

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 205

Santiago de Cali, Diciembre quince (15) de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control	Cumplimiento
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00305-00
Demandante	DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado	HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA” E.S.E.
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro de la presente acción de Cumplimiento, instaurada por el señor DANIEL ORDOÑEZ ANTE en nombre propio, en contra del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA” E.S.E.

2. ANTECEDENTES

El señor DANIEL ORDOÑEZ ANTE, quien obra en nombre propio, instaura demanda en ejercicio del medio de control de cumplimiento, contra el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA” E.S.E., con el propósito de obtener el cumplimiento de lo dispuesto en el acto administrativo contenido en la **Resolución No. CP 024/2017 del 04 de Abril de 2017**, en el sentido de dar cumplimiento a su artículo primer que reza ***“ARTICULO PRIMERO: reconocer el derecho preferente a la incorporación en un empleo con igual denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García E.S.E. al servidor de carrera administrativa que a continuación se detalla: NOMBRE: ORDOÑEZ ANTE DANIEL, CEDULA: 94.371.908”***

3. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 3.1.** *“(…)El día 26 de Octubre de 2016, se llevó a cabo sesión de la Junta Directiva del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” E.S.E., en la cual se decidió una nueva planta de cargos, implementada mediante el Acuerdo No 020 del 26 de octubre de 2016 “Por el cual se modifica la Planta de Personal del Hospital*

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

2

Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E." acto administrativo que dispuso la supresión de varios empleos AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 3, en virtud de lo cual mis poderdantes fueron retiradas de la entidad, sin que se les reconociera el derecho preferencial de incorporación por ser Empleados inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa, existiendo cargos en la nueva planta de personal.

- 3.2.** *En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que el artículo CUARTO del Acuerdo 020 de 2016 reza: "Las funciones propias del Hospital Universitario del Valle, serán atendidas por la planta de personal que a continuación se establece:..." y acto seguido aparecen relacionados los empleos correspondientes a la planta global, donde en el cuadro del Nivel Asistencial, aparece el cargo AUXILIAR ADMINISTRATIVO, código 407, grado 01, con una cantidad de CINCO (05) cargos, mis representadas presentaron la reclamación laboral de incorporación ante la Comisión de Personal de la Entidad, por considerar que la entidad les había vulnerado el derecho preferencial que les confiere el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.*
- 3.3.** *La Comisión de Personal, quien en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 760 de 2005 tiene la competencia para resolver en primera instancia las reclamaciones de los empleados de carrera a quienes se les haya suprimido el cargo, mediante Resolución No. 024 del 04 de Abril de 2017, resolvió favorablemente las reclamaciones de mis representadas, concediéndoles el derecho a ser incorporados en los cargos de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, código 407, grado 01 de la nueva planta del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E.*
- 3.4.** *Dicha decisión fue impugnada por el Gerente General de la entidad, dándosele el trámite correspondiente por parte de la Comisión de Personal del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. y posteriormente en segunda instancia por la Comisión Nacional del Servicio Civil, quién resolvió mediante la Resolución No. CNSC-20172010058555 del 21 de Septiembre de 2017 RECHAZAR por improcedente el mencionado recurso y ordenando su notificación al Gerente General de la entidad y a los reclamantes, entre ellos mis representados.*
- 3.5.** *En Cumplimiento de dicha decisión, la doctora XILENA RAMIREZ PALOMEQUE, Jefe de la Oficina de Talento Humano del Hospital Universitario del Valle, comisionada por la CNSC para realizar la comunicación del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. CNSC-20172010058555 del 21 de Septiembre de 2017, llevó a cabo la notificación personal del mencionado acto, tanto a los reclamantes como al Gerente General de la entidad, lo cual se surtió entre el 09 y el 12 de octubre de 2017.*
- 3.6.** *Una vez notificadas de la decisión adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mis representados presentaron a la entidad sendas comunicaciones en las que solicitan el cumplimiento de lo ordenado en la Resolución No. 024/2017 de la Comisión de Personal, consistente en su incorporación a la Planta de Personal de la entidad, indicando su disposición para reintegrarse inmediatamente a sus labores.*
- 3.7.** *La entidad accionada, mediante comunicaciones suscritas por el Gerente General, Dr. IRNE TORRES CASTRO, dio respuesta a las reclamaciones de cumplimiento del acto administrativo presentadas por mis representadas, en las que manifiesta que "el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. se encuentra limitado jurídica y materialmente para proceder con el cumplimiento de las INCORPORACIONES ordenadas..." hasta tanto no exista pronunciamiento*

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

3

expreso y claro de la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Hacienda, en razón al proceso de reestructuración económica (ley 550 de 1999) a que está siendo sometida la entidad.

3.8. *Dicha posición no es de recibo, toda vez que la incorporación de mis representados debe hacerse en los cargos EXISTENTES en la Planta de cargo de la Entidad, los cuales se encuentran debidamente presupuestados, además que se trata de una decisión Administrativa que se encuentra en firme y que la entidad se encuentra obligado a cumplir, no siendo entonces una operación VOLUNTARIA, que debe ser sometida a otras aprobaciones.*

3.9. *Las actuaciones y respuesta de la entidad, configuran a todas luces un desconocimiento del derecho a incorporación constituido en favor de mis representadas en el artículo primero de la Resolución No. 024/2017, beneficio que era de aplicación inmediata una vez en firme y de la cual sólo podía provenir su cumplimiento, sin más dilaciones como las procuradas por la entidad, cuyo desconocimiento vulnera de paso derechos fundamentales de mis representados.*

3.10. *No obstante lo anterior, el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. se ha negado a darle cumplimiento a la obligación de INCORPORACION en favor de los accionantes contenida en la Resolución No. 024 de 2017, alegando diversas razones, ninguna de las cuales justifica la renuencia a su cumplimiento ni el retardo para hacerlo, puesto que dicho acto administrativo está amparado con presunción de legalidad, ya que contra el no se ha producido hasta este momento decisión judicial que lo haya declarado nulo (..)".*

4. PRETENSIONES

Con ejercicio de la presente acción el actor pretende lo siguiente:

Se ordene al **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE DEL CAUCA "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.**, el cumplimiento inmediato de la Resolución No. CP 024/2017 de abril 04 de 2017, procediendo a la incorporación del accionante a la planta de cargos de la entidad.

5. TRÁMITE PROCESAL

El trámite se ajustó a lo previsto en los artículos 12 a 20 de la ley 393 de 1997, surtiéndose todas las etapas procesales.

Mediante auto interlocutorio No. 922 de noviembre 16 de 2017, se admitió la presente acción y se vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

6. POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

6.1. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.

El Gerente General de la entidad demandada manifestó entre otras cosas, que en abril de 2017, la Comisión de Personal del Hospital Universitario del Valle "EVARISTO GARCIA" E.S.E, profirió algunas Resoluciones, mediante las cuales, dispuso reconocer el Derecho a la INCORPORACION de sesenta y dos (62) funcionarios inscritos en carrera administrativa a quienes se les suprimió el cargo, entre las cuales se observa a folio 50, la Resolución No. 24 de abril 04 de 2017, que refiere el accionante en su demanda, *"Por la cual la Comisión de Personal del Hospital Universitario del Valle "EVARISTO GARCIA" E.S.E, resuelve unas reclamaciones laborales en primera instancia, relacionadas con la incorporación al empleo público en Régimen de Carrera Administrativa con denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 de ocho (8) horas, ante la opción de derecho preferencial de vinculación en la nueva planta de cargos del Hospital Universitario del Valle "EVARISTO GARCIA" E.S.E."*

Indica además, que el día 03 de mayo de 2017, el Gerente General (I) del Hospital Universitario del Valle "EVARISTO GARCIA" E.S.E, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la resoluciones citadas, proferidas por la Comisión de Personal del Hospital Universitario del Valle, en los términos dispuestos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por remisión del Decreto Ley 760 de 2005. (Circular 002 de 09 de febrero de 2016 - Punto 4.2.1 - CNSC); posteriormente, el día veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC - profirió ocho (8) resoluciones, (Nros. 20172010058505, 20172010058565, 20172010058555, 20172010058575, 20172010058585, 20172010058595, 20172010058605 y 20172010058615) mediante las cuales rechazó por improcedente el recurso de apelación promovido por el Gerente (I) del Hospital Universitario del Valle "EVARISTO GARCIA" E.S.E en contra de las resoluciones proferidas por la Comisión de Personal de la entidad.

Argumenta en su escrito, que mediante Acuerdo No. 006 de marzo 03 de 2016, atendiendo el incumplimiento del programa de Saneamiento Fiscal y Financiero, la entidad se acogió a la aplicación de la Ley 550 de 1999, con el propósito de lograr la recuperación de su equilibrio fiscal, financiero e institucional y en este mismo sentido mediante Acuerdo No. 011 del 18 de julio 2016, la Junta Directiva del Hospital Universitario del Valle autorizó al Gerente General en su condición de representante legal, para que iniciara la promoción del Acuerdo de Reestructuración y consecuentemente la celebración del Acuerdo, así como para efectuar las operaciones presupuétales necesarias para dar cumplimiento al mismo, conforme a lo previsto en la Ley 550 de 1999, y finalmente mediante Resolución No. 003207 del 25 de octubre de 2016 aceptó la promoción de un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García E.S.E" identificado con el NIT 890.303.461-2, designó promotora y fijó honorarios a la misma.

Por lo anterior, indica que al encontrarse la entidad en proceso de Ley 550 se deben tener presentes las limitantes propias del proceso como lo es la dispuesta en el artículo 3 del Decreto 694 de 2000 "Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Título V de la Ley 550 de 1999", el cual dispone:

"(...) Artículo 3º. Actividad de la entidad territorial durante la negociación del acuerdo. Con base en el artículo 17 y el numeral 10 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la entidad territorial o del nivel territorial, a partir de la fecha de iniciación de la negociación, determinarán las operaciones que éstas podrán realizar y salvo autorización previa y escrita del Ministerio, no podrán expedir actos o realizar operaciones que impliquen gasto, en especial los siguientes:

1. Actos u operaciones que impliquen modificaciones de las estructuras en el sector central o descentralizado que generen costos adicionales al presupuesto (...)"

Adiciona, que considerando que en las Resoluciones Nros. 20172010058505, 20172010058565, 20172010058555, 20172010058575, 20172010058585, 20172010058595, 20172010058605 y 20172010058615 del 21 de septiembre de 2017, proferidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC - conllevan a dar cumplimiento a lo dispuesto en las Resoluciones No 23, 27, 24, 29, 30, 31, 32 y 34 de 2017, proferidas por la Comisión de Personal del Hospital Universitario del Valle EVARISTO GARCIA "E.S.E", situación que se resume en la INCORPORACION de CINCUENTA Y OCHO (58) - servidores públicos inscritos en el escalafón de Carrera Administrativa (quedando pendiente de ser resuelta por la CNSC la resolución que resuelve el recurso que contempla la incorporación de cuatro (4) funcionarios

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

6

públicos), y el TRASLADO A PLANTA TRANSITORIA, de los funcionarios públicos vinculados en provisionalidad, que cuentan con alguna condición de protección, lo cual genera un incremento de costos anuales proyectados.

Igualmente manifiesta, que dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 694 de 2000, mediante comunicación Nro. 01.MA.1915 del 18 de octubre de 2017, remitida a la Superintendencia Nacional de Salud, Ministro de Hacienda y Crédito Público y Promotora Ley 550, la Gerencia de la entidad solicitó autorización para la INCORPORACION de SESENTA Y DOS (62) funcionarios inscritos en el escalafón público de carrera administrativa conforme lo dispuesto por la COMISION DE PERSONAL DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCIA" E.S.E. en el entendido que esto implica el traslado de igual número de trabajadores provisionales con estabilidad laboral reforzada a una planta transitoria, lo que amplía el número de trabajadores de la entidad v por ende los costos de nómina v des financiación de las proyecciones de sostenibilidad de la Lev 550 que hoy opera en la institución.

Finalmente, indica que la entidad se encuentra frente a una imposibilidad material y financiera de garantizar paralelamente los derechos tanto de los provisionales con condición de protección especial y aquellos funcionarios con derechos de carrera administrativa.

Propone las excepciones de inexistencia de la inactividad de la administración para obedecer, pleito pendiente y excepción de inconstitucionalidad.

