

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014)

Acta No. 156 de 29 de abril de 2014

Expediente No. 66400-31-89-001-2014-00005-02

Procede la Sala a decidir la impugnación que interpuso el Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social "SINDESS", Seccional Risaralda, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, el 7 de marzo último, en la acción de tutela que el recurrente instauró contra la ESE Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, a la que fueron vinculados el Gobernador de Risaralda, el Alcalde de La Virginia y la Jefe Administrativa y Financiera de la referida EPS.

A N T E C E D E N T E S

Los hechos de la demanda admiten el siguiente resumen:

.- Por mandato de la Ley 10 de 1990 se descentralizaron los hospitales; la Ley 100 de 1993 transformó los hospitales en Empresas Sociales del Estado y determinó que la prestación del servicio de salud corresponde a la nación o a las entidades territoriales; el artículo 1° del Decreto 1919 de 2002 estipula que los empleados públicos vinculados a la Rama Ejecutiva a nivel descentralizado gozarán del mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional, igual tratamiento se dispuso respecto del personal de las Empresas Sociales del Estado (artículo 2°); para fijar las distintas escalas salariales en las entidades descentralizadas se aplican los principios de autonomía administrativa y presupuestal y por eso la ESE demandada debe asignar esos valores con sujeción a los estatutos de la entidad y a los límites máximos señalados por el Gobierno Nacional; mediante acta de asamblea de socios se aprobaron los estatutos de la ESE, cuyo artículo 15 establece que corresponde a la junta directiva analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, es decir que le compete fijar los factores salariales de los empleados del hospital.

.- A pesar de ello, el Gerente y la Jefe Administrativa y Financiera del Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, mediante circular 002 de enero de 2014, ordenaron no pagar la bonificación de

servicios prestados y la prima anual de servicios a los funcionarios de la ESE que había autorizado la junta directiva, lo que genera la vulneración al debido proceso; si el Gerente considera que la junta no es competente “para aprobarlos” debe demandar el respectivo acto o solicitar su revocatoria.

Considera el demandante lesionados los derechos al debido proceso, al trabajo y a la seguridad jurídica y para su protección, solicita se ordene revocar la Circular 002 de enero de 2014.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído de 27 de enero del año en curso se admitió la solicitud y se ordenó vincular al Gobernador de Risaralda y al Alcalde de La Virginia y se ordenaron las notificaciones de rigor.

El Gerente de la ESE Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, al ejercer su derecho de defensa, después de citar normas y jurisprudencia que consideró aplicables al caso, concluyó que a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002 los empleados públicos del orden territorial gozan del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, que no incluye la prima de servicios ni la bonificación por servicios prestados que se encuentran clasificados como factores salariales de conformidad con el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978. Aclaró que esa entidad venía cancelando los valores correspondientes a esos conceptos, después de la sentencia C-402 de 2013 dejó de hacerlo porque en esa providencia se señaló que tales factores son de aplicación exclusiva para los empleados del orden nacional; por lo tanto la ESE que representa no puede “abrogarse” unas competencias que la ley no le ha asignado. A su juicio, no ha vulnerado los derechos que se citaron como vulnerados porque los funcionarios públicos de la ESE siguen trabajando con normalidad y percibiendo su salario y las reclamaciones del sindicato accionante pueden ser alegadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como mecanismo principal e idóneo.

El señor Alcalde de La Virginia, por intermedio de abogado, señaló que en este caso la tutela es improcedente en atención al carácter subsidiario y residual que la identifica, toda vez que aquí no aparece acreditado un perjuicio irremediable que posibilite el ejercicio de la acción de amparo para reclamar acreencias prestacionales “porque lo que ha ocurrido es la exclusión de una parte de lo que los funcionarios reciben mensualmente como pago, y no su totalidad”, máxime que en este caso el acto administrativo por medio del cual se ordenó suspender el pago de la bonificación de servicios y el de la prima anual de servicios puede ser demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Gobernador de Risaralda, actuando por medio de apoderado judicial, refirió que no ha vulnerado derechos fundamentales pues en cuanto hace con la administración descentralizada, como es del caso de la ESE Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, no está facultado para establecer o aprobar los ajustes a los salarios y a los factores salariales, cuya responsabilidad recae en su junta directiva. Adicionalmente, como la Circular 002 de enero de 2014 fue dictada por el Gerente de la ESE referida, en ejercicio de sus funciones y dentro de la autonomía administrativa y patrimonial propia de la entidad que representa, no tuvo injerencia alguna en su expedición. Por otro lado, llamó la atención sobre la existencia de otro medio de defensa judicial para proponer el debate aquí planteado.

El 5 de febrero pasado se dictó fallo, el cual arribó a esta Sala para el surtimiento de la impugnación presentada por la parte actora. Sin embargo, en esta sede, por auto de 21 de febrero, se declaró la nulidad de lo actuado desde la sentencia por la falta de integración del contradictorio y se ordenó vincular a la Jefe Administrativa y Financiera de la ESE Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia.

Ésta se pronunció en términos similares a como lo hizo el Gerente de la misma entidad.

Se puso fin a la primera instancia mediante sentencia proferida el 7 de marzo pasado. En ella se declaró improcedente el amparo solicitado. Para sustentar su decisión el juzgado de conocimiento empezó por discurrir acerca de las diferencias que existen entre las prestaciones sociales y los factores salariales para luego indicar que tanto la prima de servicio como la bonificación por servicios prestados hacen parte del grupo de factores salariales que rigen para los empleados públicos del orden nacional, razón por la cual dichos beneficios no pueden ser extendidos a los del orden territorial ya que la fijación del régimen salarial de estos últimos corresponde a los concejos municipales y a las asambleas departamentales. Sobre el caso concreto consideró que no se cumple el requisito de la subsidiariedad ya que la parte actora tiene a disposición otro medio de defensa judicial para proteger los derechos que estima vulnerados por el acto administrativo cuestionado, el cual goza de presunción de legalidad y debe ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Además tampoco aparece demostrado perjuicio irremediable que justifique conceder el amparo de forma transitoria.

