



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)

Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la señora DORA MARÍA RENDÓN OSSA, en contra de la sentencia de primera instancia de 8 de abril de 2015, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Quinta de Decisión (Descongestión) negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, la señora DORA MARÍA RENDÓN

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

OSSA presentó demanda, con el propósito de obtener los siguientes pronunciamientos:

1.1. Principales declarativas:

1.1.1. Que se inapliquen por ilegales, los Decretos 405 de 14 de febrero de 2007¹ y 2349 de 2008².

1.1.2. Que se declare la nulidad del documento identificado con la radicación ADM 4930 de 18 de julio de 2008, mediante el cual se desvinculó a la demandante del servicio.

1.1.3. Que se declare que el despido de la demandante es ineficaz, por su condición de madre cabeza de familia y porque le faltaban menos de tres años para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

1.1.4. Que el tiempo transcurrido entre el despido y la declaratoria de ineficacia del mismo, se compute para efectos de la pensión de jubilación legal o convencional.

1.1.5. Que se declare que la demandante tiene derecho a percibir el salario básico mensual más alto, que disfrutó la Técnica de Servicios Asistenciales, Grado 19, por efectos de la nivelación salarial.

1.1.6. Que se reconozcan y paguen los derechos pactados en las convenciones colectivas de trabajo, suscritas entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

¹ Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe y se ordena su liquidación.

² Por el cual se prorroga el plazo de liquidación de la Empresa Social del Estado - ESE Rafael Uribe Uribe en Liquidación.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

1.1.7. Que se declare que el parágrafo 4º del artículo 40 y el inciso 1º del artículo 62 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 son ineficaces, por desconocer derechos adquiridos de la demandante.

1.2. Principales de condena:

1.2.1. Que se restablezca la relación laboral de la demandante, con el pago de los salarios y prestaciones sociales, legales y convencionales, dejados de percibir desde el 18 de julio de 2008 hasta cuando se le reconozca la pensión de jubilación convencional o legal.

1.2.2. Que se pague la diferencia salarial por nivelación a partir del 26 de junio de 2003, y con base en dicha diferencia, se condene al pago del reajuste de prestaciones sociales, legales y convencionales, así como de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral.

1.2.3. Que se condene a la devolución de las sumas deducidas, de derechos convencionales adquiridos y prestaciones sociales.

1.2.4. Que se condene al reajuste y pago de los derechos adquiridos desde el 26 de junio de 2003, hasta la fecha en que realmente finalice el proceso de liquidación.

1.2.5. Que por efectos de la ineficacia del despido y del consiguiente restablecimiento de la relación laboral, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional o legal, indexando la primera mesada pensional.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

1.2.6. Que se le pague la indexación sobre todas las sumas adeudadas, hasta la fecha del pago efectivo, así como las costas del proceso.

2.1. Subsidiarias declarativas:

2.1.1. Que se declare la nulidad del documento identificado con la radicación ADM 4930 de 18 de julio de 2008, mediante el cual se desvinculó a la demandante del servicio.

2.1.2. Que se declare que la demandante tiene derecho percibir el salario básico mensual que devengó la Técnica de Servicios Asistenciales Grado 19, por efectos de la nivelación salarial.

2.1.3. Que se le respete a la demandante el derecho de asociación sindical a través del reconocimiento y pago de los derechos pactados en las convenciones colectivas de trabajo, suscritas entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

2.1.4. Que se declare que los beneficios convencionales se hacen extensivos a la demandante como servidora de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, como derechos adquiridos.

2.1.5. Que se declare que el parágrafo 4º del artículo 40 y el inciso 1º del artículo 62 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 son ineficaces, por desconocer derechos adquiridos de la demandante.

2.2. Subsidiarias de condena:

2.2.1. Que se pague la diferencia salarial por nivelación, mes por mes, a partir del 26 de junio de 2006, y con base en dicha diferencia se

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)

Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

condene al pago del reajuste de prestaciones sociales, legales y convencionales, y al reajuste de cotizaciones al sistema de seguridad social integral.

2.2.2. Que se condene a la devolución de las sumas deducidas, de derechos convencionales adquiridos y prestaciones sociales.

2.2.3. Que se condene al reajuste y pago de los derechos convencionales adquiridos durante los periodos comprendidos entre el 26 de junio de 2003 y 31 de octubre de 2004, y el 1º de noviembre de 2004 y el 18 de julio de 2008.