6.2. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Manifestó la apoderada de la empresa vinculada que El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección General de Apoyo Fiscal, dirigió comunicación a la Superintendencia Nacional de Salud, con radicado No. 2-2016-022238 del 20 de junio de 2016, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1608 de 2013, e informó a la Superintendencia sobre la incapacidad de la Empresa Social del Estado "HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE - EVARISTO GARCÍA" para suscribir un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a la luz de la Lev 550 de 1999 con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

7

Desde entonces es competente la Superintendencia de Salud para resolver lo atinente a la intervención, liquidación o reestructuración de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE-EVARISTO GARCÍA, dado que no cuenta con un Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero vigente, sin que la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenga facultad para realizar pronunciamiento relacionado con la situación de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE - EVARISTO GARCÍA.

Expresó que El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es nominador del gasto del "HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE - EVARISTO GARCÍA", por lo que no le corresponde emitir conceptos o expedir actos administrativos relacionados con la incorporación al empleo del señor demandante en la Empresa Social del Estado.

De otro lado, el Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero viabilizado por el Ministerio de Hacienda no comprendió ni estableció el tema de incorporación del señor demandante a la ESE. La finalidad del Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero es otorgarle robustez economía, financiera y fiscal a la ESE para que cumpla sus obligaciones, en especial las laborales de forma oportuna y de acuerdo a la normatividad vigente.

Indicó en su escrito que la competencia para conocer del tema recae en la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que ésta se encuentra actuando como nominador y promotor en virtud del artículo 58 de la Ley 550 de 1999 modificado por el artículo 69 de la Ley 617 de 2000 del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos acogido por la ESE Hospital Universitario del Valle "Evaristo García", en este sentido, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no se encuentra facultado para emitir pronunciamiento frente al Acuerdo adoptado por la citada ESE.

En estas condiciones el trámite legal se encuentra en cabeza exclusiva de la Superintendencia Nacional de Salud, que suscribió acuerdo de reestructuración económica con la Empresa Social del Estado "HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE - EVARISTO GARCÍA". Por lo cual, se configura la falta de legitimación por pasiva, toda vez que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tiene ninguna

relación con los hechos descritos por el accionante, ni ha intervenido en los actos administrativos supuestamente incumplidos.

6.3. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

Manifiesta el apoderado de la entidad vinculada que a la fecha la resolución No. 201720100058555 del 21 de septiembre de 2017, sobre el cual no procedía ningún recurso, se encuentra en firme y con ella por ende, la decisión de primera instancia tomada por la Comisión de Personal, según la cual es procedente la incorporación de uno de los reclamantes, consecuencia de lo cual el hospital debía dar cumplimiento a la orden de incorporación emitida por la Comisión de Personal en primera instancia.

Así las cosas, es claro que producto de la decisión de rechazo del recurso de apelación por parte de la CNSC quedó en firme la decisión de primera instancia de la Comisión de Personal y, con ella, la obligación para el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E de incorporar a un (1) servidor, al cual le fue reconocido el derecho en la Resolución No. 024 del 4 de abril de 2017 emitida por el órgano colegiado de primera instancia.

No obstante lo anterior, el día 1 de noviembre de 2017 se llegó a la CNSC comunicación con radicado 20176000772232, cuya referencia es "tramite de cumplimiento INCORPORACIONES HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCIA" E.S.E.", por medio de la cual se informó:

"(...) así las cosas y dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 694 de 200 mediante comunicación Nro. 01. MA. 1915 del 18 de octubre de 2017, remitida a la Superintendencia Nacional de Salud, Ministro de Hacienda y Crédito Público y promotora Ley 550, La Gerencia de la entidad solicito autorización para la INCORPORACIÓN de SESENTA Y DOS (62) funcionarios inscritos en el escalafón público de carrera administrativa conforme lo dispuesto por la COMISION DE PERSONAL DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE UEVARITO GARCIA" E.S.E, considerando que si bien existen acciones que la entidad iniciara para esclarecerla situación en la que se generó la INCORPORACION, se debe dar cumplimiento a dichos actos administrativos.

Sin embargo debe considerar la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC - que el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E, se encuentra limitado jurídica v materialmente para proceder con el cumplimiento de las INCORPORACIONES ordenadas, hasta tanto no exista pronunciamiento claro v expreso por parte de las entidades antes mencionadas. (...)"

Sobre el caso concreto, manifiesta el apoderado que es claro que a la fecha el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E., no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Comisión de Personal de la entidad y como consecuencia de esta situación, el accionado directo está desconociendo el derecho de incorporación establecido en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, razón por la cual, en virtud a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, por medio de escrito con radicado 20172010498001 del 16 de noviembre de 2017, se inició indagación preliminar con el fin de determinar si existe algún tipo de responsabilidad en cabeza de algún funcionario del Hospital, derivado de la falta de cumplimiento de la decisión de instancia emitida por la Comisión de Personal dentro del trámite de incorporación de los servidores con derechos de carrera.

6.4. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Manifiesta el apoderado de la entidad vinculada, que conforme a la Ley 1122 de 2007 la Superintendencia Nacional de Salud NO le compete el cumplimiento de los actos administrativos expedidos por el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. y la Comisión Nacional de Servicio Civil, por lo que son hechos ajenos a sus funciones constitucionales y legales, por lo anterior indica que se configura la excepción de falta de legitimación por pasiva.

Expresó que de la norma sobre los acuerdos de reestructuración, no se desprende que los mismos admitan el incumplimiento de los derechos de los trabajadores, más aún si se trata de funcionarios de carrera administrativa, para los cuales se aplican normas vigiladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo cual, pese a que la entidad demandada actualmente tiene en proceso un acuerdo de reestructuración bajo el imperio de la Ley 550 de 1999, de conformidad con lo indicado en la Resolución 3207 del 25 de octubre de 2016 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, este no establece reglas que contradigan los derechos de carrera de los funcionarios que laboran para dicha ESE, toda vez que el mismo lo que busca es que finalmente se paguen todos los pasivos a los acreedores en el tiempo establecido para tal fin.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

Corresponde al Despacho conocer en primera instancia de la presente acción de cumplimiento, en virtud de lo preceptuado por el artículo 3° de la Ley 393 de 1997.