La parte actora impugnó la decisión. Alegó que la juez de primera instancia no tuvo en cuenta la historia de los empleados del sector salud y a renglón seguido transcribió las normas a las cuales ya se había referido en su demanda. Luego afirmó que en este asunto la tutela es procedente pues mediante un acto administrativo se

pretende suspender el pago de factores salariales, cuando, de conformidad con la jurisprudencia, los empleados del orden territorial tienen derecho a las mismas prestaciones establecidas para los de la rama ejecutiva del orden nacional "CON FUNDAMENTO EN SUS FACTORES SALARIALES", generando así un perjuicio irremediable a los funcionarios de la ESE, sobre todo a los trabajadores que están próximos a pensionarse, y por eso si bien existe otro medio de defensa judicial, debido a la inminencia del menoscabo, la tutela es viable para subsanar la situación acaecida. De igual forma, se incurrió en una vía de hecho pues dicho acto administrativo no emana de funcionario competente.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela permite a toda persona reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o aun de los particulares, en los casos que reglamenta el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Pretende la parte actora, por vía de tutela, se ordene revocar la Circular No. 002 de enero de 2014, suscrita por el Gerente y la Jefe Administrativa de la ESE Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, en la que se dispuso, a partir de esa fecha, no efectuar los pagos de bonificación por servicios prestados, ni la prima anual de servicios a los funcionarios de esa entidad.

Es sabido que una de las características de la acción de tutela es el constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, en virtud a que solo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial, o cuando aún existiendo, la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual sus efectos son temporales y quedan supeditados a lo que resuelva de fondo la autoridad competente. Por esa razón, el artículo 6º, numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala como causal de improcedencia de la tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial.

De esa manera, para la procedencia de esta excepcional acción es necesario establecer si el supuesto afectado cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y si éste resulta eficaz para protegerlo o si se está frente a un perjuicio irremediable que justifique la intervención inmediata del juez constitucional.

Al respecto dijo la Corte Constitucional:

"Con fundamento en las anteriores normas la Corte Constitucional ha sostenido que, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, el afectado sólo

podrá acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, ya que debe entenderse que esta acción constitucional no puede entrar a sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que esta regla tiene dos excepciones que se presentan cuando la acción de tutela es (i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo ni eficaz para la defensa de derechos fundamentales conculcados o amenazados.

"...

"En principio, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto, ya que para controvertir estos actos el juez natural es la jurisdicción contenciosa administrativa, instancia en la cual los afectados pueden hacer uso de dos mecanismos de defensa.

"De un lado, en ejercicio del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, se puede interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, según el artículo 152, numeral 2° del mismo código, en caso de que sea manifiesta la infracción de una de las disposiciones invocadas, también se puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

"De otro lado, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo dispone que toda persona podrá solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos cuando quebranten las normas en que deberían fundarse, hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

"...

"Sobre la base de lo expuesto, la persona que estime vulnerados sus derechos por un acto administrativo puede solicitar alternativamente la nulidad y restablecimiento del derecho o, en la medida en que esta acción no se ejerza dentro del término legalmente establecido para ello, pedir la nulidad simple del acto, caso en el cual la pretensión debe ser exclusivamente el control de legalidad en abstracto de dicho acto."¹

Así las cosas, puede entonces concluirse que es la jurisdicción contenciosa administrativa la competente para conocer de los procesos en que se controvierta la legalidad de los actos

¹ Sentencia T-956 de 2011. MP. Jorge Iván Palacio Palacio

administrativos de carácter particular y concreto, mediante la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, dentro de la cual resulta posible solicitar la suspensión provisional del acto que se demanda, de conformidad con el artículo 229 de la misma obra.

En consecuencia, no es la tutela el mecanismo idóneo para ordenar se revoque el acto administrativo cuestionado, toda vez que el sindicato accionante cuenta con otra mecanismo de defensa judicial para obtener lo que pretende por esta vía y por eso, tal como lo precisó la juez de primera instancia, la presente acción de tutela es improcedente al incumplir con el presupuesto de la subsidiariedad.

De otro lado, como de manera excepcional procede la acción de amparo contra actos administrativos cuando se verifique la materialización de un perjuicio irremediable, hay que decir que en el asunto bajo estudio no se está frente a situación de tal naturaleza, que justifique la tutela de manera provisional. En efecto, no cualquier perjuicio puede ser considerado como irremediable; solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad requiera de medidas de protección urgentes e impostergables para evitar la ocurrencia de un daño que puede resultar irreversible.

Al respecto ha enseñado la Corte Constitucional²:

“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 estas 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 afín (sic) de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

“En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables...³.

² Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 2008.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-1316 de 2001.

En este caso no surge la evidencia de una amenaza que permita deducir la existencia de un perjuicio que por sus características justifique adoptar medidas urgentes de manera temporal, mientras la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncia al respecto, porque si bien se dijo que los empleados públicos de la ESE Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia están siendo afectados por la suspensión del pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios, no se demostró en qué forma la falta de ese pago afecta el mínimo vital de cada uno de los funcionarios al servicio del hospital, que continúan devengando su salario mensual.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia que por improcedente, negó el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, el 7 de marzo pasado, en la acción de tutela promovida por el Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social "SINDESS", Seccional Risaralda contra la ESE Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, a la que fueron vinculados el Gobernador de Risaralda, el Alcalde de La Virginia y la Jefe Administrativa y Financiera de la ESE referida.

SEGUNDO.- Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO