y como lo manifiesta la accionante mediante Decreto 134 del 6 de mayo de 2021 le fue aceptada su renuncia al empleo público de Gerente General de la ESE Hospital Santander Herrera de Pivijay acto administrativo que le fue comunicado el 10 de mayo de 2021, es decir desde dicha fecha no ostentaba la calidad de representante legal del Hospital Santander Herrera de Pivijay y solamente mediante Decreto 194 del 13 de julio de 2021 que fue comunicado el 19 de julio de 2021 fue reintegrada en cumplimiento de una orden judicial.”*

Indicó el extremo accionado que el Departamento Administrativo de la Función Pública estableció que el competente para resolver situaciones administrativas era el Gobernador. Sumado a ello, manifestó que el artículo 9 del Decreto 1045 de 1978 aplicable a las entidades territoriales por disposición del Decreto 1919 de 2002, señalaba que las vacaciones solamente podían ser concedidas por Resolución del Jefe del Organismo o de los funcionarios en quienes el delegue tal atribución y que el artículo 12 del Decreto 1045 de 1978, establecía que las vacaciones debían concederse por quien correspondía, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se causara el derecho a disfrutarlas.

De lo anterior concluyó el Jefe Jurídico de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA que la accionante había incurrido en el delito de fraude procesal, solicitando que se negara el amparo e indicando que una providencia no podía soportarse en afirmaciones falaces efectuadas por las partes con la intención de inducir en error al operador judicial.

Prosiguió argumentando que:

“(...) el Decreto 004 del 7 de enero de 2022 fue proferido por el empleado público competente, a saber, el Gobernador Departamental del Magdalena de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 9 y 12 del Decreto 1045 de 1978 aplicable a las entidades territoriales por disposición del Decreto 1919 de 2002; pues como demostró las vacaciones causadas por la prestación del servicio de Castro Britto entre el 16 de mayo de 2020 y el 15 de mayo de 2021, en ningún momento fueron compensadas por la Gobernación Departamental del Magdalena; por lo tanto con su expedición no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la accionante ni el principio de prevalencia de la ley sustancial, en consecuencia la tutela debe ser negada.”

Finalmente el extremo accionado afirmó que la ciudadana CASTRO BRITTO había radicado en el Despacho del Gobernador una solicitud de revocatoria directa contra el Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022, razón por la cual la tutela debía ser declarada improcedente, habida cuenta que la accionante había hecho uso de un mecanismo jurídico pertinente que debía ser decidido por la administración.

**RESPUESTA DEL GERENTE ENCARGADO DE LA E.S.E
HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY –DOCTOR
JORGE BERNAL CONDE-**

El doctor Jorge Bernal Conde allegó contestación al presente trámite constitucional en la que efectuó un relato detallado de lo acontecido en el Hospital Santander Herrera desde el 11 de enero de 2022.

Indicó el doctor Bernal Conde que al ser notificado del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022 procedió a posesionarse como Gerente encargado del Hospital Santander Herrera de Pivijay.

Señaló que el mismo 11 de enero de 2022 se desplazó hasta la sede administrativa del hospital y allí la accionante CASTRO BRITTO le manifestó que desconocía la legitimidad del Decreto y que no le permitiría asumir el encargo ni cumplir con sus funciones, negándose a suscribir un acta de entrega del cargo.

Aseguró que al siguiente día se volvió a trasladar al hospital pero encontró nuevamente el área administrativa cerrada, razón por la cual se comunicó con el Presidente de la Junta Directiva, quien convocó a una sesión extraordinaria que se llevó a cabo el 12 de enero de 2022, en la cual lo ratificaron y reconocieron como actual Gerente encargado de la institución.

Agregó que los días 13 y 14 de enero de 2022 tampoco se permitió su ingreso a las instalaciones del establecimiento, frustrándose un nuevo intento de ejercer las funciones como Gerente encargado y poder cumplir con la prestación de los servicios para la comunidad.

Afirmó el doctor Bernal Conde que la Comisión Delegada de la Secretaría de Salud Departamental se desplazó hacia las áreas de prestación de servicios, encontrando afectación en el área de consulta externa con pacientes que esperaban al médico especialista de medicina interna.

Aunado a lo anterior, adujo que era evidente que el incumplimiento del ordenamiento jurídico y el riesgo de la vida institucional del Hospital obedecía a la decisión asumida por la accionante.

Acto seguido informó que el 17 de enero de 2022 se llevó a cabo una mesa de trabajo convocada por la Procuraduría Regional del Magdalena en la que se abordaron temas relacionados con la situación de orden público del Municipio y la validez y legitimidad del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022.

Finalmente concluyó su escrito indicando que a pesar de los intentos para poder dar inicio al cumplimiento de sus funciones, ello no ha sido posible por el impedimento permanente de la parte demandante.

RESPUESTA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La entidad vinculada allegó informe a través del cual manifestó que se configuraba una falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en

cuenta que la vulneración de derechos que se alegaba no devenía de una acción u omisión atribuible a esa entidad.

RESPUESTA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El Director Jurídico de la entidad vinculada –doctor Armando López Cortes- se pronunció con relación a los hechos y pretensiones que originaron el presente trámite afirmando que, el Departamento Administrativo de la Función Pública no ha tenido intervención alguna en la situación expuesta en el escrito tutelar, presentándose una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que era procedente tener en cuenta lo dispuesto por el Decreto 1045 de 1978, el cual establecía lo siguiente:

“En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.

ARTICULO 9º. *De la competencia para conceder vacaciones. Salvo disposición en contrario, las vacaciones serán concedidas por resolución del jefe del organismo o de los funcionarios en quienes él delegue tal atribución.*

ARTÍCULO 10. *Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.*

(...)

ARTICULO 12º. *Del goce de vacaciones. Las vacaciones deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas”.*

(...)

ARTÍCULO 18. *Del pago de las vacaciones que se disfruten. El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten será pagado, en su cuantía total, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado. (...)*”

Señaló que conforme a lo anterior, la facultad de otorgar el disfrute de las vacaciones radicaba en el Jefe de organismo o de los funcionarios en que éste delegara y que las mismas podían concederse de oficio o por solicitud del interesado dentro del año siguiente a su causación.

Sumado a lo anterior refirió lo siguiente:

“Por otra parte, frente a la necesidad de que las vacaciones sean reconocidas económicamente antes de ser disfrutadas, la Corte Constitucional mediante sentencia³ se pronunció en los siguientes términos: “En nuestra legislación las vacaciones se erigen como el derecho a un descanso remunerado por las labores desarrolladas al servicio del empleador, quien a su vez tiene el deber de causarlas contablemente, al igual que la obligación de pagarlas al empleado dentro de los términos de ley. Es decir, el empleado tiene derecho al disfrute de un tiempo libre a título de vacaciones, durante el lapso legalmente causado y con el pago previo de ese derecho, pues no sería justo ni razonable el que un trabajador saliera a “disfrutar” sus vacaciones desprovisto del correspondiente ingreso económico. Claro es que unas vacaciones carentes de recursos se tornarían en un hecho contraproducente a los intereses y derechos del titular y su familia, ante la permanencia del gasto que implica su existencia y desarrollo.”

De conformidad con los elementos de juicio expuestos, reiteramos que las vacaciones pueden ser otorgadas oficiosamente por la autoridad competente o a solicitud del empleado, dentro del año inmediatamente siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas, estando supeditado su disfrute a la respectiva causación, puesto que tal como considero la Corte, no sería justo ni razonable el que un trabajador saliera a disfrutar de sus vacaciones desprovisto del correspondiente ingreso económico; lo que quiere decir, que para otorgar el disfrute es necesario tener en cuenta las necesidades del servicio y el derecho que tiene el empleado de gozar de esta prestación.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, las vacaciones deberán concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, las cuales se decretarán para su disfrute reconocimiento y pago por la administración en los términos dispuestos en el artículo 18 del Decreto 1045 de 1978, esto es, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado.”

Finalmente aseguró que en el caso puntual era necesario establecer si el empleado ya contaba con el tiempo de servicios que le permitiera disfrutar del descanso remunerado, determinar si las necesidades del servicio indicaban si era necesario el disfrute de las vacaciones de la Gerente del

Hospital y respetar el derecho a percibir su pago por lo menos con cinco días antes de iniciar su disfrute.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela estimó que no se daban los presupuestos fácticos y jurídicos que conllevaran a evidenciar la existencia de un perjuicio irremediable para la parte actora que le permitirá aplicar la tutela como mecanismo transitorio.

RESPUESTA DE LA OFICINA DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA

La Jefa de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Magdalena describió traslado de la actuación constitucional señalando que, la Resolución Interna No. 125 del 24 de mayo de 2021 por medio de la cual se le concedían vacaciones a la accionante no fue expedida por la Gobernación del Magdalena sino por CASTRO BRITTO, alegando la calidad de Gerente de la E.S.E Hospital de Pivijay.

Agregó que la competencia para otorgar vacaciones de un Gerente de una E.S.E recae sobre el jefe de la entidad territorial, en este caso el Gobernador del Magdalena, de acuerdo a lo establecido en el Decreto No. 1045 de 1978 y en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

Sumado a lo anterior esbozó que la Resolución No. 125 del 24 de mayo de 2021 fue expedida cuando la accionante no ocupaba el cargo de Gerente del establecimiento, pues se le había aceptado su renuncia mediante Resolución No. 131 del 6 de mayo de 2021, comunicada a CASTRO BRITTO el 10 de mayo de 2021.

Concluyó su intervención afirmando que la demandante contaba con mecanismos judiciales idóneos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siendo improcedente la acción de tutela en virtud del principio de subsidiariedad.

RESPUESTA DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

El Ministerio de Salud y Protección Social se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la acción tutelar indicando que esa entidad no había amenazado ni vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora.

Señaló que la acción de tutela tenía un carácter residual y subsidiario, el cual no tenía como fin reemplazar los procedimientos previstos en la legislación para hacer valer los derechos, agregando que si la accionante no se encontraba conforme con la decisión proferida por la administración tenía la posibilidad de agotar en primera instancia la actuación administrativa por intermedio de los recursos de Ley y acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante una acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

RESPUESTA DE LA PROCURADURÍA REGIONAL DEL MAGDALENA

La doctora Wendy Yuranis Torres Berdugo actuando como apoderada de la Procuraduría General de la Nación se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la acción de amparo afirmando que, de acuerdo a la información suministrada por la Procuraduría Regional del Magdalena, recibió de la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO escrito donde describía un acoso laboral por parte de la administración departamental del Magdalena en cabeza del Gobernador, así como la expedición del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022.

Afirmó que frente a los anteriores hechos la Procuraduría Regional del Magdalena decidió intervenir en procura de la prestación efectiva de los servicios de salud a la comunidad, así como en aras de prevenir alteraciones del orden público, por tal razón citó el día 14 de enero de 2022 a mesa de trabajo virtual a todos los actores de la situación. Luego

de ello, citó a una nueva mesa de trabajo presencial el 17 de enero de 2022.

Manifestó que en desarrollo de la diligencia, todos los integrantes expresaron sus puntos de vista, siendo claros en indicar que el interés primario era el mencionado por la Procuraduría General de la Nación – Regional Magdalena, la prestación efectiva del servicio de salud a los usuarios de la E.S.E. HOSPITAL SANTANDER HERRERA en el Municipio de Pivijay, así como en el mantenimiento del orden público en el municipio.

**RESPUESTA DE LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL
DEL MAGDALENA, JUNTA DIRECTIVA DEL E.S.E HOSPITAL
SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY, OFICINA JURÍDICA DEL
E.S.E HOSPITAL SANTANDER HERRERA DE PIVIJAY y
PERSONERÍA MUNICIPAL DE PIVIJAY**

Pese a ser vinculadas al trámite constitucional y notificadas en debida forma, las entidades guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al cual pueden acudir todas las personas para obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares, en los casos en que señale la Ley.

El artículo 86 de la Constitución Nacional señala lo siguiente:

“ARTICULO 86. *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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

Esta acción constitucional se caracteriza por ser residual y subsidiaria, en tanto ella solo procede en aquellos eventos en los que el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial, o cuando existiendo éste, sea presentada de manera transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre el tópico la Corte Constitucional¹ ha señalado lo siguiente:

“El estudio de esta acción, desde el punto de vista de su regulación constitucional, ha permitido a esta Corporación identificar una serie de características que la individualizan. Así, la Corte ha señalado que la acción de tutela se caracteriza por ser un instrumento “i) subsidiario, porque sólo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo, ii) es inmediato, debido a que su propósito es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar, iii) es sencillo, porque no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio, iv) es específico, porque se creó como mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales y por último, v) es eficaz, porque siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo bien sea para conceder o negar lo solicitado.”¹

1 C-483-08. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Junto a las características que definen la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que dicha acción se rige también por los principios de informalidad y de oficiosidad¹⁹¹, los cuales deben orientar la actividad judicial en la materia y ser aplicados al trámite que se le de a la misma durante todas la etapas procesales.

De acuerdo con el principio de informalidad, la acción de tutela no se encuentra sujeta a formulas sacramentales ni a requisitos especiales, que puedan desnaturalizar el sentido material de protección que la propia Constitución quiere brindar a los derechos fundamentales de las personas por conducto de los jueces. Con la implementación de la acción de tutela quiso el constituyente del 91 satisfacer las necesidades de justicia material mediante el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, motivo éste que explica por qué en el caso del amparo constitucional prevalece la informalidad. En aplicación de este principio, la presentación de la acción sólo requiere de una narración de los hechos que la originan, el señalamiento del derecho que se considera amenazado o violado, sin que sea necesario citar de manera expresa la norma constitucional infringida, y la identificación de ser posible de la persona autora de la amenaza o agravio. Adicionalmente, la presentación de la acción no requiere de apoderado judicial, y en caso de urgencia, o cuando el solicitante no sepa escribir, o sea menor de edad, podrá ser ejercida de manera verbal.

El principio de oficiosidad, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el principio de informalidad, se traduce en el papel activo que debe asumir el juez de tutela en la conducción del proceso, no sólo en lo que tiene que ver con la interpretación de la solicitud de amparo, sino también, en la búsqueda de los elementos que le permitan comprender a cabalidad cuál es la situación que se somete a su conocimiento, para con ello tomar una decisión de fondo que consulte la justicia, que abarque íntegramente la problemática planteada, y de esta forma provea una solución efectiva y adecuada, de tal manera que se protejan de manera inmediata los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita si hay lugar a ello.

Con respecto a los principios anotados, en lo que tiene que ver con la legitimación por pasiva de la acción de tutela, la Corte ha manifestado que “en virtud de la oficiosidad e informalidad que orientan el proceso de tutela, esta no puede ser denegada con base en argumentos de tipo formalista o en factores que pueden ser fácilmente superados por decisiones del juez constitucional, ya que, entre sus deberes se encuentra el de vincular al trámite de la acción, a todos aquellos que por disposición legal y constitucional puedan resultar comprometidos en la afectación de los derechos fundamentales del accionante o de sus representados.”¹⁹¹

Tomando en consideración las características y principios señalados, la jurisprudencia constitucional ha concluido que, en principio, todas las acciones de tutela deberían ser admitidas, tramitadas y decididas de fondo por el juez competente¹⁹¹, dado que lo que se encuentra en juego es la definición de protección de derechos fundamentales, sin perjuicio de que el legislador en el ejercicio de su facultad de configuración normativa pueda establecer excepciones.”

DEBIDO PROCESO

El debido proceso ha sido definido como aquél conjunto de garantías destinadas a la protección de los ciudadanos vinculados a una actuación judicial o administrativa, a efectos de que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio.

Ha dicho la Corte Constitucional² lo siguiente:

“Del debido proceso también hacen parte, los derechos a (iv) las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria^[19]; (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez. Esto se hace efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al Ejecutivo y al Legislativo y la decisión se fundamenta en los hechos del caso y las normas jurídicas aplicables.

12. *Como se indicó, el debido proceso cobija el derecho de defensa. Esta garantía supone la posibilidad de emplear todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y pretender una decisión favorable. En virtud de su contenido, todo ciudadano ha de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su estrategia y posición, así como con la asistencia de un abogado cuando sea necesario, de ser el caso proporcionado por el Estado, si la persona carece de recursos para proveérselo por sí misma. La posibilidad de que toda persona pueda emplear todas las herramientas y mecanismos adecuados para defenderse comporta, además, la facultad procesal de pedir y allegar pruebas, de controvertir las que se aporten en su contra, de formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten^[20].”*

La Constitución Nacional ha definido el debido proceso de la siguiente manera:

“ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

2 C-163-19. M.P: Diana Fajardo Rivera.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

CASO CONCRETO

El asunto *sub-examine* hace referencia a la acción de tutela interpuesta por la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO, en contra de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad.

Abordando el caso particular y estudiando detenidamente el legajo procesal, observa el Despacho que el extremo accionante requiere que mediante el mecanismo de tutela, se ordene a la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA se sirva revocar el Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022, a través del cual se ordenó el disfrute de vacaciones de MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO en su calidad de Gerente de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay y se designó a un Gerente encargado.

Previo al estudio de fondo de la acción constitucional que nos ocupa, es necesario verificar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a i) legitimación en la causa por activa, ii) legitimación en la causa por pasiva, iii) inmediatez y iv) subsidiariedad.

En el presente caso, la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO se encuentra legitimada en la causa por activa. La accionante busca el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, los

cuales alega vulnerados por el actuar de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, debe decirse que hace referencia a la capacidad del destinatario de la acción constitucional para ser demandado, ya que está llamado a responder por la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se invoca.

Así pues, en el presente asunto la acción de tutela se dirige contra la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, a quien señala el extremo accionante de vulnerar sus derechos fundamentales con la expedición del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022. En consecuencia, se encuentra legitimada en la causa por activa para actuar en este proceso.

En tratándose del requisito de inmediatez de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha establecido que ésta debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo el hecho catalogado de vulnerador.

En este caso, el Despacho advierte que, mediante Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022 el Gobernador del Magdalena –doctor Carlos Eduardo Caicedo Omar- ordenó el disfrute de vacaciones a la Gerente del Hospital Santander Herrera de Pivijay –doctora CASTRO BRITTO- a partir del 11 de enero de 2022 hasta el 31 de enero de 2022, y designó como Gerente encargado por el mismo periodo al doctor Jorge Bernal Conde.

La demandante interpuso la acción de tutela una semana después de haberse proferido el acto administrativo. Por lo tanto, refulge evidente que se cumple ampliamente con el requisito de inmediatez, siendo razonable el tiempo transcurrido entre la fecha de emisión del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022 y la presentación de la acción constitucional.

En lo atinente al requisito de subsidiariedad, el inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

“(…)

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.

(…)”

De lo anterior se puede y debe colegir que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos cuya protección se invoca, se deberá recurrir a ellos de manera preferente, salvo que se utilice la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre el requisito de subsidiariedad la Corte Constitucional³ ha señalado lo siguiente:

“No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el presupuesto de subsidiariedad debe ser analizado en cada caso concreto. En los eventos en los que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican la procedibilidad de la tutela^[50]:

*(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

*(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otras, el examen de procedencia de la tutela se realiza mediante criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos^[51].

Por lo tanto, el requisito de subsidiariedad señalado en el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa judicial, ni tampoco vaciar las competencias de los jueces competentes en la

3 T-468-20. M.P:Gloria Stella Ortiz Delgado.

jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa. Sin embargo, como se dijo, este requisito debe ser analizado en cada caso concreto.

De este modo, cuando existan otros mecanismos de defensa judicial para salvaguardar los derechos reclamados, el juez constitucional deberá evaluar si estos son idóneos y eficaces para resolver el caso bajo estudio. Asimismo, este también deberá verificar si los medios de defensa judicial idóneos previenen de manera efectiva la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, la acción de tutela solo será procedente si cumple con alguna de las dos hipótesis mencionadas.”

En el caso objeto de estudio, la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, mediante Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022, ordenó de oficio el disfrute vacaciones en favor de MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO – Gerente de la E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay- desde el 11 de enero de 2022 al 31 de enero de 2022 y encargó en el cargo de gerente al doctor Jorge Bernal Conde.

En el Decreto en comento se estableció que contra él no procedían recursos. No obstante, la parte demandante presentó una solicitud de revocatoria directa, al considerar que el mismo era contrario a la Ley y atentaba contra la correcta administración de recursos, solicitud que a la fecha no ha sido resuelta por la administración bajo el argumento de que la promotora no allegó la Resolución Interna No. 125 del 24 de mayo de 2021.

Ahora bien, la accionante interpuso acción de tutela porque consideró que se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. Afirmó para tal fin, que previamente le habían sido reconocidas y canceladas las vacaciones causadas del 16 de mayo de 2020 al 16 de mayo de 2021, por lo que en su decir, no tendría cumplido aún el tiempo de servicio requerido para el reconocimiento de unas nuevas vacaciones.

Zanjado lo anterior, de los elementos de convicción obrantes en la presente actuación se anticipa el fracaso de la acción de tutela propuesta, dada la improcedibilidad del resguardo impetrado, comoquiera que MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO cuenta con otro mecanismo de defensa para cuestionar el Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022, mediante el cual el GOBERNADOR DEL MAGDALENA le ordenó el disfrute

de vacaciones del 11 de enero de 2022 al 31 de enero de 2022.

En ese sentido, el Despacho observa que la accionante tiene la posibilidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para resolver la discusión planteada en este escenario, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, siendo este el escenario idóneo para dilucidar y discutir la legalidad del acto administrativo de cuyo contenido disiente y, en específico su motivación, así como las circunstancias que alude fueron desatendidas allí.

Aunado a lo anterior, la actora cuenta con la posibilidad de solicitar el decreto de medidas provisionales encaminadas a mitigar el presunto agravio que se le ha causado con la expedición del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022, en los términos de los artículos 229 a 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el tópico la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁴ ha señalado lo siguiente:

“2. Delanteramente, se precisa, tal como lo consideró el a quo constitucional, el fracaso de la salvaguarda reclamada, por el incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad porque la interesada debe proponer sus reparos contra las refutadas decisiones, ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en la regla 138 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

“(...) Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo⁵ del artículo anterior (...).”

“(...) Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por

⁴ STC6898-2020. Radicación n.º 11001-02-30-000-2020-00513-01. M.P: Luis Armando Tolosa Villabona.

⁵ Canon 137 C.P.A.C.A. “(...) Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (...).”

este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación (...)”.

Recuérdese, el referido trámite judicial es procedente cuando el acto criticado ha sido expedido: (i) con infracción de las normas en que debería fundarse; (ii) sin competencia; (iii) en forma irregular; (iv) con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; (v) mediante falsa motivación; o (vi) con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

3. Súmese, en el eventual proceso, la promotora puede pedir el decreto de las medidas cautelares que estime pertinentes, a fin de conjurar un posible perjuicio irremediable, con sustento en el precepto 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual:

“(...) Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

“1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible”.

“2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida”.

“3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”.

“4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos”.

“5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (...)”.

Frente a lo discurrido, en pretérita oportunidad precisó esta Colegiatura:

“(...) [P]or tratarse de actos administrativos, el debate acerca de su legalidad cumple suscitarlo ante los Jueces especializados competentes, a través de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con las circunstancias y particularidades que a juicio de la persona interesada, experimentó la situación que generó lo resuelto por la

administración y que es materia de inconformidad, a fin de generar las determinaciones con las cuales se obtenga el restablecimiento del derecho o la reparación directa a que hubiere lugar (...)”⁶.”

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que la promotora no acreditó, ni siquiera alegó la existencia de un perjuicio irremediable grave, inminente y urgente que hiciera necesaria la intervención transitoria del Juez constitucional. A su vez, el Despacho no constató la posible configuración del mismo, puesto que no se advierte que el disfrute de las vacaciones ordenadas por la administración pueda causar un agravio a las garantías constitucionales de CASTRO BRITTO.

Sobre el perjuicio irremediable ha sostenido la máxima corporación en materia constitucional lo siguiente:

“Conforme a estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable, así:

“(...) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”. ^[11]

Así mismo, este Tribunal, ha destacado que cuando se trata de esta hipótesis, el accionante deberá acreditar: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la

⁶ CSJ. STC de 24 de septiembre de 2013, rad. 00676-01.

urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo^{[12],[13]}”

Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto, que hace referencia a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que este “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. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.”^[14]. Así, el juez constitucional deberá efectuar un análisis particular del caso concreto, pues en este podría percatarse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados^[15].

*En síntesis, la acción constitucional no puede desplazar al juez ordinario y solo subsidiariamente, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia, aquella puede invocarse para solicitar una protección transitoria, o una protección definitiva. **Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el peticionario debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez constitucional comprobar la existencia de este elemento.***

Acorde con lo expuesto en precedencia, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, esta resulta improcedente cuando se utilice como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere la protección constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el afectado se enfrentaría a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.”⁷

Más adelante señaló lo siguiente:

“Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios. No obstante, existen situaciones de hecho en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido.

7 Corte Constitucional. T-318-17. M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.”⁸

De acuerdo con la información y documentación allegada en el devenir de la actuación procesal, se insiste, la demandante no alegó ni acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, por lo que no le es dable al Despacho suponer la existencia del mismo ni suplir la carga probatoria que le asistía al presentar la solicitud de amparo.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia⁹ ha sostenido lo siguiente:

“Resulta imprescindible entonces que en el examen previo se constate la presencia de los señalados presupuestos, pero forzosamente se requiere que el supuesto de hecho planteado desvele una situación en la que se hallen ciertamente comprometidos derechos fundamentales, de no ser así, el amparo no puede prosperar, como lo ha sostenido esta Sala al precisar que para la procedencia de este instrumento se requiere:

«(...) el cumplimiento de algunos requisitos, siendo uno de ellos y quizás el primero y más elemental, la existencia cierta del agravio, lesión o puesta en peligro de la prerrogativa constitucional invocada que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de amparo debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o coacción, carece de sentido hablar de la necesidad de la salvaguarda» (CSJ STC5337-2018, 26 abr. 2018, rad. 2018-00023-01, entre otras).”

Por consiguiente, esta vía excepcional y residual no puede considerarse como una herramienta alternativa o adicional a las previstas por el legislador, pues su finalidad no es reemplazar los trámites y procedimientos establecidos en la Ley para la protección de las garantías de los ciudadanos. En consecuencia, no hay razones para argumentar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no sea una vía judicial idónea para salvaguardar los derechos de la accionante, ni tampoco se encontró demostrada la ocurrencia o inminencia de un perjuicio irremediable.

⁸ Corte Constitucional. T-471-17. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. STC1720-2021. Radicación n.º 11001-02-03-000-2021-04465-00. M.P: Luis Alonso Rico Puerta.

Por lo tanto, en este caso no se satisfacen los presupuestos específicos del requisito de subsidiariedad para ordenar la revocatoria del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022, de manera que la tutela debe ser declarada improcedente.

DE LA MEDIDA PROVISIONAL DECRETADA EN AUTO DE 18 DE ENERO DE 2022

Mediante auto de 18 de enero de 2022, este Despacho concedió la medida provisional solicitada por la parta actora. En aquella oportunidad se dispuso lo siguiente:

“(…)

QUINTO: CONCEDER la medida provisional solicitada. En consecuencia, se dispone **SUSPENDER** de inmediato y hasta tanto se emita una decisión definitiva en la presente actuación, los efectos jurídicos y la ejecución del Decreto 004 del 7 de enero de 2022, a través del cual se ordenó el disfrute de vacaciones a la Gerente del E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay (Magdalena) MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO y se encargó al doctor Jorge Bernal Conde en el cargo de Gerente por el término de las vacaciones concedidas a la Titular, proferido por el Gobernador del Departamento del Magdalena. Así mismo, se ordena a la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA que realice de manera inmediata las gestiones tendientes a dar cumplimiento a la presente orden judicial.

(…)”

La anterior determinación se adoptó en aras de precaver la probable vulneración irreversible de las garantías fundamentales de la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO y la emisión de una decisión definitiva inocua, veamos:

“Recuérdese que el Decreto 004 del 7 de enero de 2022 concedió vacaciones a la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO desde el 11 de enero de 2022 y encargó al doctor Jorge Bernal Conde como Gerente del E.S.E Hospital Santander Herrera de Pivijay (Magdalena), vacaciones que se extienden hasta el 31 de enero de la presente anualidad y de las cuales han corrido 6 días, por lo que, se insiste, nos encontramos ante una situación que torna urgente y necesaria la intervención transitoria del Juez

para precaver la posible vulneración irreversible de las garantías constitucionales de quien demanda el amparo, pues el trámite constitucional puede tomarse hasta 10 días, de lo que se puede y debe colegir que cuando se emita una decisión definitiva al interior de la acción constitucional de autos ya la accionante habría regresado a su puesto de trabajo por haber fenecido el término de las vacaciones concedidas.”

No obstante, la medida provisional decretada en el curso de una actuación constitucional no anticipa ni mucho menos condiciona el sentido de la decisión definitiva, pues estas solo son una herramienta del Juez constitucional para intervenir transitoriamente en una etapa primigenia en donde no se tiene certeza de la determinación que finalmente se adoptará.

En ese sentido, al admitirse la acción de tutela y analizar los presupuestos fácticos y jurídicos puestos de presente por la accionante se consideró viable decretar la suspensión de los efectos jurídicos del Decreto No. 004 del 7 de enero de 2022. No obstante, como viene de verse, un análisis minucioso y detallado de los medios de juicio allegados al paginario permitió arribar a la conclusión de que en el presente caso la ciudadana MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para controvertir el acto administrativo antes mencionado, máxime cuando, se itera, no ha sido acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga necesaria e impostergable la intervención del Juez constitucional.

Bajo estos presupuestos, se levantará la medida provisional dispuesta mediante auto de 18 de enero de 2022.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE PIVIJAY (MAGDALENA), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por MAYRA ALEJANDRA CASTRO BRITTO contra la

GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

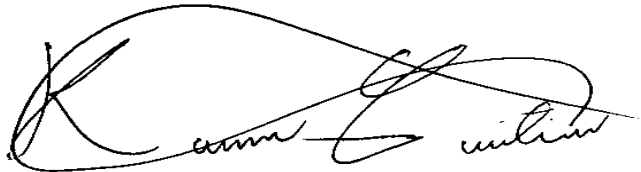
SEGUNDO. - LEVANTAR la medida provisional ordenada mediante auto de 18 de enero de 2022, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por telegrama o por cualquier otro medio eficaz a través del correo electrónico institucional: j02pmpalpivijay@cendoj.ramajudicial.gov.co a más tardar al día siguiente de proferido el fallo, **NOTIFÍQUESELE** el mismo a los interesados

CUARTO. - En contra del presente proveído procede el recurso de impugnación. De no ser impugnada **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Jueza,



KAREN CRISTINA VILLAMIZAR SIERRA