7.2. Acción de cumplimiento - Marco general

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución Política, reglamentado por la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento tiene por objeto, otorgar a toda persona la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para lograr que quienes se encuentren obligados al cumplimiento de normas con fuerza de ley o de actos administrativos, los cumplan.

Inicialmente, encontramos dos presupuestos de procedibilidad de esta acción:

- El primero, la prueba de la renuencia de la autoridad obligada a cumplir el deber legal omitido. Este debe consistir, según el artículo 8° de la Ley 393 de 1997, en que una vez reclamado por el interesado el cumplimiento del mismo, la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud;
-
- El segundo, que no se trate de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela, u otros medios de defensa judicial (Artículo 9 ibídem).

Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional, ha reiterado en numerosas ocasiones, cuáles son los sujetos y el objeto de esta acción de amparo constitucional, en los siguientes términos¹:

"ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO-Sujeto activo

Por lo que tiene que ver con el sujeto activo de la acción, del texto transcrito emana que este puede ser "toda persona". La jurisprudencia constitucional, refiriéndose a esta expresión, ha precisado que ella es comprensiva tanto de las personas naturales como de las jurídicas y, dentro de éstas, las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado. Por su parte los servidores públicos

¹ Corte Constitucional, sentencia C-638 de 2000. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

11

pueden también interponer dicha acción, bien a nombre propio o a nombre de las entidades respecto de las cuales actúan como representantes legales.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO-Sujeto pasivo

En lo que tiene que ver con el sujeto pasivo de la acción de cumplimiento, es decir con la persona en contra de la cual se interpone dicha acción, aunque la Constitución no lo indica expresamente, de su tenor literal puede inferirse que el mecanismo judicial en referencia puede dirigirse en contra de cualquier autoridad o particular en ejercicio de funciones públicas, responsable del cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO-Objeto

El objeto de la acción de cumplimiento es hacer efectivos la ley o el acto administrativo. Por lo tanto, el legislador no estaba obligado a configurar una acción de cumplimiento cuyo objeto cobijara la pretensión de indemnización de perjuicios. La naturaleza de la acción de cumplimiento la aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos. Lo que el constituyente quiso fue establecer un mecanismo para hacer efectivos mandatos o derechos expresamente consagrados en la ley o en el acto administrativo anterior, sobre los cuales no existe discusión o incertidumbre. El pago de indemnizaciones de perjuicios puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa cuando una operación material de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones públicas ha causado un daño antijurídico a un tercero (acción de reparación directa), o cuando un acto administrativo nulo genera un daño de la misma índole (acción de nulidad y restablecimiento del derecho), o cuando se demanda el incumplimiento de un contrato estatal y la responsabilidad consecuencial. En todos estos casos de responsabilidad patrimonial del Estado, por regla general es menester demostrar en juicio la acción u omisión de la autoridad pública, el daño antijurídico, y el nexo de causalidad material entre uno y otro. Para esos efectos el legislador ha diseñado mecanismos procesales adecuados que permiten un debate probatorio y jurídico amplio. En la acción de cumplimiento, no estando de por medio la declaración de la responsabilidad por un daño antijurídico, sino el efectivo cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, no se hace necesario estructurar mecanismos procesales iguales a los que deben surtirse para la declaración de la responsabilidad estatal. Si lo que el constituyente busca es lograr el cumplimiento de la ley o del acto administrativo, el legislador asegura de mejor manera este propósito diseñando para el trámite de la acción de cumplimiento un procedimiento breve y ad hoc, que excluya la posibilidad de que dentro de él se surta un debate encaminado a la declaración de derechos, como es el propio de un juicio de responsabilidad contractual o extracontractual. Si tan posibilidad se abriera, el juicio sería más dilatado, y el efectivo cumplimiento de la ley o el acto administrativo quedaría, entre tanto, en entre dicho." (Se resalta).

En consecuencia, la acción de cumplimiento es un instrumento idóneo para exigir a las autoridades públicas o a los particulares que actúan en ejercicio de funciones públicas, que cumplan real y efectivamente las normas con fuerza material de ley, y los actos administrativos; y no será posible mediante dicha acción, declarar derechos, pues este es un mecanismo previsto para hacer efectivos mandatos o derechos expresamente consagrados en la ley o en el acto administrativo, sobre los cuales no existe discusión o incertidumbre.

7.3. Legitimación por activa

Está en cabeza del accionante DANIEL ORDOÑEZ ANTE, quien solicita el cumplimiento de lo dispuesto en el acto administrativo contenido en la Resolución No.

CP 024/2017 del 04 de Abril de 2017 emitida por la Comisión de Personal de la entidad accionada.

7.4. Legitimación por pasiva

La constituye **EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.**, por ser la entidad que profirió el acto administrativo presuntamente incumplido y a quien le es aplicable la disposición objeto de cumplimiento.

7.5. La constitución en renuencia de la autoridad incumplida

Siendo este un requisito de procedibilidad establecido en el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 393 de 1997, concordante con el numeral 3º del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se precisa que el accionante cumplió con el mismo, al radicar derecho de petición con fecha octubre 23 de 2017 ante el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García", a fin que ésta diera cabal cumplimiento a lo dispuesto en **la Resolución No. CP 024/2017 del 04 de Abril de 2017**².

7.6. El acto presuntamente incumplido

Refiere la parte actora, que la entidad accionada ha omitido dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en **la Resolución No. CP 024/2017 del 04 de Abril de 2017**, en lo que refiere a la incorporación del accionante señor *ORDOÑEZ ANTE DANIEL* al cargo de *Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E.*

El tenor de la norma objeto de cumplimiento, es el siguiente:

***"Resolución No. CP. 024/2017
(Del 04 de abril de 2017)***

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por la cual la Comisión de Personal del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" resuelve unas reclamaciones laborales en primera instancia relacionada con la incorporación al empleo público en Régimen de Carrera Administrativa con denominación Auxiliar Administrativo código 01 de ocho (8)

² Folios 28.

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

13

horas, ante la opción de derecho preferencial vinculación en ña nueva planta de cargos del Hospital Universitario del valle "Evaristo García" E.S.E.

La Comisión de Personal, en ejercicio ce sus facultades legales y en especial las consagradas en el artículo 16 de la Ley 909 de 2004 y el título 14 del Derecho Único Reglamentario 1083 de 2015 del Sector Función Pública, (...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: *Reconocer el derecho preferente a la incorporación en un empleo de igual denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. al servidor de carrera administrativa que a continuación se detalla:*

NOMBRE	CÉDULA
ORDOÑEZ ANTE DANIEL	94.371.908

ARTÍCULO SEGUNDO: *Ordenar a la Administración la incorporación en un empleo de igual denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 provistos mediante nombramiento provisional en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. al reclamante descrito en el artículo inmediatamente anterior, conforme a la parte motiva del presente acto administrativo.*

PARÁGRAFO UNO: *La incorporación ordenada no tendrá el carácter de nuevo nombramiento.*

PARAGRAFO DOS: *En caso de que uno o más servidores desistan formalmente al derecho reconocido por este órgano colegiado para su incorporación en la nueva planta de personal del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García", la Comisión de Personal sesionará para establecer en orden del derecho preferente quien o quienes deban incorporarse en cumplimiento de los criterios definidos y aplicados para este caso.*

ARTICULO TERCERO: *No reconocer la incorporación de la ex servidora PÚBLICA DAVALOS JIMENEZ ADRIANA, identificada con cédula de ciudadanía 31174420, en un empleo de igual o equivalente denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 de ocho (8) horas debido a que en la nueva estructura del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. no existe cargo vacante en el cual pueda ser incorporada*

ARTICULO CUARTO: *No reconocer la incorporación de la ex servidora pública LOPEZ TORRES SANDRA EUGENIA identificada con cédula de ciudadanía 34562909, en un empleo de igual o equivalente denominación: Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 de ocho (8) horas debido a que en la nueva estructura del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. no existe cargo vacante en el cual pueda ser incorporada.*

ARTICULO QUINTO: *Comuníquese por la Secretaría Técnica de la Comisión de Persona, el texto de la presente Resolución al Representante Legal de la Entidad, para su cumplimiento*

ARTÍCULO SEXTO: *Notifíquese por la Secretaría Técnica de la Comisión de Personal el texto de la presente resolución a todos y cada uno de los reclamantes, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por él ara notificarse, advirtiéndoles que contra esta procede el*

recurso de apelación con el mismo propósito, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil interponiéndose por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, para ser remitido posteriormente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del artículo 74 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO SEPTIMO: *Notifíquese por la Secretaría Técnica de la Comisión de Personal en los términos del CPACA, a terceros intervinientes, a su representante o apoderado entregándoles copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo.*

ARTÍCULO OCTAVO: VIGENCIA. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación y deroga las disposiciones que le sean contrarias. NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE"*

7.7. Problema Jurídico

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo la presente acción, debe el Juzgado determinar si la entidad accionada **i)** ha omitido dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en **la Resolución No. CP 024/2017 del 04 de Abril de 2017** y, si en tal sentido, **ii)** es procedente ordenar al **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.** que realice la incorporación a través del nombramiento del señor ORDOÑEZ ANTE DANIEL en un empleo de igual denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E.

7.8. Desarrollo de los Problemas Jurídicos Planteados

Para resolver los problemas jurídicos antes planteados, se procederá a:

- 7.8.1. Determinar cuáles son los requisitos para el ejercicio de la acción de cumplimiento;
- 7.8.2. Indicar brevemente cuando es posible exigir el cumplimiento de una norma o acto administrativo,
- 7.8.3. Establecer la solución a los problemas jurídicos planteados en el caso concreto.

7.8.1 Requisitos para el ejercicio de la acción de cumplimiento.

Según el artículo 87 de la Constitución Política, toda persona puede acudir ante la autoridad judicial, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, y en caso de prosperar, la sentencia ordenará a la autoridad renuente, el cumplimiento del deber omitido.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir un inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos.

El Consejo de Estado ha sostenido que la acción de cumplimiento es un mecanismo judicial ideado por el Constituyente para que el juez conmine a una autoridad al cumplimiento de las obligaciones que le ha impuesto una ley o un acto administrativo, teniendo en cuenta que el respeto a la ley, su vigencia e imperio son postulados fundamentales del Estado Social de Derecho, puesto que se trata de una norma jurídica que no puede reducirse a algo que el Congreso decreta, pero el gobierno se reserva el derecho de cumplir o no cumplir, según considere que es conveniente, oportuno o financieramente viable³.

En relación con los requisitos para el ejercicio de la acción de cumplimiento, en providencia del Consejo de Estado de noviembre 1 de 2007, emitida por la Sección Quinta, con Ponencia de la Doctora MARIA NOHEMÍ HERNANDEZ PINZÓN, se señaló:

"De acuerdo con la Ley 393 de 1997, los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere son los siguientes:

a) Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º). Esta exigencia impone que las obligaciones reclamadas sean incontrovertibles e incuestionables, de forma tal que no exista duda sobre su existencia, contenido y alcance, quedando excluida de la finalidad de esta acción la declaración de derechos que estén en discusión, pues para tal efecto existen las acciones contenciosas.

b) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

³ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2002. Consejera Ponente Dr. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

16

c) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber antes de instaurar la demanda, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).

d) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en un acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia ésta que hace improcedente la acción, así como también conduce a ése estado el pretender el cumplimiento de normas con fuerza material de ley que establezcan gastos a la administración y la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela (Art. 9º).

Queda claro entonces que tanto la Ley 393 de 1997, como la jurisprudencia del Consejo de Estado han establecido requisitos mínimos para la procedencia y prosperidad de las pretensiones planteadas a través del medio de control de Cumplimiento, los cuales deben superarse completamente para efectos de que el juez constitucional emita la respectiva orden de cumplimiento.

7.8.2. Acción de cumplimiento contra actos administrativos.

Al respecto el Consejo de Estado ha expresado⁴:

*“La acción de cumplimiento se consagró con la finalidad de que cualquier persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo (Art. 87 C.P.), lo que de ser acogido dará lugar a que en la respectiva providencia se le ordene al renuente “...el cumplimiento del deber omitido.”. Aunque esta formulación constitucional precisa como objeto de la acción los contenidos normativos inmersos en leyes o en actos administrativos, de ello no puede seguirse que la regla sea que toda clase de disposición pueda ordenarse ejecutar a través de esta acción, **ya que sólo lo son aquellas prescripciones que se caractericen como “deberes”, esto es como “Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos... o por las leyes... positivas”⁵.***

Así lo consagra la propia Ley 393 del 29 de julio de 1997 “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”, que de manera más precisa se refiere al “deber omitido” (Arts. 5, 7, 15, 21 y 25) o al “deber legal o administrativo” incumplido. Esta precisión es para la Sala bien significativa, en la medida que indica que solamente los deberes legales o administrativos, según donde estén consagrados, pueden ser cumplidos a instancia de las órdenes que imparta el juez constitucional, de suerte que la ejecutividad de esas prescripciones ya no dependerá únicamente de su ubicación en una ley o en un acto administrativo con fuerza material de ley sino que además y por sobre todo es necesario que albergue un deber o un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad.

El deber legal o administrativo que es pasible de hacerse cumplir a través del mecanismo judicial previsto en el artículo 87 Superior y desarrollado por la Ley 393 de 1997, en una primera época la jurisprudencia de esta Corporación lo asimiló en sus elementos a las

⁴ **CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION QUINTA -**
Consejera ponente (E): SUSANA BUITRAGO VALENCIA- Radicación número: 88001-23-31-000-2010-00019-01(ACU)

⁵ Diccionario de la Real Academia Española.

características que identifican a un título ejecutivo⁶, y en la actualidad sintetizó sus rasgos propios como un "mandato imperativo e inobjetable"⁷. De modo que la acción de cumplimiento no puede emplearse para lograr el cumplimiento de disposiciones que no ostenten estas características. Es indispensable que los mandatos sean lo suficientemente precisos en cuanto a la clase de obligación y la autoridad obligada a acatarla o aplicarla, sin que ello sea objeto de cuestionamiento alguno. Porque si el que se considera un deber está siendo discutido por los canales legales, sobre el mismo no podrá impartirse ninguna orden, por carecer de su carácter imperativo e inobjetable"

Así las cosas, se encuentra claro que cuando se demanda en acción de cumplimiento de una ley o un acto administrativo, este debe contener un deber o un mandato perentorio, el cual debe ser preciso en cuanto a la clase de obligación y la autoridad obligada a acatarla sin que exista cuestionamiento alguno.

8. Caso Concreto.

Solicita el señor DANIEL ORDOÑEZ ANTE, se ordene al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E. el cumplimiento inmediato de la Resolución No. CP 024/2017 de abril 04 de 2017, procediendo a la incorporación del accionante en la planta de cargo de la Entidad accionada.

Ahora bien, previo a tomar una decisión de mérito, se realizará un estudio sobre la procedencia de la acción de cumplimiento para los efectos aquí pretendidos por la parte actora.

Así las cosas, es dable recordar que al tenor de lo dispuesto en los artículos 7 y 9 de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento se torna improcedente bajo cuatro (4) circunstancias:

8.1. Cuando se intente por los mismos hechos que con anterioridad hubiesen sido decididos en el ámbito de competencia de la misma autoridad, esto es, cuando se

⁶ Así se dijo, por ejemplo, en el fallo de noviembre 17 de 1995 (Exp. 3453) de la Sección Primera, donde se pregonó que el deber omitido debía corresponder a una obligación clara, expresa y exigible, lo cual se sostuvo con base en algunas disposiciones de la Ley 99 de 1993; sin embargo, en fallo de abril 13 de 2000 (Exp. ACU-1232) de la Sección Tercera, se dijo que al haberse derogado expresamente el artículo 77 de la Ley 99 de 1993, con la expedición de la Ley 393 de 1997, ya no podía acogerse el criterio del título ejecutivo.

⁷ Así lo viene aceptando la jurisprudencia del Consejo de Estado en gran cantidad de pronunciamientos, como los siguientes: i.) Fallo ACU-1214 de marzo 23 de 2000 Sección Segunda; ii.) Fallo ACU-1045 de octubre 2 de 2003 Sección Quinta; iii.) Fallo ACU-1561 de octubre 10 de 2002 Sección Segunda; iv.) Fallo ACU-1171 de enero 31 de 2002 Sección Segunda, y v.) Fallo ACU-1051 de septiembre 4 de 2003 Sección Tercera.

presente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada por existir triple identidad de partes, objeto y causa.

8.2. Cuando se instaure para lograr la protección de derechos que puedan ser salvaguardados mediante la acción de tutela, valga decir, derechos fundamentales, caso en el cual deberá impartirse el trámite de acción de tutela.

8.3. Cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el cumplimiento efectivo del deber jurídico, salvo que al declarar la improcedencia de la acción por esta causal se produzca un perjuicio grave e inminente para el accionante; situación que atiende a la residualidad de la acción de cumplimiento.

8.4. Por último, se torna improcedente la referida acción cuando con ella se pretenda el cumplimiento de normas o actos que establezcan gastos a la administración.

Centrándonos en el caso concreto, tenemos que el primero de los supuestos no se configura por cuanto no existe prueba ni tan siquiera sumaria en el plenario que dé cuenta de la presunta existencia de una cosa juzgada, más aun, cuando la entidad encartada al contestar la demanda nada dijo al respecto.

Igualmente, respecto a la causal segunda de improcedibilidad, debe afirmarse que la misma no se configura, toda vez que mediante el presente accionar se pretende el cumplimiento de un acto administrativo (Resolución No. CP 024/2017 de abril 04 de 2017), el cual se encuentra en firme, fue proferido por la misma entidad accionada y se trata de un una obligación y/o deber administrativo a cargo de la misma entidad y no de un derecho fundamental que pueda ser protegido a través de la acción de tutela.

Igual suerte corre la causal tercera, pues no es dable afirmar que el accionante cuente con otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento efectivo del acto administrativo incumplido, pues la Resolución demandada es favorable a sus intereses y solo se pretende su ejecución y/o cumplimiento

Finalmente, respecto a la última causal de improcedibilidad, atinente a no poderse ejercer la presente acción para buscar el cumplimiento de normas que establezcan gastos, en iguales condiciones se afirma que la misma no aplica al caso concreto,

toda vez que si bien se trata de una incorporación a un cargo de carrera administrativa, el accionante no cuenta con otro mecanismo judicial para lograr su cumplimiento, además de que se trata de una decisión de la misma entidad accionada, en la cual reconoce un derecho y se encuentra en firme.

En virtud de lo expuesto, el ejercicio de la presente acción se torna procedente para estudiar de fondo el problema jurídico planteado con anterioridad.

Así las cosas, al descender al estudio del caso concreto debe decir el Despacho que efectivamente como lo afirman el accionante, la Resolución No. CP 024/2017 del 04 de Abril de 2017, contiene una obligación imperativa e inobjetable en cabeza del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E. consistente en "(...) *la incorporación en un empleo de igual denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. al servidor de carrera administrativa que a continuación se detalla: NOMBRE: ORDOÑEZ ANTE DANIEL, CÉDULA: 94.371.908*" decisión que fuera emitida por la Comisión de Personal de la misma entidad y que a la fecha se encuentra en firme.

No obstante, con la contestación allegada por la entidad demandada, se proponen las excepciones de: i) inexistencia de la actividad de la administración para obedecer, ii) pleito pendiente y iii) excepción de inconstitucionalidad; el Despacho procederá a estudiar cada una de estas.

i) Inexistencia de la actividad de la administración para obedecer.

Manifiesta el gerente de la entidad accionada que el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa, indica que "*su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el "cumplimiento de un deber omitido" contenido en "una ley o acto administrativo" (artículo 87 C.P.) que la autoridad competente se niega a ejecutar, lo que no ocurre en el caso concreto, pues la autoridad no se ha negado a dar cumplimiento a lo ordenado, por el contrario se encuentra agotando dos (2) procedimientos paralelos a fin de esclarecer una situación que hoy es atípica v frente a la cual no existe plena claridad: (i) por un lado no se agotaron los recursos de Ley pues como se ha manifestado reiteradamente la autoridad competente Comisión Nacional del Servicio*

Civil - CNSC -. Se negó a darle trámite a los mismos, dentro del cual se había solicitado la vinculación de la PROMOTORA DE LEY 550. (ii) v por otro lado se exige el cumplimiento de resoluciones que dan ordenes que afectan presupuestalmente la entidad, razón por la cual y dada la mediada especial en que se encuentra la entidad, previo adoptar decisiones y ordenar los movimientos que son requeridos se debe contar con la intervención del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Nacional de Salud, situación que le fue informada a cada uno de los empleados de carrera administrativa frente a los cuales se ordenó la incorporación”⁸.

Al respecto, resulta importante traer a colación las respuestas que el Ministerio de Hacienda, la Superintendencia de Salud y Comisión Nacional del Servicio Civil allegaron como vinculadas dentro del presente trámite:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, indicó que informó a la Superintendencia sobre la incapacidad de la Empresa Social del Estado "HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE - EVARISTO GARCÍA" para suscribir un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a la luz de la Ley 550 de 1999 con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; desde entonces es competente la Superintendencia de Salud para resolver lo atinente a la intervención, liquidación o reestructuración de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA", toda vez que ésta se encuentra actuando como nominador y promotor en virtud del artículo 58 de la Ley 550 de 1999 modificado por el artículo 69 de la Ley 617 de 2000 del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos acogido por la ESE Hospital Universitario del Valle "Evaristo García"

Por su parte la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, quien de conformidad con el artículo 130 de la Constitución Nacional es la entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, indicó que:

“a la fecha la resolución No. 201720100058555 del 21 de septiembre de 2017, sobre el cual no procedía ningún recurso, se encuentra en firme y con ella por ende, la decisión de primera instancia tomada por la Comisión de Personal, según la cual es procedente la incorporación de uno de los reclamantes, consecuencia de lo cual el Hospital debía dar cumplimiento

⁸ Folio 58

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

21

a la orden de incorporación emitida por la Comisión de Personal en primera instancia.

Así las cosas, es claro que producto de la decisión de rechazo del recurso de apelación por parte de la CNSC quedó en firme la decisión de primera instancia de la Comisión de Personal y, con ella, la obligación para el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E de incorporar a un (1) servidor, al cual le fue reconocido el derecho en la Resolución No. 024 del 4 de abril de 2017 emitida por el órgano colegiado de primera instancia.

Sobre el caso concreto, manifiesta el apoderado que es claro que a la fecha el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E., no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Comisión de Personal de la entidad v como consecuencia de esta situación, el accionado directo está desconociendo el derecho de incorporación establecido en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, razón por la cual, en virtud a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, por medio de escrito con radicado 20172010498001 del 16 de noviembre de 2017, se inició indagación preliminar con el fin de determinar si existe algún tipo de responsabilidad en cabeza de algún funcionario del Hospital, derivado de la falta de cumplimiento de la decisión de instancia emitida por la Comisión de Personal dentro del trámite de incorporación de los servidores con derechos de carrera"

La Superintendencia Nacional de Salud, expresó por su parte no le compete el cumplimiento de los actos administrativos expedidos por el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E. y la Comisión Nacional de Servicio Civil, por lo que son hechos ajenos a sus funciones constitucionales y legales; indicó que de la norma sobre los acuerdos de reestructuración, no se desprende que los mismos admitan el incumplimiento de los derechos de los trabajadores, más aún si se trata de funcionarios de carrera administrativa, para los cuales se aplican normas vigiladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo cual, pese a que la entidad demandada actualmente tiene en proceso un acuerdo de reestructuración bajo el imperio de la Ley 550 de 1999, de conformidad con lo indicado en la Resolución 3207 del 25 de octubre de 2016 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, este no establece reglas que contradigan los derechos de carrera de los funcionarios que laboran para dicha ESE, toda vez que el mismo lo que busca es que finalmente se paguen todos los pasivos a los acreedores en el tiempo establecido para tal fin.

Teniendo en cuenta lo anterior; considera el Despacho que la excepción de "inexistencia de la administración para obedecer" no está llamada a prosperar, toda vez que se advierte claramente un incumplimiento por parte de la entidad accionada

sobre la decisión contenida en la Resolución No. CP 024/2017 de abril 04 de 2017, tanto así, que la Comisión Nacional de Servicio Civil, entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, advirtió que **“es claro que a la fecha el Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” E.S.E., no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Comisión de Personal de la entidad v como consecuencia de esta situación, el accionado directo está desconociendo el derecho de incorporación establecido en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, razón por la cual, en virtud a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, por medio de escrito con radicado 20172010498001 del 16 de noviembre de 2017, se inició indagación preliminar con el fin de determinar si existe algún tipo de responsabilidad en cabeza de algún funcionario del Hospital, derivado de la falta de cumplimiento de la decisión de instancia emitida por la Comisión de Personal dentro del trámite de incorporación de los servidores con derechos de carrera⁹”**

ii) **Pleito Pendiente.**

Sobre la configuración de la prejudicialidad por existir una acción de cumplimiento en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC - por haber desconocido su propia circular, considera el Despacho que la presente acción de cumplimiento no pretende como lo ha manifestado la accionada, el reconocimiento de derechos particulares en disputa, pues se trata es del cumplimiento de un acto administrativo que ya reconoció un derecho, acto que fue emitido por la misma entidad accionada, se encuentra en firme como lo manifestó la Comisión Nacional del Servicio Civil y contiene un deber y/o obligación administrativo, que a la fecha no ha sido cumplido; por lo anterior, es claro que la decisión dentro de esa acción de cumplimiento que refiere, no interfiere en el cumplimiento de la obligación asumida por la entidad.

iii) **excepción de inconstitucionalidad.**

Manifiesta el representante de la entidad accionada que todos los funcionarios nombrados en provisionalidad que hoy se encuentran laborando en el Hospital Universitario del Valle "EVARISTO GARCIA" E.S.E y que ocupan los cargos de los accionantes se mantienen dado que dentro del proceso de identificación del

⁹ Folio 127

personal con condición de especial protección llevado a cabo por la entidad a mediados de la vigencia 2016, demostraron presentar alguna condición que los convierte en **sujetos de especial protección constitucional**.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia de Noviembre 23 de 2017, expreso: ¹⁰

“Con el fin de resolver el problema jurídico la Corte estableció las siguientes reglas:

En primer lugar, la Sala Plena determinó que, prima facie, las personas nombradas en provisionalidad o en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan.

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

En tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 Superior), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388/05, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del despido, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra.

De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. La terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de los funcionarios en provisionalidad, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

2. Sin embargo, cuando el funcionario que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público cabeza de familia.

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como madres

¹⁰ EXPEDIENTE T-5.761.808 AC. SENTENCIA SU-691/17 (Noviembre 23) M.P. Alejandro Linares Cantillo La Sala Plena de la Corte Constitucional

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

24

cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.

Al resolver el caso concreto, la Sala Plena consideró que, en efecto, la accionante cumple con los presupuestos para ser considerada madre cabeza de familia, lo cual activa la protección constitucional que, entre otras, podría verse reflejada en una protección laboral reforzada a su favor.

Adicionalmente, encontró que la Procuraduría General de la Nación tenía conocimiento de la calidad de madre cabeza de familia de la accionante, situación ante la cual la entidad no emitió garantía alguna. Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional consideró que la Procuraduría General de la Nación desconoció la especial protección a la madre cabeza de familia establecida en el inciso 2º del artículo 43 Superior, vulnerando con ello los derechos fundamentales de la señora Diana Ortegón Pinzón.

Reiterando que su condición de sujeto de especial protección constitucional no le otorga un derecho indefinido a permanecer en un cargo de provisionalidad, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.

Esta Corte le ordenará a la entidad que, siempre que hayan vacantes en la entidad, dé continuidad a la vinculación de la señora Diana Ortegón Pinzón de forma provisional hasta tanto todas las plazas sean ocupadas por los integrantes de la lista de elegibles.

Por lo tanto, la Sala dispuso confirmar la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, juez de segunda instancia dentro del proceso de tutela, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2016, que dejó sin efectos la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación mediante la cual decidió desvincular a la señora Ortegón Pinzón y, en consecuencia, ordenó su reintegro en el cargo que ocupaba.

La Sala puso de presente que la accionante bien pudo considerar innecesario, por sustracción de materia acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativo con el fin de demandar la actuación de la Procuraduría, toda vez que el acto vulnerador de sus derechos ya no estaba produciendo efectos, como consecuencia de la decisión judicial adoptada por el juez de tutela. No obstante, la Corte reiteró que su condición de sujeto de especial protección constitucional no le otorga el derecho indefinido de permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganaron el concurso público de méritos, por lo que se ordenó que la entidad y, de ser posible en la actualidad, dé continuidad a la vinculación de la señora Diana Ortegón Pinzón de forma provisional hasta tanto todas las plazas sean ocupadas por los integrantes de la lista de elegibles, es decir, hasta tanto se concrete de manera ineludible el sistema de carrera.

Así las cosas, considera el Despacho que las excepciones propuestas por la entidad accionada no tienen fundamento, en tanto, como ya se dijo, es evidente que existe un incumplimiento por parte del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E., de la Resolución No. CP 024/2017 del 04 de abril de 2017, emitida por la Comisión de Personal de dicha entidad, que a la fecha se encuentra en firme y que contiene una obligación clara y directa a cargo esta.

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

25

Ahora, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada, es claro que prevalecen los derechos de carrera sobre los sujetos de especial protección constitucional que ocupen cargos en provisionalidad; por lo tanto, la entidad accionada deberá realizar todos los actos tendientes a materializar la decisión de incorporación de accionante por ser servidor de carrera administrativa en un empleo de igual denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER las pretensiones de la presente acción de cumplimiento conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO.- ORDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E. que en el término improrrogable de diez (10) días a la ejecutoria de esta sentencia, si no lo hubiere hecho, dé efectivo cumplimiento a las obligaciones contenidas en la Resolución No. CP 024/2017 del 04 de abril de 2017 y consecuente a ello, realice todos los actos tendientes a materializar la decisión de incorporación del accionante señor DANIEL ORDOÑEZ ANTE, identificado con la cédula de ciudadanía No 94.371.908, por ser servidor de carrera administrativa, en un empleo de igual denominación Auxiliar Administrativo código 407 grado 01 en la planta de personal reestructurada del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E.

SEGUNDO.- DESVINCULAR de la presente acción de cumplimiento a la Superintendencia Nacional de Salud, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia según lo indicado.

CUARTO.- NOFITÍCASE a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 22 de la Ley 393 de 1997.

Acción: Cumplimiento
Radicación: 76-001-33-31-005-2017-00305-00
Demandante: DANIEL ORDOÑEZ ANTE
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" E.S.E.
Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

26

QUINTO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

ALZ.