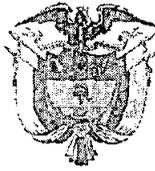


349

RAMA JUDICIA DEL PÓDER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: **Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**

REFERENCIAS:

RADICACIÓN: 25000 23 25 000 2010 00750 00

DEMANDANTE: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE GIRARDOT. Representada por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN SU CONDICIÓN DE LIQUIDADORA.

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y RAFAEL MEDINA PENAGOS.

ACCIÓN: NULIDAD

Procede la Sala de Decisión de la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a dictar sentencia de primera instancia del presente proceso tramitado a través de la acción de nulidad.

I. ANTECEDENTES

La Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación representada por Fiduciaria la Previsora S.A. acudió a la jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tendiente a obtener las siguientes declaraciones y condenas.

1. *"La nulidad del artículo primero del Decreto departamental No. 00033 de 2009, proferido por el Gobernador de Cundinamarca, en lo referente a la supresión del empleo de médico especialista código 213*
2. *la nulidad de la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, por la cual se liquida y ordena el pago de las obligaciones laborales y prestaciones sociales por supresión del empleo.*
3. *la nulidad de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, por la cual se revoca una resolución, se reliquida y ordena el pago de obligaciones laborales y prestaciones sociales, por supresión del empleo"*

4. *en caso de oposición a la presente acción por parte del demandado solicito se condene al pago de las costas y agencias en derecho”.*

1.1 Hechos y omisiones

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas fueron expuestos por el apoderado judicial de la demandante y se resumen de la siguiente manera:

1. Mediante Decreto No. 141 de 2008, el Departamento de Cundinamarca ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

2. El artículo 22 del mencionado decreto, dispuso *“se respetarán los derechos adquiridos por el personal que haya cumplido los requisitos legales para acceder a pensión, aunque hubiese proferido el acto que declare su reconocimiento, quienes permanecerán en planta transitoria hasta que se produzca el reconocimiento efectivo de la prestación por parte de la entidad aseguradora, es decir con su inclusión en la respectiva nómina de pensionados”.*

3. A través de Decreto 0145 de 5 de agosto de 2008, el gobernador del Departamento de Cundinamarca suprimió los cargos de la planta de personal de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot y creó la planta transitoria para los servidores públicos que gozaban de los beneficios del retén social (madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, discapacitados y prepensionados).

4. Dentro de la mencionada planta transitoria, se incluyó el cargo de médico especialista - código 213, desempeñado por el señor Rafael Medina Penagos, persona que acreditó la condición de prepensionado.

5. El 24 de marzo de 2009, el gobernador de Cundinamarca profirió el Decreto No. 00033 *“por el cual se modifica la planta transitoria de empleos de la empresa social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación”*, a través del cual, entre otras cosas, suprimió de la planta transitoria, el cargo de médico especialista - código 213, por cuanto, al decir de la entidad accionada, el señor Medina Penagos no cumplía presuntamente con los requisitos legales de pre pensionado.

6. El 26 de marzo de 2009, la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación a través agente liquidador - FIDUPREVISORA S.A., profirió la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, que liquidó y ordenó el pago de unas acreencias laborales y prestaciones sociales a favor del señor Rafael Medina Penagos, con ocasión de la supresión del cargo.

350

7. Posteriormente, se expide la Resolución 542 de 3 de abril de 2009, que revocó la resolución mencionada en el numeral anterior, y efectuó la reliquidación ordenando el pago de obligaciones laborales y prestaciones sociales por supresión del empleo a favor del señor Medina Penagos.

Advierte que con ocasión de esta resolución, la administración no ha efectuado erogación alguna.

8. Con posterioridad, el Departamento de Cundinamarca, profirió el Decreto 0098 de 5 de junio de 2009, a través del cual modificó una vez más, la planta transitoria de empleos de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot, e incluyó entre otros cargos, 6 empleos de médico especialista – código 213.

9. Seguidamente, el Departamento de Cundinamarca profiere el **Decreto 101 de 8 de junio de 2009**, el cual creó una planta transitoria en la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca.

Dicha planta tendría como objeto mantener la vinculación de los trabajadores de la E.S.E., que al término del proceso liquidatorio tenían "*derechos consolidados y con trámite ante la entidad aseguradora para obtener una pensión*". En esta última planta transitoria, fue también previsto el cargo de médico especialista – código 213; empleo que, según lo establece en forma expresa el acto administrativo, sería ocupado por el señor José Rafael Medina Penagos y su retiro se produciría únicamente al materializarse su inclusión en la nómina de pensionados.

9. Mediante Resolución No. 581 de 8 de junio de 2009, el agente liquidador de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot, dispuso el reintegro del señor Medina Penagos, al cargo de médico especialista - código 213, ordenándose el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el 26 de marzo de 2009 (fecha en la que se hizo efectivo su retiro del cargo por supresión).

10. Precisó que el señor Medina Penagos se mantuvo en la planta transitoria hasta el momento en que se produjo la inclusión en nómina de la pensión que le fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: artículos 25 y 45 de la Constitución Política de Colombia.

LEGALES: Decreto 254 de 2020, artículo 8º de la Ley 1105 de 2006.
Decreto departamental No, 141 de 2008.

El apoderado judicial del demandante estructura el concepto de violación así:

Adujo que, el trámite del proceso liquidatorio debió sujetarse de manera rigurosa a lo establecido en el Decreto Departamental 00141 2008, mediante el cual se dispuso la supresión y se ordenó la liquidación de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot; acto administrativo que ordenó en su artículo 22 que, permanecerían hasta su liquidación, en la planta transitoria de la entidad las personas sujeto de la especial protección, denominada "retén social" hasta la culminación de la liquidación de la E.S.E.

Siendo ello así, consideró que, aparece palmario el vicio de nulidad del artículo 1º del Decreto 0033 de 24 de marzo de 2009, en tanto dispuso la supresión del cargo de médico especialista - código 213 ocupado por el señor José Rafael Medina Penagos, quién tenía la calidad de prepensionado, pues consolidó su derecho en el curso del proceso de liquidación de la E.S.E., y por ello, debía permanecer en la planta de empleos hasta que se produjera el acta de liquidación final.

Explicó que *"lo que se pretende con el ejercicio de la presente acción, es la declaratoria de nulidad de los actos demandados en procura de obtener que los actos administrativos demandados salgan de la vida jurídica definitivamente, es decir que como quiera que con ocasión de su expedición mi representada no ha debido asumir ninguna erogación, su propósito al ejercer la presente acción es lograr el imperio del principio de legalidad en las actuaciones administrativas"*.

Así mismo, dijo que *" el hecho de que los actos administrativos demandados hayan perdido su fuerza ejecutoria, por haber desaparecido los fundamentos de hecho y de derecho que les daban sustento - la supresión del cargo-, ello solo significa que perdieron 1 de sus elementos - el de la ejecutividad -, pero ello no es óbice para que mediante sentencia de fondo la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se pronuncia sobre su legalidad en la forma como se solicita con la presentación de esta demanda"*.

1.3 Contestación de la demanda.

1.3.1 Gobernación de Cundinamarca,

La entidad fue debidamente notificada, tal y como obra folio 112 del expediente, sin embargo, no contestó la demanda.

351

1.3.4 José Rafael Medina Penagos.

El señor Medina Penagos, actuando a través de apoderado judicial contestó la demanda dentro del término de fijación en lista, y solicitó que fueran negadas las pretensiones de la demanda (fs. 116 a 135).

El profesional del derecho explicó que, el señor Medina Penagos sostuvo dos relaciones laborales con la administración. La primera de ellas con la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot, la cual finalizó como consecuencia de la supresión del cargo por medio del Decreto No. 033 de 2009. Y, como consecuencia de la terminación de la relación laboral, a través de la Resolución No. 508 de 23 de marzo de 2019, revocada por la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, le fueron reconocidos los salarios, prestaciones sociales e indemnización por supresión del cargo.

Indicó que la segunda relación laboral se produjo entre el accionado y la planta transitoria de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación, con ocasión del Decreto 0098 de 5 de junio de 2009, el cual creó un cargo con denominación similar al suprimido mediante el Decreto 033 de 24 de marzo de 2009.

Adujo que el señor Rafael Medina Penagos se opuso a la revocatoria directa de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, por considerar que la indemnización por supresión allí reconocida es legal, habida consideración que tiene origen en la supresión del empleo. Sin embargo, explicó, que la administración profirió la Resolución No. 581 de 8 de junio de 2009, a través de la cual, visto el contenido del Decreto 098 de 5 de junio de 2009, ordenó "un supuesto reintegro" del demandado al cargo de médico especialista – código 213 y en forma concomitante, el pago de los salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir entre el 26 de marzo de 2009, fecha de la desvinculación.

Explicó que, según el contenido del Decreto Departamental 141 de 25 de julio de 2008, la liquidación de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot, culminaría el 25 de abril de 2009, fecha para la cual, el señor Medina Penagos, no habría cumplido los requisitos para ser considerado como prepensionado, y por ello, la desvinculación ordenada por el Decreto 0033 de 24 de marzo de 2009, se ajusta derecho y en tal sentido, también lo son los actos administrativos que le reconocen la indemnización por supresión.

Aseveró que, la prórroga del término de liquidación, dispuesta por 45 días más en el Decreto Departamental 00040 de 22 de abril de 2009, en nada modifica la falta de condición de prepensionado que tenía el accionado al momento de iniciar el proceso de liquidación de la E.S.E.

Consideró que declarar la nulidad pretendida, resultaría violatorio del artículo 53 de la Constitución nacional, en tanto no se puede desconocer que el empleo ocupado por el accionado fue efectivamente suprimido y como consecuencia de ello se dictaron las resoluciones por medio de las cuales se reconocieron prestaciones económicas en su favor; actos que se derivan naturalmente de la efectiva supresión del cargo; pretender su nulidad "*sería intentar afirmar de forma absurda que dicha supresión no se presentó, cuando sí se realizó, y además se realizó legalmente*".

Indicó con vehemencia que su poderdante no tenía la condición de pre pensionado, en tanto, para el momento en el que dio inicio la liquidación de la ESE su poderdante no había cumplido los requisitos legales para pensionarse, en ese momento no contaba con la edad para pensión por tanto no era beneficiario de la prerrogativa establecida en el artículo 22 del 141 de 2008. En tal virtud, su cargo podía ser suprimido sin que implicara el desconocimiento de las disposiciones vigentes por ello el Decreto No. 033 de 2009, demandado se ajustó a la legalidad cuando ordenó la supresión del empleo que desempeñaba; así como también son legales las resoluciones que ordenaron el pago de las prestaciones e indemnización derivada de la supresión.

1.4 Alegatos finales de las partes.

- **Departamento de Cundinamarca** (fs. 280 a 281): dentro de la oportunidad procesal conferida, se opuso a la prosperidad de la pretensión que tiene por objeto la declaratoria de nulidad del Decreto No. 0033 de 2009, por considerar que para este momento el cargo que ocupaba el señor Medina Penagos no existe, ya que una vez entró en nómina de pensionados, el empleo desapareció de la planta transitoria; así declarar la nulidad en lo referente a la supresión del empleo de médico especialista código 013, equivaldría a revivir el cargo, situación que no es legal, pues el proceso de liquidación finalizó, así como también lo hizo la nómina transitoria en la cual fue incorporado el accionado

Manifestó su aquiescencia con la nulidad de las Resoluciones Nos.508 de 26 de marzo de 2009 y 542 de 3 de abril de 2009, por considerar que estos actos administrativos perdieron sus fundamentos fácticos y legales, ya que el señor Medina Penagos se mantuvo en nómina hasta cuando fue pensionado por el ISS, por tanto, es claro que los pagos ordenados en los actos administrativos son lesivos al patrimonio.

Adujo que el señor Rafael Medina Penagos, adquirió el derecho a pensión en el proceso de liquidación de la E.S.E Hospital San Rafael de Girardot, de donde se sigue con claridad que su retiro no obedeció a la supresión de la institución sino al cumplimiento de los requisitos para tener derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que le fue concedida por el ISS quien lo incorporó a la nómina; en tal circunstancia, no tiene derecho al pago de indemnización alguna.

95

Explicó que, si bien el cargo del señor Medina Penagos fue en principio suprimido, lo cierto es que, la administración profirió la Resolución No. 581 de 8 de junio de 2009, a través de la cual lo reintegró al empleo, al tiempo que dispuso el pago de los salarios y prestaciones desde la fecha en que había sido desvinculado, y lo mantuvo en nómina transitoria en la Secretaría de Salud Departamental hasta el momento en que se produjo su inclusión en la nómina de pensionados del ISS; en razón a ello, reiteró que los actos administrativos que ordenaron el pago de la indemnización son nulos por carecer de sustento legal.

- **José Rafael Medina Penagos** (fs. 288 a 296): en suma, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda

- **Ministerio Público** (fs. 283 a 287): el agente del Ministerio Público rindió concepto en el que manifestó que, pese a que es posible incoar la acción de lesividad, en este caso, la misma carece de sustento, por cuanto no hay en la demanda una pretensión de restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que las sumas reconocidas al tercero interesado nunca fueron pagadas, es decir que no hubo menoscabo o afectación para el Estado.

Consideró que, si lo pretendido era garantizar la certeza jurídica, la acción a impetrar era la de simple nulidad (sic), pues no hubo derecho conculcado, y en esa medida carece de lógica entender la acción de restablecimiento, todo lo cual lleva a concluir que la demanda es inepta por indebida escogencia de la acción.

Advirtió que teniendo en cuenta que *“la existencia de los actos demandados es irrelevante para la entidad y el particular, lo más adecuado es que se realice el trámite de revocatoria directa de los actos impugnados, y se garanticen los principios de eficacia y eficiencia, así como el principio de económica procesal”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 De la competencia

Conforme lo dispone el artículo 132, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en primera instancia.

2.2 Problema jurídico.

Atendiendo el contenido del libelo introductor, visto los escritos de contestación de la demanda y el concepto rendido por el agente del Ministerio de Público, la Sala considera que, en el presente asunto, la litis se contrae en determinar si los actos administrativos

demandados, esto es, el Decreto No. 033 de 24 de marzo de 2009, y las resoluciones Nos. 508 de 26 de marzo de 2009 y 542 de 3 de abril de 2009, incurrieron en alguno de los vicios de nulidad previstos en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, y si como consecuencia de ello, deben ser retirados del ordenamiento jurídico.

Con dicho propósito debería establecerse, si el señor José Rafael Medina Penagos, tenía la condición de prepensionado o si le era dable el reconocimiento de la indemnización por supresión del cargo.

No obstante, lo anterior, y por tratarse de un asunto tramitado según las disposiciones del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, será necesario estudiar con antelación, si el asunto no se encuentra afectado de ningún yerro que impida un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones incoadas.

2.3 Asunto preliminar – ineptitud sustantiva de la demanda.

2.3.1 De los actos demandables en el proceso de supresión de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

En lo que toca a este particular, lo primero que debe advertir la Sala es que en tratándose de la supresión de cargos, la determinación del acto administrativo que afectó la situación particular del empleado, se logra haciendo un estudio de cada uno de los pronunciamientos realizados por la Administración, pues no en todos los casos el acto por demandar en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resulta ser el mismo.

Es así, que el Consejo de Estado en providencia de 9 de noviembre de 2006, al realizar un estudio de las diferentes situaciones que pueden presentarse en el proceso de supresión, respecto de los actos demandables señaló:

“... resulta claro que en los casos de supresión de plantas de personal, el acto administrativo general e impersonal constituye el objeto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre que se presenten, en forma concurrente, dos circunstancias, a saber: a) Que con él se haya suprimido la totalidad de la planta de personal o la totalidad de los cargos con igual denominación y grado que el ocupado por el empleado afectado y b) Que en la nueva planta de personal no se haya creado o reproducido un cargo de igual denominación y grado que el suprimido. En ese caso, es evidente que el acto general es que separa al funcionario del servicio y por lo tanto la demanda de nulidad debe dirigirse contra el mismo.

(...)

En sentencia de 18 de febrero de 2010, el Consejo de Estado indicó:

“La regla general apunta a demandar el acto que afecta directamente al empleado, esto es, el que contiene en forma individual el retiro del servicio, de manera subjetiva y personal. Sin embargo, a pesar de esta claridad no siempre es diáfano el escenario; deben analizarse las

263

situaciones fácticas y jurídicas en cada caso para definir el acto procedente, veamos grosso modo:

1. En el evento de que exista un acto general que defina la planta; un acto de incorporación que incluya el empleo, e identifique plenamente al funcionario y finalmente una comunicación; debe demandarse el segundo, esto es, el acto que extingue la relación laboral subjetiva y no por ejemplo la comunicación, porque es un simple acto de la administración, o de ejecución.

2. Si la entidad adopta la planta de empleos y no produce un acto de incorporación, pero expide un oficio dirigido a cada empleado que desea retirar; la comunicación se convierte en un acto administrativo que extingue la situación laboral subjetiva y por lo tanto se hace demandable; esto sin olvidar que el acto general de supresión de cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad.

3. En los eventos en donde el acto general concreta la decisión de suprimir el cargo, la comunicación se convierte en un acto de simple ejecución, por ende, la sola impugnación de este acto genera inepta demanda, ya que no pone término a una actuación administrativa, respondiendo a la lógica, que la eventual declaratoria de nulidad del oficio de comunicación dejaría con plenos efectos jurídicos el acto que suprimió el cargo, o el que no lo incorporó a la nueva planta de personal, imposibilitando legalmente el restablecimiento del derecho.

(...)

De conformidad con los pronunciamientos judiciales citados habrá de demandarse de forma autónoma la nulidad del acto general siempre que con él se haya suprimido la totalidad de la planta de personal o la totalidad de los cargos con igual denominación y grado que el ocupado por el afectado (supresión total) y que en la nueva planta no se haya creado un cargo de igual denominación y grado. En sentido contrario, si con posterioridad al acto de supresión del empleo se expide uno de incorporación que incluya el empleo, deberán demandarse conjuntamente el acto general en cuanto produjo efectos particulares y el acto de incorporación en tanto extinguió la relación laboral.

Puede suceder también que la entidad demandada adopte la planta de personal pero no produzca el acto de incorporación, en cuyo caso, si la decisión de desvinculación ha sido comunicada, será éste el acto que debe demandarse, sin olvidar, como lo señala la jurisprudencia, que el acto general de supresión del cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, para efectos de establecer el acto que debía ser demandado por la actora, interesa al proceso que:

1. El Gobernador del Departamento de Cundinamarca profirió el **Decreto 033 de 24 de marzo de 2009**, a través del cual *"modifica la planta transitoria de empleos de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot en liquidación"*.

El mencionado acto administrativo, decidió en su artículo primero:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Supresión de empleos:* A partir de la fecha de publicación del presente decreto, suprimase de la planta transitoria de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación, fijada en el Decreto Departamental No. 00145 del 2008, los empleos públicos y los cargos de trabajadores oficiales que se relacionan a continuación, teniendo en cuenta que sus titulares no cumplen con los requisitos legales para ser protegidos como pre pensionables, o se encuentran vacantes por renuncia o pensión, así como por terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo con los trabajadores oficiales, cómo lo certifica el agente liquidador así:

Denominación del empleo	Código	Salario	No. Empleos
Médico especialista	213	3.436.826	6

(...)

ARTÍCULO TERCERO: *Planta transitoria modificada.* Consecuente con lo establecido en los artículos precedentes del presente Decreto, se establece la Planta Transitoria de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación así:

Denominación del empleo	Código	Horas laborables al día	Asignación básica mensual	No. Empleos
(...)				
Médico especialista	213	8	3.436.826	2

(...)

2. Seguidamente, a través de comunicación adiada el 26 de marzo de 2009, la administración remitió comunicación al señor José Rafael Medina Penagos, en la cual le indicó que el cargo que ocupaba había sido suprimido, y que, en tal sentido, quedaría “desvinculado de la entidad a partir del día 26 de marzo de 2009, fecha de la publicación de la Gaceta Oficial del Departamento” (f. 14).

Se sigue de lo anterior, que en el caso bajo examen nos encontramos de un lado, con un acto de contenido general, a través del cual se suprimen de la planta de empleo transitoria de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot, una serie de empleos, entre los que se encuentra el de médico especialista – código 213, cargo desempeñado por el señor José Rafael Medina Penagos; sin embargo, dicho empleo no desapareció en su totalidad de la planta, ello es así, pues en el numeral 3º se indicó que subsistirían dos cargos con igual denominación.

Nótese que el acto general, se contrae a suprimir unos empleos y establecer la nueva planta transitoria, empero, siendo que en esta última permanecerán algunos cargos con igual denominación que los suprimidos, el acto se abstuvo de individualizar a los trabajadores que seguirían prestando sus labores a la institución; como sí lo hizo en el caso de autos el **oficio de 26 de marzo de 2009**, en el que se informa al señor Medina Penagos que, ante la supresión del empleo, a partir de la fecha, cesaría su vínculo laboral con la institución.

354

Visto lo anterior, surge palmario que la modificación de la situación jurídica del señor José Rafael Medina Penagos, se concretó con la mencionada comunicación de 26 de marzo de 2009, en tanto extinguió la relación laboral existente entre este y la empresa en liquidación.

Siendo ello así, y si el demandante pretendía discutir la ilegalidad de la desvinculación del señor Medina Penagos, estaba obligado a dirigir la pretensión de nulidad también contra el oficio de 26 de marzo de 2009. La tesis expuesta fue reiterada por el Consejo de Estado en sentencia de 19 de julio de 2017,¹ cuando expuso:

(...)

"Para efectos de tomar esta decisión [supresión de cargos], la entidad debe emitir varios actos, algunas veces lo hace de manera ordenada como cuando profiere en primer lugar, el que determina la planta, distribuye cargos y organiza grupos de trabajo que por estar referido a empleos, son de carácter objetivo, general, impersonal. Luego decide la incorporación de los empleados a la planta con nombre y apellido, excluyendo, de suyo, aquellos que no son incorporados, por eso este acto es subjetivo y personal y es el que lesiona o causa perjuicio y por consiguiente, es el demandable; posteriormente, viene la comunicación dirigida al empleado no incorporado que por regla general no es revisable por ser una simple ejecución.

En otras ocasiones, el procedimiento no es típico y solo se produce un acto general de adopción de planta y la comunicación al empleado que le fue suprimido el cargo, en este caso, el oficio de retiro se convierte en acto administrativo y por tanto es el justiciable" (negritas fuera de texto).

En este orden de cosas, y cómo quiera que, a voces del Órgano Vértice de la Jurisdicción, el oficio de 26 de marzo de 2009, constituye en el asunto de marras, un acto que lesiona o causa perjuicio y, por lo tanto, enjuiciable ante esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y visto que contra él no se dirigió pretensión alguna de nulidad, se hace necesario declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de la proposición jurídica completa, en lo que hace al control del acto administrativo que da por terminado el vínculo laboral del señor Medina Penagos.

Finalmente, conviene precisar que en la sentencia SU 055 de 31 de mayo de 2018, la Corte Constitucional, al estudiar los actos administrativos que resultan ser demandables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en tratándose del proceso de supresión, adujo que: ***Conclusión.*** *En relación con el servidor cuyo cargo se suprime, el efecto jurídico surge del acto complejo constituido por a. el acto de supresión, b. el acto de incorporación y c. la comunicación. (i) Sin embargo, dado que el acto de incorporación no le ha sido comunicado, al afectado sólo le bastaría con demandar los otros dos en orden a demostrar que con la supresión de su cargo no se mejoró el servicio y todo obedeció a una desviación de poder".*

¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 19 de julio de 2017, expediente: 25000-23-42-000-2014-01109-01 (4042-2015), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Jorge Samhir Alvarado Manuel, demandado: Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, en calidad de administradora del patrimonio autónomo de la Comisión Nacional de Televisión y otros.

Se colige de lo anterior que, si en desarrollo del proceso de supresión de empleos se producen actos cuyo contenido no fue noticiado al afectado, no será posible en vía judicial exigirle su enjuiciamiento. Sin embargo, dicha premisa, no constituye un supuesto que pueda ser aplicado en el asunto bajo examen, habida consideración que en el *sub júdice* el extremo activo de la litis, está constituido precisamente por quien profirió el acto, en consecuencia y como de él devenía cada una de las decisiones adoptadas, esto es las conocía, se reitera, debió procurar su nulidad, empero no lo hizo, circunstancia que obliga a declarar probada la excepción de ineptitud.

2.3.2 De la pretensión de nulidad de la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009.

El artículo 138 del Código Contencioso Administrativo al referirse a la individualización de las pretensiones, tenía dicho que, cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión, y "***si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión***".

En el asunto bajo examen, está probado que:

1. El apoderado general de FIDUPREVISORA S.A. entidad liquidadora de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación, expidió la **Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009**, a través del cual, resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: ordenar el pago de la suma de doscientos veintitrés millones ciento cuarenta y nueve mil trescientos dieciséis pesos MTCE (\$ 223.149.316) a favor del señor (a) José Rafael Medina Penagos identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 19.103.307 por concepto de prestaciones sociales y demás créditos laborales a su favor, menos los descuentos de ley, por supresión del empleo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución" (fs. 16 a 18).

2. El señor Rafael Medina Penagos interpuso recurso contra el acto anterior, y con ocasión de ello, el apoderado general de FIDUPREVISORA S.A. entidad liquidadora de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación expidió la **Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009**, también proferida por el liquidador de la ESE, que dispuso:

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Se sigue de lo anterior que, la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, fue suprimida del mundo jurídico con la revocatoria de que fue objeto por parte de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, razón por la cual, sólo la última de estas era posible de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

239

Visto lo anterior, y como que la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, no debió incluirse en la pretensión de nulidad, será también procedente, declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, pero en esta ocasión, por indebida individualización de las pretensiones.

2.3.3 La acción contenciosa procedente para cuestionar la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, acto de contenido particular.

2.3.3.1 Precisión previa.

Es necesario advertir que el interrogante relacionado en este acápite, será decidido atendiendo la tesis acogida por la Sala Mayoritaria; postulado del que se aparta el ponente al menos por las siguientes razones: (i) En aplicación de la teoría de móviles y finalidades, es palpable que, si lo pretendido por la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot en Liquidación, era enjuiciar la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, acto administrativo de carácter particular y concreto, cuya nulidad conlleva per se un restablecimiento automático, debió interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero como ello no sucedió, la Sala debió declararse inhibida para adoptar una decisión de fondo sobre el asunto; y (ii) en los asuntos que deben ser decididos en aplicación del Decreto 01 de 1984, no es posible que el juzgador de instancia, en virtud de sus facultades oficiosas, enderece el yerro en la escogencia de la acción que debía ser impetrada; y menos si dicha solución aparece en la sentencia.

2.3.3.2 La tesis de la Sala Mayoritaria bajo la cual se resolverá la controversia.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot para ese momento en Liquidación, actuando a través de Fiduciaria la Previsora S.A, entidad liquidadora, acudió a la Jurisdicción en ejercicio del contencioso de nulidad, previsto en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, con el objeto de obtener, entre otras, la nulidad de:

1. La **Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009**, proferida por el apoderado general de FIDUPREVISORA S.A. entidad liquidadora de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación, que además de revocar la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, también dispuso:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el pago de doscientos millones setenta y cinco mil novecientos sesenta y dos pesos MCTE (\$220.075.962.00), a favor del señor (a) José Rafael Medina Penagos identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 19.103.307 por concepto de prestaciones sociales y demás créditos laborales a su favor, menos los descuentos de ley, por supresión del empleo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.”

Advierte la Sala sin dubitación alguna que el acto administrativo enjuiciado es contentivo de una decisión unilateral de la administración, encaminada a producir efectos jurídicos creadores de una situación jurídica que cobija al señor José Rafel Medina Penagos, en tanto, reconoció en su favor, una suma de dinero que debía ser pagado por la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

Dado el contenido del acto, surge palmario que, ante una hipotética declaratoria de nulidad de la mencionada resolución, se generaría para la administración un restablecimiento automático del derecho, que se traduce en la imposibilidad del señor Medina Penagos en exigir a ella el cobro de la obligación prevista en la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, razón por la cual, habría de concluirse que, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho aquella que debió interponer el accionante.

Sin embargo, tal circunstancia, según lo entiende la Sala Mayoritaria, no es óbice para que esta Corporación en uso de las facultades oficiosas que le son propias dirima el asunto atendiendo la acción que le corresponde, máxime si tenemos en cuenta que: *i.* la acción fue ejercida dentro del término de oportunidad previsto en el numeral 7 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según el cual "cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición"; y es que el presente asunto, la demanda contra la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, notificada en la fecha, fue radicada el 18 de diciembre de 2009 (f. 97); y *ii.* se suma a lo anterior, que al proceso compareció el señor José Rafael Medina Penagos, quien funge como beneficiario de las sumas reconocidas en el mencionado acto, y además ejerció en esta instancia su derecho de defensa.

Sobre el particular, conviene citar el contenido de la providencia de 22 de abril de 2015², dictada por el Consejo de Estado que al referirse a la debida escogencia de la acción dentro del proceso instaurado por el Municipio de Pereira contra la señora María Eugenia Macias Rivera, indicó:

"No siendo la acción de lesividad de naturaleza autónoma, el ejercicio de la misma debe encausarse por vía de una de las acciones contenciosas típicas de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, considerando que a través de aquella la administración tiene la posibilidad de demandar sus propios actos, por considerarlos ilegales o contrarios al ordenamiento jurídico vigente, lo que de suyo comporta un juicio de legalidad a la correspondiente decisión administrativa.

(...)

Descendiendo al caso en concreto se tiene que, previo a instaurar la demanda que ahora es objeto de estudio, el Municipio de Pereira adelantó el trámite administrativo de revocatoria directa de la Resolución 1074 de 22 de febrero de 2011.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección A.; M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 22 de abril de 2015. Exp. 66001-23-31-000-2011-00429-01(2627-13)

356

En efecto, mediante oficio de 13 de junio de 2011 la directora operativa de asesoría jurídica de la Secretaría de Educación le solicitó a la señora Macías Rivera autorizar mediante escrito la revocatoria de la citada resolución³, petición a la que esta se negó a través de comunicación de 20 de junio siguiente⁴.

Ahora bien, revisado el texto de la demanda se evidencia que la única pretensión planteada por la parte actora se refiere a la declaratoria de nulidad de la ya tantas veces mencionada Resolución 1074 de 2011⁵, por medio de la cual se ascendió al grado 13 del escalafón nacional docente a la educadora María Eugenia Macías Rivera.

Sin duda algún dicho acto es de contenido particular, como quiera que afectó en forma directa y concreta la situación laboral de la señora Macías Rivera, cuya eventual declaratoria de nulidad conllevaría un restablecimiento automático del derecho para el Municipio de Pereira, pues el título jurídico con base en el cual está obligado a cancelar el salario equivalente al grado 13 del escalafón nacional docente habría desaparecido del mundo jurídico.

Esta circunstancia hace improcedente el ejercicio de la acción de simple nulidad, toda vez que los motivos que llevaron a la entidad demandante a formular las pretensiones no se relacionan únicamente con la tutela del orden jurídico y la legalidad en abstracto, sino que involucran un interés subjetivo relacionado con la reducción del valor del salario y demás emolumentos a que tendría derecho la docente

El argumento principal de la apelación se contrae a que el Tribunal Administrativo de Risaralda no podía corregir el mencionado yerro, afirmación que no resulta cierta, por cuanto el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable a este asunto en virtud de la remisión dispuesta por el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, lo faculta para ello, veamos

(...)

Haciendo uso de dicha potestad, desde el momento mismo de la admisión de la demanda el a quo decidió adecuar el trámite del libelo al de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁶.

En conclusión, la Sala evidencia que la acción de lesividad fue instaurada dentro de la oportunidad prevista en el artículo 136 - 7 del Código Contencioso Administrativo, pues el acto acusado fue expedido el 22 de febrero de 2011, y la demanda se presentó el 23 de noviembre siguiente, razón por la cual la sentencia objeto de apelación habrá de ser confirmada. Resalta la Sala.

Conforme lo anterior, la Sala procederá al estudio de fondo de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, sin realizar ningún pronunciamiento relacionado con el restablecimiento, pues así no fue rogado.

2.4. El asunto de fondo – La legalidad del reconocimiento de las prestaciones incluidas en la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009.

2.4.1 El derecho al pago de los emolumentos contenidos en la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009,

³ Folio 11 del expediente.

⁴ Folios 12 y 13.

⁵ Folio 19.

⁶ Folios 32 a 36 del expediente

Se indicó líneas atrás que a través de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, la accionante ordenó pagar en favor del señor José Rafael Medina Penagos, la suma de \$220.075.962, de los cuales \$211.600.739 corresponden a la indemnización por supresión del cargo y el restante a prestaciones sociales.

Advirtió la demandante que dicha suma no debe ser pagada, en razón a que la desvinculación del señor Medina Penagos no tuvo ocurrencia en virtud de la supresión, y por el contrario, éste permaneció en la planta transitoria hasta el momento en que fue incluido en la nómina de pensionados del ISS.

El señor Medina Penagos alegó que las sumas allí reconocidas, son legales en razón a que efectivamente fue retirado del servicio el 26 de marzo de 2009.

Puestas en este contexto las cosas, y con el objeto de resolver la controversia, es necesario, en primera medida, señalar que la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, "*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", con relación a las formas de retiro del servicio de los empleados públicos, el artículo 41 dispone:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

Por supresión del empleo. ...".

Ahora bien, cuando el cargo que se suprime pertenece al sistema de carrera administrativa, al funcionario le asiste el derecho de optar por ser incorporado o percibir una indemnización, para lo cual el artículo 44 *ibídem*, prevé:

"Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de la planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización".

La indemnización allí prevista fue concebida por la ley de carrera administrativa para compensar los daños ocasionados al servidor público de carrera, con ocasión de la supresión del cargo, al que había accedido por concurso de méritos. Respecto el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C – 370 de 1999, preceptuó:

357

"La supresión de un cargo de carrera administrativa se puede producir por múltiples circunstancias, vr.gr. por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, controlar el gasto público, abolir la burocracia administrativa, etc. Objetivos que deben dirigirse exclusivamente a lograr la optimización en términos de calidad, idoneidad y eficiencia del servicio público, basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, sin dejar de lado la protección de los derechos de los trabajadores.

Dado que la supresión de cargos así sea con los fines anotados implica necesariamente un daño, surge con claridad meridiana el deber de reparación por parte del Estado, porque "si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios (arts. 150-7 y 189-14 C.P.), esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13). Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2 C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral." Negrillas fuera del texto original.

Significa lo anterior, que sólo el retiro del servicio por supresión el empleo, justifica el pago de la indemnización prevista para los funcionarios de carrera en las normas referidas; así también se deduce del contenido del Decreto 760 de 17 de marzo de 2005, *"Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones"*,

Ahora bien, en el *sub júdice* está probado que, en el marco del proceso de supresión de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot, ordenado a través del Decreto Departamental 00141 de 5 de julio de 2008, el Gobernador de Cundinamarca profirió el **Decreto 033 de 24 de marzo de 2009**, a través del cual *"modificó la planta transitoria de empleos de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot en liquidación"*.

En dicho acto administrativo, se dispuso la supresión de 6 empleos de médico especialista – código 213, y a través de comunicación adiada el 26 de marzo de 2009, la administración informó al señor José Rafael Medina Penagos, que el cargo que ocupaba había sido suprimido, y que, en tal sentido, quedaría *"desvinculado de la entidad a partir del día 26 de marzo de 2009, fecha de la publicación de la Gaceta Oficial del Departamento"*

Con fundamento en ello, el agente liquidador de la E.S.E. profirió en primera medida la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, revocada a través de la Resolución No. 542 de 3 de abril, que ahora se estudia.

Siendo ello así, y siguiendo el contenido de la Ley 909 de 2004, habría que decir que, en principio, y ante la desvinculación del señor Medina Penagos con ocasión de los actos administrativos citados, era procedente el reconocimiento de la indemnización por supresión, así como el pago de las acreencias laborales causadas hasta el momento.