2.2.4. Que se reconozca la indexación sobre todas las sumas adeudadas, hasta la fecha del pago efectivo.

3. Hechos

Informan los hechos que sustentan las pretensiones, que la señora DORA MARÍA RENDÓN OSSA ingresó al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) el 17 de diciembre de 1984 como supernumeraria. Posteriormente, el 3 de julio de 1987 fue vinculada a la planta de personal, lapso durante el cual, según afirma, su empleador no la afilió a seguridad social, ni cotizó para invalidez, vejez y muerte. Finalmente, el 23 de septiembre de 1991, previo concurso de méritos, fue nombrada Técnica de Servicios Asistenciales Grado 18, como trabajadora oficial.

Durante su vinculación con la entidad, SINTRASEGURIDAD SOCIAL suscribió la convención colectiva de trabajo 2001-2004, la cual, en su entender, está vigente.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Se dice en la demanda que la actora fue discriminada salarial y prestacionalmente, habida consideración de que a ciertos empleados que ejercían las mismas actividades se les pagaba un salario más alto.

Mediante Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional escindió el ISS, por lo que la demandante fue incorporada automáticamente a la ESE Rafael Uribe Uribe y sin solución de continuidad como empleada pública, hasta el 18 de julio de 2008, aun cuando el proceso liquidatorio no había culminado y pese a tener la calidad de prepensionada y madre cabeza de familia.

La Corte Constitucional, mediante sentencias C-314 y C-349 de 2004, declaró parcialmente inexecutable el artículo 18 del mencionado decreto y condicionalmente exequibles las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad” contenidas en el artículo 17 y el párrafo transitorio del artículo 18, respectivamente, en el entendido de que se debían respetar los derechos adquiridos por la convención colectiva de trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, la escisión del ISS no implicó la derogatoria ni la modificación de la convención colectiva, como tampoco limitó su vigencia, por lo que en su entender, el tiempo laborado al servicio de la ESE Rafael Uribe Uribe debe computarse como si hubiera servido al ISS sin solución de continuidad, para todos los efectos legales y convencionales.

Sostuvo que durante la relación laboral, se le dedujo la suma de \$3.025.978 por concepto de salarios y prestaciones sociales convencionales, como también se le reconocieron en menor valor los derechos convencionales causados entre el 26 de junio de 2003 y el 31

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

de octubre de 2004; y que se le adeudan los derechos convencionales causados entre el 1º de noviembre de 2004 y el 18 de julio de 2008.

Adicionalmente, expuso que a partir del 26 de junio de 2003, a la accionante se le liquidó el auxilio de cesantías año por año y se le consignó tardíamente, sin el pago de los intereses, desconociendo que es beneficiaria del régimen retroactivo y convencional de cesantías.

Finalmente, que la liquidación definitiva de las prestaciones sociales y de la indemnización por despido es deficitaria, pues no se consideró todo el tiempo de servicio, la diferencia salarial por nivelación, los derechos convencionales y el carácter salarial de los mismos como tampoco la tabla prevista en la convención colectiva de trabajo.

4. Fundamentos de derecho

Como normas violadas, citó los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 38, 39, 53, 58, 122, 228 y 243 de la Constitución Política; 5 de la Ley 6ª de 1945; Decreto 2127 de 1945; los Decretos 797 de 1949, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978, 035 de 1999 y 1750 de 2003; 16, 20, 21, 43, 67, 68, 69, 70, 143, 467, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo; las Leyes 50 de 1990, 4ª de 1992, 244 de 1995 y 790 de 2002. Se citaron también algunos apartes de las sentencias T-644 de 1998, C-314 y 349 de 2004 emanadas de la Corte Constitucional.

Expuso que la ESE Rafael Uribe Uribe debió remunerar a la demandante, no con base en la noción genérica del empleado público, ni con la denominación formal del cargo que le asignó, sino a la luz del principio de derecho “a trabajo igual, salario igual”, armonizado con el postulado

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

según el cual “en caso de conflictos entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquellas”.

Además, como quiera que la Corte Constitucional, en las sentencias C-314 y 349 de 2004 salvaguardó los derechos de los trabajadores previstos en la convención colectiva de trabajo, sin un límite temporal determinado, es equivocado interpretar que los derechos convencionales solo podían aplicarse hasta el 31 de octubre de 2004, pues dicha convención se prorrogó de manera automática, a la luz del artículo 478 del CST.

5. OPOSICIÓN

5.1. El otrora Ministerio de la Protección Social, por conducto de apoderada, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Sostuvo que no es viable la aplicación indefinida de la convención colectiva de trabajo, pues esta fue suscrita con el ISS y no con la ESE Rafael Uribe Uribe, en el cual se vinculó a la accionante como empleada pública, por lo que tampoco es procedente aplicarle beneficios convencionales.

Propuso las excepciones de falta de jurisdicción y competencia; falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente al Ministerio de la Protección Social; inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del ministerio para pagar prestaciones sociales; inexistencia de la obligación y prescripción.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)

Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

5.2. La Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA, en calidad de administrador del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE Rafael Uribe Uribe Liquidada, sostuvo que en los anexos contemplados dentro del contrato de fiducia no aparecen obligaciones, ni acreencias laborales reconocidas a favor de la señora RENDÓN OSSA.

6. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Quinta de Decisión de Descongestión, mediante sentencia de 8 de abril de 2015, negó las pretensiones de la demanda.

En primer término, abordó las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Frente a la «falta de jurisdicción y competencia» propuesta por el Ministerio de Salud y de Protección Social, consideró innecesario resolverla, al advertir que se trató de una imprecisión, toda vez que la misma se encaminó a dilucidar que «quien conoce de las controversias que se susciten entre las entidades públicas y sus empleados públicos es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón por la cual este negocio debe ser adelantado ante dicha jurisdicción», por lo que entendió que se trata de una excepción dirigida hacia la jurisdicción ordinaria.

Frente a los demás medios exceptivos propuestos, advirtió que los mismos reflejaban meras posturas defensivas que remiten al fondo del asunto, por lo que únicamente estimó procedente pronunciarse sobre la excepción de «falta de reclamación administrativa».

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Frente a dicho medio exceptivo, explicó que, en principio, para el nacimiento de un acto administrativo se requiere de una reclamación previa donde se provoque el pronunciamiento de la administración sobre las pretensiones que posteriormente podrán ser reclamadas en la vía judicial. No obstante, clarificó que en el presente asunto, se impugna la Comunicación ADM-4930-2008 del 18 de julio de 2008, que surgió como consecuencia directa de lo ordenado por el Decreto 405 de 2007 a través del cual se dispuso la supresión de varios cargos de la entidad.

Por lo anterior, consideró que dicha excepción no tenía vocación de prosperidad, en tanto que el acto acusado fue producto de lo ordenado por los Decretos 405 de 2007 y 2349 de 2008, contra el cual solo procedía el recurso de reposición, el cual es facultativo.

Sin embargo, sostuvo el tribunal que la demanda carecía de técnica jurídica, frente a la pretensión encaminada a obtener una nivelación salarial, pues esta no guardaba armonía con la solicitud de nulidad del documento ADM-4930-2008 de 18 de julio de 2008, teniendo en cuenta que a través de este únicamente se le comunicó a la señora DORA MARÍA RENDÓN OSSA la supresión del cargo, y no se pronunció sobre petición alguna relativa a la nivelación salarial.

Por tanto, se abstuvo de pronunciarse en torno a la nivelación salarial, dado que sobre tal asunto no se hizo ninguna reclamación previa a la entidad demandada, máxime cuando, como se dijo, en las pretensiones de la demanda solo se solicitó la nulidad del documento ADM-4930-2008 de 18 de julio de 2008, mediante el cual se desvinculó a la demandante del servicio, es decir, no se atacó acto administrativo alguno sobre el cual se decidiera la nivelación salarial.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-Q1570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Por lo anterior, y dado que la entidad demandada no tuvo oportunidad de pronunciarse frente a si la accionante tenía derecho a la nivelación salarial y por tanto, no se produjo acto administrativo alguno, ni siquiera presunto, que negara ese derecho, el tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre dicho aspecto en el fondo del asunto, bajo la salvedad de que aunque dicha irregularidad sería motivo para declararse inhibido por inepta demanda, sí era procedente analizar si la demandante hacía parte del retén social, por lo que propuso el análisis, únicamente a partir de dicha pretensión.

En este orden de ideas, explicó que como resultado de la escisión del ISS, con el Decreto 1750 de 2003, se crearon una serie de Empresas Sociales del Estado, entre ellas, la ESE Rafael Uribe Uribe, a la cual correspondía una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social y sometida al régimen jurídico previsto en el Capítulo III, artículos 194, 195 y 196 de la Ley 100 de 1993.

A dicha ESE, se vinculó la accionante en el mismo cargo que desempeñaba en el ISS, pero en calidad de empleada pública, en tanto no se trataba de un funcionario directivo o con funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes eran trabajadores oficiales.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3674 de 2006, por medio del cual modificó la estructura de la ESE Rafael Uribe Uribe, y luego, mediante el Decreto 3675 de 2006, dispuso la modificación de la planta de personal.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)

Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

A través del Decreto 405 de 14 de febrero de 2007, se suprimió la ESE Rafael Uribe Uribe y se ordenó su liquidación, la cual se prorrogó, inicialmente, hasta el 30 de mayo de 2008, por medio del Decreto 403 de 13 de febrero de 2008. Nuevamente, mediante el Decreto 1883 de 29 de mayo de 2008 se extendió la fecha de liquidación hasta el 30 de junio de 2008, y finalmente, se retrasó el plazo hasta el **18 de julio de 2008**, a la luz del Decreto 2349 de 2008.

De esta forma, estableció que el cargo de la accionante como Técnico Administrativo, Código 3124 Grado 16, fue suprimido, situación que se le informó por medio de la comunicación N° ADM-4930-2008 de 18 de julio de 2008, en la que además se le certificó que para esa fecha, quedaban cancelados todos los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, quedando la ESE Rafael Uribe Uribe en Liquidación a paz y salvo por todo concepto.

Ahora bien, respecto a la pretensión de la accionante encaminada a la inaplicación por ilegalidad de los Decretos 405 de 2007 y 2349 de 2008, sostuvo el tribunal que esta no sustentó debidamente las razones por las cuales los aludidos decretos, que tienen jerarquía inferior a la legal, son violatorios de normas Constitucionales, por lo que estimó que dicha pretensión no tenía vocación de prosperidad.

A renglón seguido, procedió a determinar si la accionante hacía parte del retén social de la ESE Rafael Uribe Uribe, por su calidad de prepensionada y por ser madre cabeza de hogar, como argumentó en la demanda.

A partir de lo anterior, y después de exponer la figura del retén social, precisó que dicha protección tiene un límite temporal de aplicación, que

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

va hasta el momento en el cual quede en firme el acta final de liquidación de la entidad, tal como explicó la Corte Constitucional en la sentencia T-128 de 2009.

En este contexto, describió que el retén social previsto para la ESE Rafael Uribe Uribe se estableció inicialmente hasta el 31 de enero de 2004. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-991 de 2004, declaró inexecutable el límite temporal establecido en la Ley 812 de 2003, por lo que a partir de ese momento, la jurisprudencia ha estimado que la protección constitucional a las personas que hacen parte del retén social se extiende durante el término de liquidación de la respectiva empresa y hasta tanto se extinga la correspondiente personalidad jurídica.

Igualmente, aludió que la misma Corte Constitucional, en la sentencia T-001 de 2010, concluyó que la estabilidad laboral de las personas beneficiarias del retén social no es un derecho absoluto y se halla limitada en el tiempo, pues solo puede extenderse hasta la culminación del proceso de liquidación de la entidad.

De conformidad con la doctrina constitucional expuesta, y a partir de las pruebas aportadas al proceso, sostuvo que de conformidad con el Acta Final del proceso liquidatorio de la ESE Rafael Uribe Uribe que reposa a folios 182 a 186 del expediente, esta se suscribió el **18 de julio de 2008**, fecha en la cual concluyó la existencia jurídica de la entidad pública y decretó, en consecuencia, la supresión de los cargos y la terminación de los contratos de trabajo entonces vigentes.

De esa manera, advirtió que la supresión del cargo que ocupaba la señora DORA MARÍA RENDÓN OSSA ocurrió el mismo día que terminó el

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

proceso liquidatorio de la ESE Rafael Uribe Uribe, esto es, el 18 de julio de 2008, fecha hasta la cual tuvo aplicabilidad el retén social del que gozaba.

Por tanto, posterior a esa fecha, no existía fundamento jurídico alguno que permitiera aducir la existencia del derecho a permanecer en la entidad, por cuanto, evidentemente, esta ya había desaparecido del mundo jurídico.

En virtud de lo anterior, no encontró ningún reparo frente al acto que suprimiera el cargo de la señora DORA MARÍA RENDÓN OSSA que pudiera fundamentar la nulidad del acto administrativo sometido a juicio de legalidad.

7. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primer grado.

Al efecto, adujo que la decisión inhibitoria respecto de algunas pretensiones de la demanda no es procedente a la luz del derecho constitucional moderno, máxime si se tiene en cuenta que el tribunal admitió la demanda, sin advertir dichos defectos, por lo que en su entender, el tribunal debió pronunciarse sobre la nivelación salarial y demás pretensiones, en virtud del principio del *iura novit curia*.

En ese sentido, insistió en que la nivelación salarial es procedente, toda vez que del análisis en conjunto de las pruebas testimoniales practicadas en primera instancia, es posible establecer que la accionante cumplía las mismas funciones que aquellas personas con las que

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

pretende ser nivelada, y que a pesar de ser más eficiente, devengaba un salario inferior.

Por demás, reiteró abundantemente los hechos expresados en el *libelo*, referidos a la discriminación en materia salarial y prestacional a que fue sometida la actora; al descuento ilegal en los salarios y prestaciones sociales convencionales; a la liquidación incompleta de las prestaciones convencionales causadas entre el 1º de noviembre de 2004 y el 18 de julio de 2008, y a la liquidación de las cesantías año por año y en forma tardía que efectuaba el empleador.

Además, en su entender, la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al retén social para los prepensionados, implica que estos no pueden ser desvinculados sin que se les reconozca la pensión, pues si esta protección dependiera de la existencia de la empresa, como lo entendió el juez de primera instancia, «tal protección resultaría una quimera, porque obviamente, al finiquitarse la liquidación, ya no hay empresa, y bajo ese entendimiento, no habría tampoco protección especial al prepensionado y el retiro del servicio SIEMPRE SERÍA LEGÍTIMO Y NO LE GENERARÍA AL EMPLEADOR CONSECUENCIA ALGUNA».

8. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

8.1. El Ministerio de Salud y de Protección Social (f. 412), por conducto de apoderada, solicitó confirmar el fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos señalados en el escrito de contestación de la demanda.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

8.2. El apoderado de la demandante (f. 418), insistió en los argumentos expresados en el escrito de demanda y en el recurso de apelación.

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del ministerio público, guardó silencio.

Recibido el expediente sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar la presente controversia.

II. CONSIDERACIONES

Se demanda la legalidad del Oficio ADM 4930 de 18 de julio de 2008, mediante el cual se comunicó a la demandante la supresión del cargo de Técnica de Servicios Asistenciales Grado 18, que ocupaba en la E.S.E., Rafael Uribe Uribe en liquidación, a partir del 18 de julio de 2008.

Como restablecimiento del derecho, la parte actora pretende obtener: i) el reintegro por ser beneficiaria del retén social, ii) el pago de salarios y prestaciones sociales convencionales dejadas de percibir con ocasión al acto de retiro, iii) la nivelación salarial respecto de algunos empleados que cumplen las mismas funciones, iv) la devolución de los dineros deducidos y v) la aplicación de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, con la excepción de los artículos 40 y 62, para la liquidación y pago de las prestaciones sociales surgidas entre el 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004; y el 1º de noviembre de 2004 al 18 de julio de 2008.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

El Tribunal en la sentencia de primer grado, se declaró competente para establecer si la actora era o no beneficiaria de las prerrogativas contempladas en el retén social, a fin de dilucidar la legalidad del acto demandado que la retiró del servicio. Frente a las demás pretensiones, al no estar relacionadas de manera directa con el acto acusado y por no haber sido debatidas en sede gubernativa, el *a quo* no efectuó pronunciamiento de fondo alguno.

La parte demandante impugna la decisión inhibitoria, porque la considera desviada de los principios del derecho constitucional moderno, como quiera que el presunto defecto que dio lugar a esa sentencia (no agotamiento de la vía gubernativa) no fue advertido por el Tribunal al admitir la demanda.

En esas condiciones, la Sala deberá determinar si le asistió la razón al Tribunal al no pronunciarse de fondo respecto a una parte del *petitum*. Para tal efecto, se discurre de la siguiente manera:

1. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho como lo ordena la ley (artículo 135 del Decreto 01 de 1984), solo puede ejercerse bajo la condición de haberse agotado previamente la vía gubernativa, vale decir, que la administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del derecho pretendido, por acto expreso o ficto, contra el cual no quepa recurso o este se haya decidido.

Tal privilegio del Estado no constituye ninguna formalidad o ritualidad, como para que pueda soslayarse, en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial, porque tal privilegio integra el derecho sustancial administrativo, en orden a que la administración

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

pueda pronunciarse primero, o corregir sus posibles errores, antes de que el juez administrativo así lo disponga.

Lo anterior por cuanto la administración, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio si previamente no se le ha solicitado una decisión sobre la pretensión que se desea ventilar ante el juez.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el presupuesto de acceso a la vía judicial, también denominado doctrinariamente «decisión prealable» o decisión previa, surge a partir del momento en que el gobernado acude por escrito a elevar una pretensión de carácter subjetivo poniendo en marcha el aparato administrativo en procura de una respuesta, que se materializa en un acto que en muchas ocasiones basta para acceder a la vía judicial por disposición expresa del mencionado artículo 135 del Decreto 01 de 1984.

En ese orden de ideas, la vía gubernativa se torna en el instrumento de comunicación e interacción entre la administración pública y sus gobernados cuando media un conflicto de intereses, erigiéndose no solamente como una forzosa antesala que debe transitar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular y concreto, sino un mecanismo de control previo al actuar de la administración cuyo beneficio es de doble vía, pues constituye tanto la posibilidad de obtener en vía administrativa la satisfacción de una pretensión subjetiva, como la oportunidad de ejercer un control de legalidad sobre las decisiones administrativas, a fin de que se tenga la oportunidad de revisar los puntos de hecho y de derecho frente a un asunto que posteriormente se ventilará dentro de un proceso judicial.

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)

Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

2. Visto lo anterior, observa la Sala que la actora en sede administrativa no presentó petición escrita con el objeto de obtener la nivelación salarial respecto de algunos empleados, la devolución de los dineros que le fueron supuestamente deducidos y la aplicación de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, para la liquidación y pago de las prestaciones sociales surgidas en diferentes periodos, lo que sin duda alguna configura el vicio alegado por el Tribunal que impide el conocimiento de fondo de algunas de las pretensiones incoadas.

Por tal razón, la decisión del *a quo* no puede calificarse de violatoria de las garantías del debido proceso y del acceso a la administración de justicia como lo sugiere la parte apelante, pues a pesar de no pronunciarse de fondo frente las peticiones respecto de las cuales no hubo agotamiento de la vía gubernativa, sí emitió un pronunciamiento de mérito respecto de aquellas que se derivarían de la nulidad del acto acusado, como son el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir.

Si bien en materia de derechos laborales no puede llegarse al estricto rigorismo formal de exigir total e irrestricta coincidencia entre lo pedido en vía gubernativa y lo demandado, sí puede afirmarse que de manera general el objeto fundamental de las pretensiones debe encontrarse reflejado en dicho agotamiento. En este caso, echa de menos la Sala el cumplimiento de este presupuesto procesal por parte del apoderado de la actora.

3. Dilucidado lo anterior, corresponde a esta Sala establecer si le asistió razón al Colegiado de primera instancia al denegar las pretensiones encaminadas a obtener el reintegro y pago de salarios y prestaciones

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

dejadas de percibir, en virtud del retén social al que la demandante considera tener derecho:

El denominado “Retén Social” de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 27 de diciembre de 2002, es una medida de protección a la estabilidad laboral que se otorga dentro de los programas de renovación de la administración pública, a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez.

En la sentencia C-991 de 2004, la Sala Plena de la Corte Constitucional recordó que la estabilidad laboral que supone esta garantía no es absoluta, como quiera que la Carta Política no consagra un derecho fundamental a la conservación del trabajo o a la permanencia en el tiempo de cierto empleo. Dicha consideración fue reiterada en la sentencia T-971 de 2006, en la que se señaló:

«(...) si bien el amparo otorgado en el retén social no puede tener límites temporales arbitrarios, como el impuesto por la Ley 812 de 2003 y que por ende fue declarado inexecutable, la protección solo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla, lo cual presupone la existencia misma de la empresa. Es decir que, las personas beneficiarias del retén social gozaban de una estabilidad reforzada mientras estuviese vigente el proceso liquidatorio de Telecom, pero una vez culminado éste y extinguida jurídicamente la entidad, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir» (Negrilla fuera de texto).

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En el mismo sentido, pero con respecto al caso específico de las personas próximas a pensionarse, el Tribunal Constitucional en la sentencia T-338 de 2008 manifestó:

«Si bien es cierto la noción de prepensionado se originó en la Ley 790 de 2002, la misma no resulta aplicable, en los términos previstos en esta, por cuanto operó la derogatoria de la misma por efecto de la Ley 812 de 2003, lo cual hace que pierda sentido, teniendo en cuenta que lo que buscó el legislador fue proteger a las personas próximas a cumplir con los requisitos para pensionarse para que efectivamente consoliden su derecho, en la aplicación del programa de renovación de la administración pública del orden nacional.

Por lo tanto para evitar un trato diferenciado e injustificado de quienes alcanzaron a cumplir con los requisitos de pensión en los términos de la Ley 790 de 2002, antes del 27 de diciembre de 2005, y quienes (i) los cumplieron con posterioridad por efecto de que las liquidaciones de las entidades en las cuales laboraron se produjeron con posterioridad al 27 de diciembre de 2005 o porque (ii) no les fue posible el cumplimiento de los requisitos antes de la fecha citada, es que se hace necesario aplicar esta interpretación para evitar tratos jurídicos discriminatorios.

Así, la noción de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse en relación con el término de liquidación de las empresas objeto del programa de renovación de la administración pública. Por tanto, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica.

La proximidad en la consolidación del derecho a obtener la pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso particular y concreto con base en criterios de razonabilidad, para que esta protección se extienda a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho pensional».

En suma, el Retén Social es una garantía de estabilidad laboral que no puede entenderse de manera absoluta, sino que la misma presupone la

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

existencia de condiciones fácticas y jurídicas que permitan otorgarla, como lo es, por ejemplo, la existencia misma de la empresa.

3. En el caso particular, cabe mencionar que el proceso de supresión y liquidación de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe se ordenó mediante el Decreto 405 de 14 de febrero de 2007, en cuyo artículo 1º se dio un plazo de un (1) año para cumplir ese propósito; posteriormente se expidió el Decreto 403 de 2008, en virtud del cual se prorrogó la liquidación hasta el día 30 de mayo de ese mismo año y nuevamente, a través del Decreto 1883 de 2008, se amplió el periodo para culminar la liquidación hasta el 30 de junio de esa anualidad.

Finalmente, a través del Decreto 2349 de 26 de junio de 2008, se fijó como plazo límite para la terminación el día 18 de julio de ese mismo año, fecha que coincide con la expedición y comunicación del acto acusado, con lo cual se concluye que a la actora se le respetó el fuero de estabilidad que la Ley 790 de 2002 en su artículo 12 establece.

Aunque en la demanda se dice que el proceso liquidatorio no culminó en la fecha señalada, en el expediente no aparece prueba que así lo demuestre, razón suficiente para confirmar en su integridad la decisión del *a quo*, que negó las pretensiones de la demanda relacionadas con el reintegro de la actora.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Radicación: 05001-23-31-000-2008-01570-01 (N.I. 2959-2015)
Accionante: DORA MARÍA RENDÓN OSSA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 8 de abril de 2015, proferida dentro del proceso de la referencia por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Quinta de Decisión – Descongestión, que negó las súplicas de la demanda.

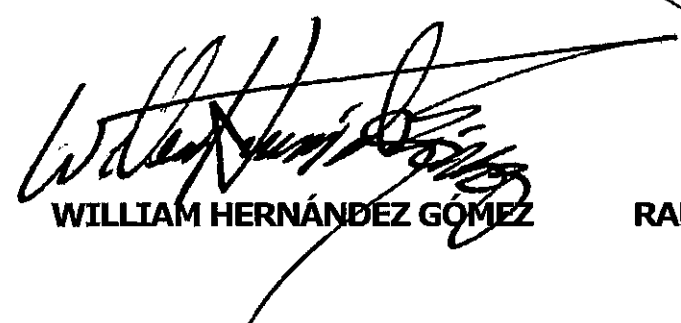
Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

En comisión de servicios