No obstante, en el asunto bajo examen, los medios de convicción demuestran que, con posterioridad, el Departamento de Cundinamarca, profirió el Decreto 0098 de 5 de junio de 2009, a través del cual modificó una vez más, la planta transitoria de empleos de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot, e incluyó entre otros cargos, 6 empleos de médico especialista – código 213 (fs. 72 a 75).

Seguidamente, el representante legal del ente territorial profirió el **Decreto 101 de 8 de junio de 2009**, el cual creó una planta transitoria en la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca. Dicha planta propendió por mantener la vinculación de los trabajadores de la E.S.E., que al término del proceso liquidatorio tenían "*derechos consolidados y con trámite ante la entidad aseguradora para obtener una pensión*"; y en ella, fue también previsto el cargo de médico especialista – código 213, empleo que según lo establece en forma expresa el acto administrativo, sería ocupado por el señor José Rafael Medina Penagos y su retiro se produciría únicamente al materializarse su inclusión en la nómina de pensionados (ver parágrafo 2º del artículo primero).

Previó el Decreto 101 de 8 de junio de 2009, que la Secretaría de Salud de Cundinamarca efectuaría los reconocimientos salariales y de prestaciones sociales sin solución de continuidad.

En tal virtud, en la misma fecha, 8 de junio de 2009, es proferida la **Resolución No. 581**, la cual ordenó (fs. 29 a 31):

PRIMERO: ORDENAR EL REINTEGRO del señor José Rafael Medina Penagos identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.103.307, al empleo de médico especialista, código 213, horas 8, de la planta transitoria de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación, con una asignación básica mensual de tres millones cuatrocientos treinta y seis mil ochocientos veintiséis pesos (\$3.436.826.00) M/cte, mensuales, sin solución de continuidad. Cargo previsto en la planta transitoria de la entidad en liquidación de conformidad con lo estipulado en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2. RECONOZCA y PÁGUESE a favor del señor José Rafael Medina Penagos el salario, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el 26 de mayo de 2009, fecha de su desvinculación, hasta la fecha en que se produzca el cierre definitivo del proceso de liquidación".

358

La mencionada resolución fue notificada personalmente al señor Medina Penagos el 12 de junio de 2009 (f. 28); y contra dicho acto no interpuso recurso alguno.

Se sigue de lo anterior que, la vinculación del accionado ordenada en la Resolución 581 de 8 de junio de 2008, dio aplicación al reintegro, ficción jurídica que permite hacer el reconocimiento de salarios y demás emolumentos como si no hubiese existido solución de continuidad en los servicios laborales prestados por el accionado, a pesar de que en la realidad nunca se haya dado tal contraprestación.

La ocurrencia del "reintegro", y ello no fue objeto de discusión, ocasionó que la demandante cancelara al trabajador todos los haberes dejados de percibir entre el 26 de marzo de 2006, fecha en la que había finalizados sus servicios y el momento en que se produjo nuevamente su incorporación al empleo; cargo en el que según se indicó, permaneció hasta la inclusión en nómina de pensionados.

Dicha actuación tuvo un efecto claro, y fue desaparecer los efectos del retiro ocurrido el 26 de marzo de 2009, y a ello no se opuso el señor Medina Penagos. En efecto, repárese que el Decreto 0098 de 5 de junio de 2009, el Decreto 0101 de 8 de junio de 2009 (que expresamente lo vinculó en calidad de prepensionado a la planta transitoria de la Secretaría de Salud Departamental) y la Resolución No. 581 de 8 de junio de 2009, se encuentran en firmes y vigentes, en tanto no han sido anulados ni suspendidos por la jurisdicción.

Siendo ello así y como quiera que las decisiones de la administración que establecieron el reintegro del señor Medina Penagos, no solo se materializaron, sino que, además, se encuentran revestidas de la presunción de legalidad habría que señalar en el presente asunto que, la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, en tanto ordenó el pago de una indemnización y prestaciones sociales por retiro del servicio ante la supresión del cargo, perdió fuerza ejecutoria al desaparecer las circunstancias de orden fáctico y jurídico en que se soportaban, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, recuérdese que según lo disponía el ordinal segundo del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, los actos administrativos perderían su fuerza ejecutoria, entre otros eventos "*cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho y de derecho*"; se trata pues, de un fenómeno que opera de manera sobreviniente y por ministerio de la ley, que enerva el carácter ejecutivo del acto.

Ante tal estado de cosas, la probada pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, no será posible que esta constituya título ejecutivo ante ninguna autoridad, en favor del señor José Rafael Medina Penagos.

2.5 Conclusión

En suma, de una parte, la Sala se declarará inhibida para dictar sentencia en razón a la ineptitud sustantiva de la demanda suscitada: *i.* por falta de la proposición jurídica completa en lo que hace al oficio de 26 de marzo de 2009, en razón a que concretó la desvinculación del señor José Rafael Medina Penagos; y *ii.* la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, por indebida individualización de la pretensión;

De otra parte, en lo que hace a la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, la Sala declarará que, ante la comprobada pérdida de ejecutoriada de esta, no será posible que la misma constituya título ejecutivo en favor del señor José Rafael Medina Penagos.

2.3.5 Costas.

Finalmente, y como quiera que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "F", administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE INHIBIDO el Tribunal para adoptar una decisión de fondo dentro de la acción de simple nulidad interpuesta por la **E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Girardot** en contra de la **Gobernación de Cundinamarca y el señor José Rafael Medina Penagos**, respecto del Decreto 00033 de 24 de marzo de 2009 y la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE que ante la comprobada pérdida de fuerza ejecutoriada de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, no será posible que la misma constituya título ejecutivo ante ninguna autoridad, en favor del señor José Rafael Medina Penagos.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

39

CUARTO: En firme esta providencia archívense las diligencias, déjense constancias y anotaciones de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

Magistrado
Salvo voto parcial

PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada
BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO # 11

Bogotá, D.C. 17 SEP 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaria, por un término legal.

Oficial mayor

360

RAMA JUDICIA DEL PÓDER PÚBLICO



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "F"**

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Magistrado Ponente: **Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**

REFERENCIAS:

RADICACIÓN: 25000 23 25 000 2010 00750 00
DEMANDANTE: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE GIRARDOT. Representada por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN SU CONDICIÓN DE LIQUIDADORA.
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y RAFAEL MEDINA PENAGOS.
ACCIÓN: NULIDAD

Con el acostumbrado respeto, me permito formular voto disidente parcial respecto de la sentencia proferida por la Sala de Subsección en providencia de la fecha, de acuerdo con las razones que expondré en seguida.

En el asunto que se somete a estudio, la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot en Liquidación, en ejercicio de la acción de nulidad, acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el objeto de obtener, entre otras, la nulidad de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009; pretensión respecto de la cual la Sala decidió de fondo; y es precisamente de tal resolutive de la que se aparta el ponente al menos por las siguientes razones: **(i)** En aplicación de la teoría de móviles y finalidades, es palpable que si lo pretendido por la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot en Liquidación, era enjuiciar la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, acto administrativo de carácter particular y concreto, cuya nulidad conlleva *per se* un restablecimiento automático, debió interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero como ello no sucedió, la Sala debió declararse inhibida para adoptar una decisión de fondo sobre el asunto; y **(ii)** en los asuntos que deben ser decididos en aplicación del Decreto 01 de 1984, no es posible que el juzgador de instancia, en virtud de sus facultades oficiosas, enderece el yerro en la escogencia de la

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00750 00
Demandante: ESE Hospital San Rafael de Girardot – Cundinamarca en liquidación

acción que debía ser impetrada; y menos si dicha solución aparece en la sentencia de segunda instancia.

1. La acción contenciosa procedente para cuestionar la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, acto de contenido particular.

Sea lo primero señalar que, para dotar de eficacia al derecho de acción, el legislador ha consagrado diferentes acciones que podrán ser impetradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que esto signifique que su escogencia quede al arbitrio del administrado, ya que ello penderá de los fines y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

Bajo esta perspectiva, el Código Contencioso Administrativo consagró en forma paralela varias acciones de carácter declarativo, como es el caso de la acción de simple nulidad y aquella que además tiene como objeto el restablecimiento del derecho.

Es así, que el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, al referirse a la acción de nulidad, indicó que *“toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos”*; ello ante la ocurrencia de las siguientes circunstancias: cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, cuando 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.

Así las cosas, el medio de control de nulidad simple tiene como finalidad específica la de servir de instrumento para garantizar el respeto del ordenamiento jurídico, la vigencia de la jerarquía normativa y el aseguramiento del principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza; razón por la que este instrumento jurídico procesal se encuentra consagrado en interés general para que prevalezca la supremacía de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración, y por ello puede ser ejercida en todo tiempo por cualquier persona contra actos administrativos de contenido general y abstracto.

A su turno, el artículo 85, tenía previsto que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podría ser interpuesta por *“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una Obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”*.

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00750 00
Demandante: ESE Hospital San Rafael de Girardot – Cundinamarca en liquidación

Nótese que, según los parámetros de procedencia de las acciones señaladas, ambas operan por razón de las mismas causales, empero el punto distintivo entre una y otra lo marca la pretensión de restablecimiento del derecho, la cual se motiva en el propósito perseguido por quien acude a la Jurisdicción, pues mientras en el contencioso de restablecimiento debe existir un interés particular de quien se cree lesionado en su derecho por el acto cuya nulidad se reclama, el de simple nulidad solo pretende su anulación con el objeto de restablecer el orden jurídico quebrantado por el acto anulado.

No puede desconocerse que la naturaleza de los actos demandados incide determinadamente en la acción elegida, pues tratándose de actos generales cuyas disposiciones se dirigen al común de administrados, sin crear, modificar ni extinguir alguna condición personal individualizada, no puede configurarse la lesión concreta que supone el artículo 85 para el interés del restablecimiento, y, por tanto, como regla general, tales actos son demandables mediante la acción de simple nulidad. Por el contrario, los actos particulares que sí crean, modifican o extinguen condiciones personales individualizadas, de las que bien puede derivarse la lesión concreta que prevé la norma citada, lo son a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, en casos excepcionales exclusivamente ligados a la finalidad perseguida por quien ejerce la acción, la regla en comento se altera para permitir que la acción de simple nulidad se impetre contra actos administrativos particulares, los cuales surgieron en el contexto de la elaboración jurisprudencial que perfiló la *“teoría de los móviles y de los fines”*¹.

Esta tesis, como lo ha precisado el Consejo de Estado en múltiples oportunidades², tuvo su desarrollo a partir de la idea que son los motivos y finalidades previstas por el legislador para las acciones o medios de control los que determinan y permiten precisar cuál es la vía procesal adecuada para atacar un acto administrativo, y no la generalidad o no del acto objeto de impugnación. Esto, llevó a que esa Corporación permitiera la procedencia de la acción de nulidad simple contra actos de contenido particular y concreto, siempre y cuando la sentencia estimatoria no llevara implícito un restablecimiento automático del derecho, y *“cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza*

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sub Sección “A”. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

² Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del veintidós (22) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación No. 11001-03-26-000-2018-00098-00 (61957); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Auto del dos (2) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación No. 11001-03-26-000-2018-00097-00 (61964); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Auto del catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación No. 11001-03-26-000-2012-00054-00 (44873).

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00750 00
Demandante: ESE Hospital San Rafael de Girardot – Cundinamarca en liquidación

e importancia que **desborde el simple interés de la legalidad en abstracto**, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico”.³

Ahora bien, sin importar cuál sea la acción interpuesta contra un acto administrativo de carácter particular y concreto, en cada caso debe tenerse en cuenta si de la declaración de nulidad del acto surge automáticamente el restablecimiento del derecho afectado, pues en dicho caso el contencioso que se debe interponer es el de nulidad y restablecimiento del derecho y no el de simple nulidad.

En el asunto que se estudia, la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot para ese momento en Liquidación, actuando a través de Fiduciaria la Previsora S.A, entidad liquidadora, acudió a la Jurisdicción en ejercicio del contencioso de nulidad, previsto en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, con el objeto de obtener, entre otras, la nulidad de:

1. La **Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009**, proferida por el apoderado general de FIDUPREVISORA S.A. entidad liquidadora de la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación, que además de revocar la Resolución No. 508 de 26 de marzo de 2009, también dispuso:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el pago de doscientos millones setenta y cinco mil novecientos sesenta y dos pesos MCTE (\$220.075.962.00), a favor del señor (a) José Rafael Medina Penagos identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 19.103.307 por concepto de prestaciones sociales y demás créditos laborales a su favor, menos los descuentos de ley, por supresión del empleo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.”

Se sigue de lo anterior que, el acto administrativo enunciado es contentivo de una decisión unilateral de la administración, encaminada a producir efectos jurídicos creadores de una situación jurídica concreta que cubre al señor José Rafael Medina Penagos, en tanto reconoció en su favor, una suma de dinero que debía ser pagada por la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

Dado el contenido del acto, surge palmario que, ante una hipotética declaratoria de nulidad de la mencionada resolución, se generaría para la administración un restablecimiento automático del derecho, que se traduce en la imposibilidad del señor Medina Penagos en exigir a ella el cobro de la obligación prevista en la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009.

Más allá de las consideraciones que hoy puedan hacerse respecto de la prescripción del derecho reconocido en el acto que se demanda, vale la pena recordar que, de conformidad

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de octubre de 1995. Expediente núm. 3332. Consejero ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00750 00
Demandante: ESE Hospital San Rafael de Girardot – Cundinamarca en liquidación

con el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, vigente para el momento de presentación de la acción, prestarán mérito ejecutivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, entre otros: *“todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley”, o “demás que consten en documentos que provengan del deudor”.*

Así, es palmario que una sentencia que acoja las pretensiones de la demanda, esto es, la consecuente nulidad del acto administrativo demandado, enervaría *per se* cualquier posibilidad jurídica del señor Medina Penagos de exigir ante la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación el pago de las sumas reconocidas en el acto administrativo, y es allí precisamente en donde radicaría el restablecimiento del derecho de la administración, que a la postre fue concedido por la Sala Mayoritaria.

En tal sentido, y aun cuando para el momento de la interposición de la demanda, la E.S.E Hospital Universitario San Rafael de Girardot en Liquidación no hubiera realizado erogación alguna por concepto de pago de las sumas que ordenó pagar en la Resolución 542 de 3 de abril de 2009, ello no desvirtúa el provecho que la nulidad del acto administrativo reflejaría para la institución. Máxime si, como resulta evidente, el señor Medina Penagos insistió en la legalidad del reconocimiento de las sumas allí previstas.

En efecto, nótese que en la contestación de la demanda, el accionado, enfatizó que su retiro del servicio a través del Decreto 033 de 24 de marzo de 2009, se produjo en forma legítima, habida consideración que no tenía la condición de pre pensionado y siendo ello así, la desvinculación encuentra su causa en la supresión del empleo y por ello tiene derecho al pago de las sumas que fueron reconocidas en la Resolución 542 de 3 de abril de 2009.

No se trata de un tema pacífico, o de una falta de interés como lo adujo el agente del Ministerio de Público, o la comprobada falta de pérdida ejecutoria del acto que alegó el accionante y el Departamento de Cundinamarca, tanto es así, que está documentado que en el proceso administrativo, el liquidador de la E.S.E solicitó el 12 de mayo de 2009, al señor José Rafael Medina Penagos, su consentimiento para la revocatoria directa de los actos administrativos demandados (fs. 24 a 25), y está no le fue concedida por el particular, quien así lo reiteró en esta instancia judicial.

Puestas en este contexto las cosas, y pese a las manifestaciones de la accionante, un análisis integral de la demanda y de sus anexos, permiten concluir que lejos de procurar la defensa del ordenamiento jurídico *in abstracto*, esta entrañaba un interés subjetivo directo, que al resolver de fondo el asunto generaría de manera inexorable un restablecimiento automático a favor de la demandante, como en efecto ocurrió en la sentencia aprobada por

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00750 00
Demandante: ESE Hospital San Rafael de Girardot – Cundinamarca en liquidación

la Sala Mayoritaria.

En providencia de 22 de abril de 2015⁴, misma citada por la Sala Mayoritaria, el Consejo de Estado al referirse a la debida escogencia de la acción dentro del proceso instaurado por el municipio de Pereira contra la señora María Eugenia Macías Rivera, indicó:

"No siendo la acción de lesividad de naturaleza autónoma, el ejercicio de la misma debe encausarse por vía de una de las acciones contenciosas típicas de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, considerando que a través de aquella la administración tiene la posibilidad de demandar sus propios actos, por considerarlos ilegales o contrarios al ordenamiento jurídico vigente, lo que de suyo comporta un juicio de legalidad a la correspondiente decisión administrativa.

(...)

Descendiendo al caso en concreto se tiene que, previo a instaurar la demanda que ahora es objeto de estudio, el Municipio de Pereira adelantó el trámite administrativo de revocatoria directa de la Resolución 1074 de 22 de febrero de 2011.

En efecto, mediante oficio de 13 de junio de 2011 la directora operativa de asesoría jurídica de la Secretaría de Educación le solicitó a la señora Macías Rivera autorizar mediante escrito la revocatoria de la citada resolución⁵, petición a la que esta se negó a través de comunicación de 20 de junio siguiente⁶.

Ahora bien, revisado el texto de la demanda se evidencia que la única pretensión planteada por la parte actora se refiere a la declaratoria de nulidad de la ya tantas veces mencionada Resolución 1074 de 2011⁷, por medio de la cual se ascendió al grado 13 del escalafón nacional docente a la educadora María Eugenia Macías Rivera.

Sin duda alguna dicho acto es de contenido particular, como quiera que afectó en forma directa y concreta la situación laboral de la señora Macías Rivera, cuya eventual declaratoria de nulidad conllevaría un restablecimiento automático del derecho para el municipio de Pereira, pues el título jurídico con base en el cual está obligado a cancelar el salario equivalente al grado 13 del escalafón nacional docente habría desaparecido del mundo jurídico.

Esta circunstancia hace improcedente el ejercicio de la acción de simple nulidad, toda vez que los motivos que llevaron a la entidad demandante a formular las pretensiones no se relacionan únicamente con la tutela del orden jurídico y la legalidad en abstracto, sino que involucran un interés subjetivo relacionado con la reducción del valor del salario y demás emolumentos a que tendría derecho la docente". Resalta la Sala

Así las cosas, en circunstancias como la estudiada, pese a tratarse del ejercicio de una acción de lesividad, y aun cuando la parte actora en la demanda solo argumenta su intención de expulsar del ordenamiento unos actos administrativos que en su sentir vulneran las normas superiores, lo cierto es que la declaratoria de nulidad del acto demandado, reportar un beneficio, que tal y como se indica en la sentencia citada consiste en desaparecer del mundo jurídico el título jurídico con base en el cual estaría obligado a cancelar al señor Medina Penagos, la cantidad dineraria allí reconocida.

⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección A.; M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 22 de abril de 2015. Exp. 66001-23-31-000-2011-00429-01(2627-13)

⁵ Folio 11 del expediente.

⁶ Folios 12 y 13.

⁷ Folio 19.

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00750 00
Demandante: ESE Hospital San Rafael de Girardot – Cundinamarca en liquidación

Conviene precisar que si bien la providencia judicial citada, avaló en esa oportunidad el estudio de fondo del asunto, lo hizo en razón a que, según explicó "... desde el momento mismo de la admisión de la demanda el a quo decidió adecuar el trámite del libelo al de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho". Empero ello no sucedió en el asunto que nos ocupa, en el que el auto que admite la demanda, es claro indicar que se trata de la acción de nulidad y que además, tal es así, que dicho aspecto fue expresamente acogido para establecer la competencia y por ello se atendió al contenido del numeral primero del artículo 132 del C.C.A.⁸

En suma, y como quiera que es evidente la indebida escogencia para discutir la nulidad de la Resolución No. 542 de 3 de abril de 2009, correspondía a la Corporación declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, y no haber procedido al estudio de fondo de la pretensión.

2. La facultad oficiosa en vigencia del Código Contencioso Administrativo

La norma procesal bajo la cual se decide el asunto de marras previó unos elementos estructurales de la relación jurídica procesal que surgen imperativos para su constitución válida o para proferir providencia que avalúe el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. Es así como la omisión o deficiencia de dichos presupuestos procesales, según se trate, conduce a la nulidad del proceso o inhibirse a fallar de fondo las pretensiones del libelo introductor.

Conforme con lo anterior, es menester mencionar que la ineptitud sustantiva de la demanda es aquella situación procesal caracterizada, fundamentalmente, por la no existencia en el proceso de la adecuada e idónea forma de la relación procesal, que imposibilita entrar al conocimiento del fondo de la cuestión debatida.

Así pues, ha sido abundante la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en tratándose de la escogencia de la acción en vigencia del Decreto 01 de 1984, presupuesto procesal necesario para emitir decisión de mérito, cuando el actor escoge una vía inadecuada para demandar, es procedente el rechazo de la demanda si ésta no se ha admitido, o la expedición de un fallo inhibitorio cuando el defecto sustantivo presente en el libelo introductorio no ha sido advertido por el juez en una etapa procesal anterior.

⁸ "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

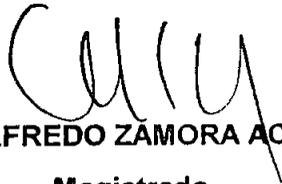
1. De los de nulidad de los Actos Administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden Departamental, Distrital y Municipal, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes".

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00750 00

Demandante: ESE Hospital San Rafael de Girardot – Cundinamarca en liquidación

En tal sentido y como quiera que el Código Contencioso Administrativo no previó un remedio procesal distinto para la ocurrencia de yerros como el comprado en el asunto que se estudia, no podía la Sala Mayoritaria, en virtud de unas facultades oficiosas que la ley no confiere, obviar la falencia cometida por el extremo activo y decidir de fondo.

En los anteriores términos, dejo sentado mi salvamento parcial de voto.



LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado