

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación Nº 680012331000200800363-01(1922-2013)

Actor: SAÚL PEDRAZA HERNÁNDEZ

Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JUAN DE DIOS DEL SOCORRO EN LIQUIDACIÓN.

APELACIÓN SENTENCIA- AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, Sala Asuntos Laborales, mediante la cual se inaplicó por excepción de ilegalidad la Ordenanza 37 del 22 de diciembre de 1980, proferida por la Asamblea Departamental de Santander y se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada por Saúl Pedraza Hernández contra la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro en Liquidación.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el demandante solicita se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 055 de 27 de diciembre de 2007, proferida por el

liquidador de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro en liquidación, por medio de la cual la entidad demandada liquidó su indemnización y prestaciones sociales.

De igual manera depreca, se declare la nulidad de la Resolución N° 00177 de 7 de marzo de 2008, proferida por el Liquidador de la entidad demandada, por la cual se resolvió un recurso de reposición.

A título de restablecimiento del derecho pide, se reliquide la indemnización que ordena el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta los factores salariales omitidos, siendo estos, la prima técnica y la prima de servicios equivalente a un mes completo de sueldo; también solicita se establezca que la indemnización tiene un valor de \$172.232.423 en lugar de los \$114.702.749 reconocidos y que las prestaciones sociales liquidadas en la misma resolución tienen un valor de \$10.534.876, en lugar de los \$6.824.727, también reconocidos.

Considera que la diferencia no pagada debe ser objeto de actualización tomando el Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE y que deben pagarse los intereses de mora que establece la ley o en su defecto, lo establecido en el inciso final del artículo 177 del C.C.A.

Finalmente, solicita se condene en costas a la demandada por su actitud temeraria y arbitraria.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que fundamentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

Se dice en el escrito introductorio que el demandante laboró con la E.S.E. Hospital San Juan de Dios del Socorro desde el 14 de septiembre de 1984 hasta el 17 de diciembre de 2007 y que el último cargo desempeñado fue el de Médico General (8H), Código 211.

Agrega que fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa, mediante Resolución N° 1624 de 24 de noviembre de 1993.

Explica que mediante el Decreto Departamental N° 00434 de 12 de diciembre de 2007, se disolvió y ordenó la liquidación de la E.S.E. Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y que la supresión de su cargo le fue comunicada mediante escrito del 17 de diciembre de 2007, suscrito por el liquidador de la Entidad suprimida.

Expresa que posteriormente, mediante la Resolución N° 055 de 27 de diciembre de 2007, expedida también por el liquidador de la entidad demandada, le fue reconocida una indemnización con motivo de la supresión de su cargo por la suma de \$114.702.749 correspondiente a 935 días de salario y \$6.824.727 "*por algunas prestaciones impagadas*" (sic); pero para efectos de la liquidación, no se tuvieron en cuenta la prima técnica y la prima de servicios en la forma que la devengó durante la relación laboral.

Aduce que al momento de su retiro devengaba los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima técnica 50%, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad y que de conformidad con el artículo 90 del Decreto 1227 de 21 de abril de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, la indemnización se liquida con base en el salario

promedio causado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta, entre otros, los factores antes señalados.

Aclara que la prima técnica devengada fue adquirida mediante Resolución Número 1247 de septiembre de 1994, proferida por la Dirección del Hospital Regional San Juan del Dios del Socorro; acto administrativo en el que quedó consagrado que este emolumento constituye factor salarial y respecto del cual, además, se aportó para el Sistema de Seguridad Social Integral durante todo el tiempo de su vigencia.

También señala que ésta prima fue incrementada mediante las Resoluciones 077 de 31 de marzo de 1995, 098 de 21 de abril de 1995 y 224 de 18 de agosto de 1995, proferidas por la Dirección del Hospital, quedando finalmente en una cuantía del 50% de la asignación básica mensual.

Considera que por tratarse de un acto particular y concreto, no puede ser revocado sin su consentimiento escrito y expreso.

De otra parte, en lo que concierne a la prima de servicios, explica que de acuerdo con la Ordenanza 37 de 1980, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, a partir del año 1982, quedó establecida en un mes completo de sueldo para los empleados del orden departamental; acto administrativo que para la fecha de presentación de la demanda, no había sido objeto de nulidad alguna, ni tampoco ha sido derogado.

No obstante lo anterior, el liquidador desconoció sin fundamentación alguna tanto la prima técnica, como la prima de servicios de un mes completo y la rebajó a sólo quince días de sueldo.

Aduce que como consecuencia de lo anterior, la liquidación de la indemnización que ordena el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se estableció en la Resolución Número 047 de 27 de diciembre de 2007 (sic), en \$114.702.749 por 935 días, en lugar de \$172.232.423 que le correspondían en derecho, lo que implica una pérdida de \$57.259.674.

Señala que contra dicho acto administrativo interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución N° 0177 de 7 marzo de 2008, en la cual se dispuso no reponer el acto recurrido.

Agrega que dentro del proceso ejecutivo laboral que adelantó contra la E.S.E. Hospital San Juan de Dios del Socorro (sic) y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito del Socorro, se libró mandamiento de pago por salarios, donde se incluía la prima técnica y primas de servicios, sin que en esa oportunidad la entidad demandada hiciera alguna objeción por este aspecto.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica la apoderada, como violado el artículo 73 del C.C.A. que dispone que cuando un acto administrativo haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreto, o reconocido un derecho de igual categoría, no puede ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Agrega que la circunstancia de que el Consejo de Estado hubiera declarado nulo el artículo 13 del Decreto 2154 de 1991 (sic) , por el cual se extendió la prima técnica a las Entidades Territoriales y a sus entes territoriales descentralizados, no tiene significación alguna en la actualidad y menos para los servidores de las Empresas Sociales del Estado, pues la Ley 489 de 1998,

en su artículo 68, determinó que el régimen jurídico que se aplica a las Entidades descentralizadas del orden nacional, opera igualmente para las del orden territorial.

Adicionalmente, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, estableció que el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel nacional debe aplicarse a los demás empleados públicos de cualquier nivel; y en lo que respecta a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado, se continuaría aplicando el régimen de prestaciones sociales de la rama ejecutiva del nivel nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual considera que el mencionado fallo no puede afectar a los empleados públicos de las E.S.E., pues su régimen prestacional es igual al de los empleados públicos del orden nacional, por mandato de la Ley 100 de 1993; aunado a lo anterior, la prima técnica le fue conferida con posterioridad a ella.

En cuanto a la prima de servicios correspondiente a un mes completo para los empleados del Departamento de Santander, indica que fue establecida mediante la Ordenanza 37 de 1980, la cual fue adoptada por el Hospital San Juan de Dios del Socorro (sic), norma que no fue derogada mientras el demandante laboró en la Entidad, constituyendo entonces un derecho adquirido.

Aduce que la liquidación de las prestaciones sociales adeudadas realizada en el acto administrativo atacado, tiene el mismo defecto, pues para su liquidación se desconoció la prima técnica y la prima de servicios en cuantía de treinta (30) días de sueldo y ello afecta las demás prestaciones.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

De conformidad con lo dispuesto en el auto de fecha diez (10) de junio de dos mil nueve (2009), la Entidad demandada presentó el escrito de contestación de manera extemporánea (Fls. 100 y 101).

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, Sala Asuntos Laborales, inaplicó por excepción de ilegalidad, la Ordenanza 37 del 22 de diciembre de 1980, proferida por la Asamblea Departamental de Santander y denegó las pretensiones de la demanda (Fls. 297 a 303 vto.)

En síntesis, indica el *a quo* que el demandante está inconforme con la liquidación de la indemnización y de las prestaciones sociales, porque no se tuvieron en cuenta como factores, para el efecto, la prima técnica y la prima de servicios consagrada en la Ordenanza 37 de 1980, empero, con base en normatividad y jurisprudencia existente al respecto, considera que el demandante no tiene derecho a éstos.

En primer lugar, expresa que el actor no tiene derecho a la prima técnica por cuanto los empleados de las Entidades Territoriales no son destinatarios de la misma, dado que el artículo que le servía de sustento fue declarado nulo por el Consejo de Estado, de manera que en lo que respecta a los actos administrativos que le reconocieron esta contraprestación, ha ocurrido el fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo.

Aduce que la pérdida de fuerza ejecutoria implica que, por disposición legal, el acto no está llamado a producir efectos, de ahí que ante su decaimiento se

afecte directamente su exigibilidad y por lo mismo, al momento de liquidarse la indemnización por supresión de cargo, este factor no se haya tenido en cuenta.

Indica que igual situación ocurre con la prima de servicios en la cuantía establecida por la Asamblea Departamental en la Ordenanza 37 de 1980, pues dicho cuerpo colegiado carecía de competencia para establecerla desde antes de la Constitución de 1991, incluso, a partir de su vigencia, las Corporaciones Territoriales no estaban facultadas para señalar el régimen prestacional de sus servidores.

Con base en lo anterior, inaplica de oficio la Ordenanza 37 de 1980, proferida por la Asamblea Departamental de Santander y agrega que no puede hablarse de derechos adquiridos respecto de la prima técnica y la prima de servicios en los términos de la mencionada ordenanza, pues las mismas no fueron otorgadas conforme a las leyes que regulan la materia.

III. LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada del actor, interpuso recurso de apelación, el cual sustentó en los siguientes términos (Fls. 306 y ss.):

Señala que en el fallo de primera instancia, el Tribunal resolvió sobre asuntos que la parte demandada no argumentó, y se abstuvo de pronunciarse sobre aspectos que necesariamente debía hacerlo; indica que en la sentencia C- 069 de 1995, al examinarse la constitucionalidad del artículo 66 del C.C.A. y hacer referencia precisamente a la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la

desaparición de un supuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia de un acto jurídico, estableció que el acto no puede seguir surtiendo efectos hacia el futuro y esto en referencia a actos generales, pero no en lo que respecta a los de contenido particular y concreto.

Concluye que la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos de contenido general, solo tiene efectos hacia el futuro a partir de la fecha en la cual se declare la inconstitucionalidad de la norma en que estos se fundaron; aduce que con respecto a los actos de contenido particular, es necesario que éstos sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.

Expresa que las decisiones de la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad de una norma jurídica son de obligatorio acatamiento para todos los operadores judiciales; desacatar la interpretación que ha dado la mencionada Corporación a una norma es contrario a la ley, por tanto puede incurrirse en el delito de prevaricato, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, el alcance de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control constitucional sobre la interpretación de una norma que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

Así las cosas, considera que los actos administrativos que concedieron la prima técnica al demandante por ser actos de contenido particular, individual y concreto, no pueden dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, sino hasta tanto sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho.

De otra parte, indica que los servidores públicos de las E.S.E. no son del nivel territorial. Que el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, estableció que el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel nacional debe aplicarse a los demás empleados públicos de cualquier nivel y en su artículo 2º expuso que en lo que respecta a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado, se continuaría aplicando el régimen de prestaciones sociales de la rama ejecutiva del nivel nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, el fallo de inconstitucionalidad del Consejo de Estado de 19 de marzo de 1998, no puede afectar a los empleados públicos de las E.S.E. pues su régimen prestacional es igual al de los empleados públicos del orden nacional y la prima técnica es posterior a la mencionada norma.

Considera que en la sentencia recurrida no se explica la razón por la cual se inaplica el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2º del Decreto 1919 de 2002.

De otra parte, alega que la circunstancia de que el Consejo de Estado hubiera declarado nulo el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, por el cual se extendió la prima técnica a las Entidades Territoriales y a sus entes territoriales descentralizados, mediante la sentencia de 19 de marzo de 1998, no tiene significación alguna y menos para los servidores de las Empresas Sociales del Estado, pues la Ley 489 de 1998 en su artículo 68, determinó que el régimen jurídico que se aplica a las entidades descentralizadas del orden nacional opera igualmente para las del orden territorial.

Con base en lo anterior, en su criterio, dado que la prima técnica fue creada para los empleados del orden nacional, tanto del nivel central como

descentralizado, las Entidades Territoriales pueden adoptar la prima técnica para los empleados que cumplan los requisitos que las normas exijan para su otorgamiento.

En lo tocante a la Prima de Servicios, correspondiente a un mes completo de sueldo para los empleados del Departamento de Santander, señala que ésta fue establecida mediante la Ordenanza 37 de 1980, la cual fue adoptada por el Hospital San Juan de Dios del Socorro (sic) en su oportunidad y que durante todo el tiempo de servicio del demandante, la prima se pagó en esa forma. Anota que la ordenanza no fue derogada por lo menos, hasta cuando el demandante laboró en la Entidad demandada, ni fue objeto de proceso de nulidad alguno, por lo tanto, con fundamento en la presunción de legalidad que protege al acto administrativo, en concordancia con las facultades legales conferidas a las Asambleas Departamentales es procedente la aplicación de la misma.

Adicionalmente, considera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 1919 de 2002, constituyen derechos adquiridos por haber sido prestaciones ya causadas, incluso reconocidas en los estrados judiciales, concretamente por el Juzgado Primero Civil del Circuito del Socorro.

Concluye entonces que no hay razón legal para que la inaplicación de la Ordenanza 37 de 1980 de la Asamblea del Departamento de Santander tenga efectos retroactivos frente al demandante después de más de cinco años de haberse retirado del servicio.

Adicionalmente, considera que para que la sentencia hubiera sido congruente, han debido inaplicarse también las siguientes normas y sentencias: el artículo 73 del C.C.A., la sentencia C- 069/95 que examinó la Constitucionalidad del

artículo 66 del C.C.A., el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 2º y 5º del Decreto 1919 de 2002.

Con base en lo anterior, solicita que en segunda instancia se haga referencia a estos aspectos y se concluya que la sentencia recurrida debe ser revocada para en su lugar declarar prósperas las pretensiones.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión previa:

Antes de abordar el fondo del asunto, es preciso indicar que en el caso bajo estudio, la apoderada de la parte actora solicitó la nulidad de la Resolución N° 055 de 27 de diciembre de 2007, expedida por el liquidador de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro en Liquidación, "*Mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización y una liquidación de prestaciones sociales*"; también deprecó, se declare nula la Resolución N° 0177 de 7 de marzo de 2008, mediante la cual fue resuelto un recurso de reposición.

Advierte la Sala que el escrito que contiene el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos administrativos demandados, no fue allegado al plenario, empero, del contenido de la Resolución N° 0177 de 7 de marzo de 2008, expedida por el Liquidador de la Empresa Social del Estado

Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro en Liquidación, se extrae con claridad que el motivo de inconformidad del entonces recurrente se circunscribía, únicamente, a la no inclusión de la prima técnica como factor para el reconocimiento y pago de la indemnización que la entidad le reconoció con ocasión de la supresión del cargo que ostentaba.

Así quedó consignado en el acto demandado. Veamos:

“Que encontrándose dentro del término legal, fue interpuesto (sic) Recurso de Reposición contra la citada Resolución, de conformidad con el escrito presentado por medio del cual solicitó:

Incluir la prima técnica equivalente al 50% del salario base para el reconocimiento y pago de indemnización a que tengo derecho por haber sido retirado del cargo de carrera administrativa por liquidación de la ESE Hospital San Juan de Dios del Socorro.” (Fl. 6).

En las condiciones descritas, evidentemente hubo un indebido agotamiento de la vía gubernativa en lo concerniente a las pretensiones encaminadas a obtener: **(i.)** la reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta como factor salarial la “prima de servicios equivalente a un mes completo de sueldo” y **(ii.)** la inclusión de este emolumento y de la prima técnica, como factores salariales, en la liquidación de prestaciones sociales ordenada en la misma resolución; pretensiones que en cambio, sí fueron formuladas en el escrito que contiene la demanda.

En relación con el agotamiento de la vía gubernativa, la jurisprudencia de esta Corporación¹ ha establecido lo siguiente:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 54001-23-31-000-2005-00689-02(0880-10). Actor: Julio César Bayona Cárdenas. Demandado: Departamento de Norte De Santander y Contraloría de Norte de Santander.

“El artículo 135 del C.C.A. condiciona la solicitud de nulidad de un acto administrativo de carácter particular, y por ende el restablecimiento del derecho del actor, al agotamiento de la vía gubernativa ante la misma administración, la cual finaliza mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

Se trata entonces de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta Jurisdicción el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendida².

A su vez, es concebido en dos sentidos, a) como una garantía y b) como una obligación. Lo primero porque constituye un instrumento del cual goza el administrado para que las decisiones adoptadas por la administración, a través de un acto administrativo particular que perjudique sus intereses, sean reconsideradas por ella misma sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, se busca que la administración pueda enmendar los posibles errores subyacentes en sus propios actos administrativos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Con ello se busca garantizar los derechos de los administrados en cumplimiento de los principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política y 3° del C.C.A.

La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en afirmar que la vía gubernativa es una modalidad de “justicia interna” con la que cuenta la administración, pues con ella se busca satisfacer plenamente las pretensiones del interesado sin necesidad de acudir ante un juez³.

² Así lo ha sostenido la Sala en varios de sus pronunciamientos, entre otros, en sentencias de 15 de julio de 2010. Exp. 0426 de 2009, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y de 18 de noviembre de 2010 Exp. 2292 de 2008. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³Al respecto la Corte Constitucional sostuvo en Sentencia C-060 de 15 de febrero de 1996. MP: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Referencia: Expediente D- 1037. Actor: Luis Antonio Vargas Álvarez, que “Con dicha institución se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna, al otorgársele competencia para decidir, previamente a la intervención del juez, sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio, consistente en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial”.

Por otro lado, la vía gubernativa garantiza el derecho de defensa del administrado frente a la administración, en razón a que lo faculta para interponer los recursos legales, como los de reposición, apelación y queja, contra los actos administrativos.

Ahora bien, el artículo 63 del C.C.A. consagra que se agota la vía gubernativa: i) cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, ii) cuando siendo procedentes los recursos ya fueron decididos y iii) cuando los actos administrativos queden en firme por no haberse interpuesto los recursos de reposición o queja.

Es de resaltar que la interposición del recurso de apelación, en contra de los actos administrativos susceptibles de él, es imperativa para el agotamiento de la vía gubernativa tal como lo señala el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo. Si bien es cierto, la interposición del recurso de apelación es perentoria, no acontece lo propio con el recurso de reposición en razón a que éste es facultativo, pues si proceden los dos recursos, podrá interponerse el de apelación de manera directa o como subsidiario al de reposición.

*Sin embargo, no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido. En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, **podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos** de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación⁴.”*

⁴ Así lo ha considerado el Consejo de Estado v.gr, en sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, de 6 de agosto de 1991. C.P. Clara Forero de Castro. Expediente S-145. Actor: Financiera Colpatría.

Ahora bien, se reitera, en el plenario no obra el escrito que contiene el recurso de reposición, pero si eventualmente en éste, el demandante también hubiese solicitado la reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta como factor salarial la “*prima de servicios equivalente a un mes completo de sueldo*” y la inclusión de este emolumento y de la prima técnica como factores salariales en la liquidación de prestaciones sociales ordenada en la misma resolución, lo anterior, en los términos ahora deprecados en la demanda, sin que la administración se hubiese pronunciado sobre el asunto en particular, correspondía al actor demandar el acto ficto negativo producto del silencio de la Administración sobre este punto.

Teniendo en cuenta que ninguno de estos eventos fue acreditado, se configura en el *sub examine* la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por el indebido agotamiento de la vía gubernativa, frente a las pretensiones dirigidas a: **(i.)** la reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta como factor salarial la “*prima de servicios equivalente a un mes completo de sueldo*” y **(ii.)** la inclusión de este emolumento y de la prima técnica, como factores salariales, en la liquidación de prestaciones sociales ordenada en la misma resolución.

Con base en lo anterior, la Sala revocará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, mediante el cual se inaplicó por excepción de ilegalidad la Ordenanza 37 del 22 de diciembre de 1980 proferida por la Asamblea Departamental de Santander, para en su lugar, en ejercicio de la facultad establecida en el inciso 4º del artículo 164 del Decreto 01 de 1984⁵,

⁵ **ARTÍCULO 164.** En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

declarar probada de oficio la excepción de **ineptitud sustantiva de la demanda** por el indebido agotamiento de la vía gubernativa **frente a las mencionadas pretensiones, y en consecuencia, inhibirse** de efectuar pronunciamiento de fondo **al respecto**.

Debe aclararse que con esta decisión **no se agrava la situación del apelante único**, debido a que la sentencia de primera instancia negó en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Sobre el tema, en sentencia de tutela, esta Corporación dijo:

“Ahora bien, la inconformidad de la actora con la mencionada providencia, estriba en que considera que fue vulnerado su derecho fundamental al debido proceso al infringirse el principio de la “non reformatio in pejus”, dado que, al haber sido apelante única de la providencia del Juzgado 1° Administrativo de Popayán, el Tribunal no podía declarar de oficio la excepción de prescripción, pues con ello desmejoró su situación.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que la discusión jurídica se en camina, ha establecer si en el caso concreto la Corporación acusada estaba legitimada por el ordenamiento jurídico para decretar de oficio la mencionada excepción y si ello controvierte el aludido principio constitucional.

(...)

Por otra parte debe quedar claro que, el ordenamiento jurídico en cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, a través del artículo 164 del C.C.A., a diferencia lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria,

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus.”

consagra como deber del juez de primera o segunda instancia decidir sobre todas las excepciones que encuentre probadas en el proceso, aunque ellas no hayan sido propuestas por las partes, y aun más indica que a ello no se opone el silencio del inferior.

Lo anterior deja claro que no le asiste razón a la demandante cuando argumenta violación al debido proceso porque el Tribunal declaró la mencionada excepción pese a que no fue propuesta por la entidad demandada y sobre ella no se pronunció el A quo.

Adicionalmente, para la Sala es claro que el artículo 164 del C.C.A., que permite al fallador de cualquiera de las instancias la declaración oficiosa de todas las excepciones que encuentre probadas, trae consigo una restricción respecto del de segunda instancia cuando enuncia que tal facultad le es otorgada “sin perjuicio de la reformatio in pejus”.

Así las cosas, sin entrar a definir el sentido de la mencionada restricción, ni los eventos en los cuales podría inaplicarse, debe la Sala determinar, sí ante las circunstancias específicas del caso de autos, la decisión acusada comporta una modificación de la sentencia del A quo que desmejoró el escenario jurídico de la demandante. Esto porque no toda providencia del superior que implique una negativa de las pretensiones de la demanda puede considerarse “per se” violatoria del aludido principio, sino que para ello es necesario establecer la situación jurídica previa con la que el apelante único dio inicio a la segunda instancia, la cual sólo puede determinarse en comparación con lo decidido en la providencia recurrida.

*En estos términos se tiene que el fallo de primera instancia de 26 de febrero de 2008 proferido por el Juzgado 1° Administrativo de Popayán, no fue favorable a las pretensiones de la ahora demandante pues como se expuso con anterioridad, negó las súplicas del libelo por encontrarse probada la excepción de caducidad de la acción, **y en este sentido debe entenderse que la situación jurídica de ésta era negativa cuando presentó su alzada, la cual por razones diferentes fue mantenida por el A quem, dado que si bien concluyó que no se configuraba la mencionada caducidad y anuló el acto administrativo demandado, declaró de oficio la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados, lo que en últimas dio lugar a mantener el estado jurídico adverso a sus pretensiones.***

(...)

Así las cosas, teniendo presente que esta Sala no encuentra sobre las providencias acusadas reproche constitucional alguno, dado que se dieron las circunstancias fácticas para que el juzgador de segunda instancia que las profirió declarara de oficio la excepción prescripción, y con ello no se afectó el principio de la non refromatio in pejus de quien obró como apelante única, debe negarse el amparo de los derechos fundamentales invocados.”⁶ (Negrilla fuera de texto.).

Así las cosas, la Sala únicamente se ocupará de estudiar lo pretendido en cuanto a la nulidad de los actos administrativos demandados y la reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 teniendo en cuenta como factor salarial la **prima técnica**, como sigue:

3. El problema jurídico:

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho a que en la indemnización que le fue reconocida en la Resolución N° 055 de 27 de diciembre de 2007 - con ocasión de la supresión del cargo que ostentaba en la Entidad accionada – le sea incluida la prima técnica como factor salarial; lo anterior, teniendo en cuenta que este emolumento fue asignado al demandante mediante una resolución expedida por el entonces Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro, con base en una disposición que posteriormente fue declarada nula por esta Corporación.

4. Del fondo del asunto:

Como razones de inconformidad el recurrente expuso las siguientes:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010). Expediente N° 11001-03-15-000-2010-00593-00. Acción de Tutela. Actor: Gloria Patricia Torres Silva.

- Los actos administrativos que concedieron la prima técnica al demandante, por ser actos de contenido particular, individual y concreto, no pueden dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, sino hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho.
- En la sentencia recurrida no se hizo referencia alguna a la razón por la cual se inaplica el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2° del Decreto 1919 de 2002; este decreto estableció que el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel nacional debe aplicarse a los demás empleados públicos de cualquier nivel y en su artículo 2°, expuso que en lo que respecta a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado, se continuaría aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.
- La circunstancia de que el Consejo de Estado hubiese declarado nulo el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, por el cual se extendió la prima técnica a las Entidades Territoriales y a sus entes territoriales descentralizados, no tiene significación alguna en la actualidad y menos para los servidores de las Empresas Sociales del Estado, pues el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, determinó que el régimen jurídico que se aplica a las Entidades descentralizadas de orden nacional opera igualmente para las del orden territorial.

4.1. De lo probado en el proceso:

De la prueba documental obrante en el expediente se extrae lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 055 de 27 de diciembre de 2007, el Liquidador de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro en liquidación, reconoció y ordenó el pago al demandante de la suma de \$114.702.749 por concepto de indemnización con motivo de la supresión del empleo 211 Médico General (8H), Código 211 que venía desempeñando. Asimismo, reconoció y ordenó el pago al actor de la suma de \$6.824.727 por concepto de prestaciones. (Fls. 2 a 4).
- El anterior acto administrativo fue confirmado mediante la Resolución N° 0177 de 7 de marzo de 2008, también demandada. (Fls. 7 y 8).
- Para la liquidación de la indemnización a que hace referencia la Resolución No. 055 de 27 de diciembre de 2007, se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, y prima de navidad. Las prestaciones que en la misma fueron reconocidas, son las siguientes: Prima de vacaciones, prima de navidad y vacaciones a indemnizar. (Fl. 5).
- También obran en el expediente cinco (5) tiras de pago correspondientes a los meses de mayo, julio y agosto de 2006, y enero y febrero de 2007, en las que aparecen como devengados por Saúl Pedraza Hernández la asignación básica y la prima técnica. (Fls. 16 y 17).
- A través de la Resolución N° 01175 de 26 de julio de 1994, el Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro,

reglamentó la asignación de la Prima Técnica para el personal médico de planta. (Fl. 24).

- Mediante la Resolución N° 1247 de 27 de septiembre de 1994, el Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro dispuso: *“Reconocer y cancelar la PRIMA TÉCNICA, al Dr. SAÚL PEDRAZA HERNÁNDEZ, Médico General con funciones de Ginecología y Obstetricia, a partir del 1º de Agosto de 1994, en un 20% de la asignación básica mensual. En la parte considerativa de la Resolución en referencia, se invocaron los Decretos 1661 del 27 de junio de 1991 y 2164 del 17 de septiembre del mismo año, para indicar que de acuerdo a ellos “un médico General, con funciones de Especialista en Ginecología y Obstetricia del Hospital, tiene derecho al pago de la prima técnica” De igual manera, en ella se consignó que “mediante Solicitud y lleno de requisitos exigidos en la Resolución N° 001175 de julio 26 de 1994, y en el párrafo de su Artículo Tercero literal a. y en su Artículo Cuarto, se estableció el reconocimiento económico al personal Médico que labora de planta en el Hospital Regional San Juan de Dios y que ejerce funciones que exigen conocimiento y experiencia de tipo especializado.”*
- Posteriormente, mediante las Resoluciones Nos. 077 de marzo 31 de 1995 y 098 de abril 21 de 1995, el Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro, incrementó el valor de la prima técnica reconocida al demandante y a otros médicos especialistas. (Fls. 21 y 22).
- Las cuantías para la asignación de la prima técnica al personal médico y paramédico, fueron establecidas por el Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro mediante la Resolución N° 224 de agosto 18 de 1995. (Fl. 23)

- El demandante fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa mediante la Resolución No. 1624 de 1993, proferida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil (Fls. 34 y 35).
- Mediante el Decreto N° 0104 de 14 de agosto de 1994, el Hospital San Juan de Dios del Socorro se transformó *“en una Empresa Social del Estado, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría de Salud Departamental o al Ente que haga sus veces e integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que la modifiquen, adicionen, reformen o sustituyan” ...*”(Fls 135 a 155).

5. Del caso concreto:

En el caso puesto a consideración de la Sala, el demandante solicita se reliquide la indemnización que ordena el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta para el efecto la prima técnica como factor salarial.

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, Sala Asuntos Laborales, arribó a la conclusión de que el actor no tiene derecho a la prima técnica, por cuanto los empleados de las entidades territoriales no son destinatarios de la misma dado que el artículo que le servía de sustento fue declarado nulo por el Consejo de Estado, de manera que en lo que respecta a los actos administrativos que le reconocieron esta contraprestación, en su criterio, ha ocurrido el fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo.

Empero, el recurrente considera que los actos administrativos que concedieron la prima técnica al demandante, por ser actos de contenido particular, individual y concreto, no pueden dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, sino hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho.

Al respecto, en la sentencia C- 069 de 1995, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, dijo lo siguiente:

“Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.”

Cabe resaltar que en este pronunciamiento la Corte Constitucional hace referencia a la **“garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles”**⁷.

En ese orden de ideas, esta Corporación en fallo del veinticuatro (24) de enero de dos mil dos (2002), sobre el acaecimiento de este fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo, con ocasión de la declaratoria de nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, dijo:

“Para la Sala en este caso la exigibilidad de la obligación de pagar la prima técnica a favor del actor está en entredicho en virtud de la declaratoria de inexequibilidad, por parte de la Corte Constitucional, del Decreto 1661 de 1991, y de la declaratoria de nulidad que la Sección Segunda de esta Corporación dispuso contra el artículo 13 del Decreto 2164 del mismo año, reglamentario de aquél, normatividad ésta que expresamente se invoca como sustento de la Resolución núm. 152 BIS de 3 de diciembre de 1995, objeto de la acción instaurada.

Conforme al artículo 66, numeral 2, del C.C.A. los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria “Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”. La pérdida de la fuerza ejecutoria implica que, por disposición legal, el acto no está llamado a producir efectos, de ahí que ante su decaimiento se afecte directamente la exigibilidad.

*Es cierto que la Corte Constitucional en la sentencia C-069 de 23 de febrero de 1995 (Magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara) condicionó la exequibilidad del artículo 66 del C.C.A. a la protección de los derechos adquiridos, pero también lo es que en esta materia la jurisprudencia de esa y esta Corporación **ha sido reiterada y uniforme en cuanto a considerar que tales derechos están supeditados a que para su concesión se haya respetado la Constitución y la ley.***

De tal manera que como lo que motivó la declaratoria de nulidad del citado artículo 13 del Decreto 2164 de 1994, según se lee en el texto de la sentencia de la Sección Segunda, proferida dentro del expediente núm. 11.995 (Consejero ponente doctor Silvio Escudero), fue el hecho

⁷ *Ibídem.*

*de hacer extensivo el otorgamiento del régimen de prima técnica a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados, el acto objeto de la acción de cumplimiento estaría, en principio, **afectado del vicio de falta de competencia del funcionario que lo expidió y, en esas condiciones, no puede afirmarse enfáticamente que se esté en presencia de un derecho adquirido, lo que impide considerar que se encuentran satisfechos los presupuestos requeridos para la viabilidad de la acción.***⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto.)

En las condiciones descritas, para determinar si en el *sub examine*, se está en presencia de un derecho adquirido con justo título, es preciso realizar el siguiente análisis normativo:

Observa la Sala que la prima técnica en cuestión, fue reconocida al actor por el Médico Director de la Entidad hospitalaria mediante la Resolución N° 1247 de 27 de septiembre de 1994, invocando para el efecto los Decretos 1661 del 27 de junio de 1991 y 2164 del 17 de septiembre del mismo año.(Fl. 20).

En esta misma resolución se indicó que el reconocimiento se efectuaba por haber sido acreditados **los requisitos establecidos en la Resolución N° 001175 de julio 26 de 1994**, acto que también fue expedido por el Médico Director del Hospital y mediante el cual **“se reglamenta la asignación de la prima técnica”**.

En la Resolución N° 001175 de julio 26 de 1994, respecto de las atribuciones legales con base en las cuales el Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro, reglamentó la asignación de la prima técnica, se dispuso lo siguiente:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dos (2002).Radicación número: 68001-23-15-000-2001-2097-01(acu-2097). Actor: Raúl García Arias. Demandado: Hospital San Juan de Dios de Girón.

*“EL MEDICO DIRECTOR DEL HOSPITAL REGIONAL SAN JUAN DE DIOS DEL SOCORRO, en uso de sus atribuciones legales y estatutarias en especial el **Decreto 1661 y 2164 de 1991.**”*

RESUELVE:

*ARTÍCULO PRIMERO: **Establecer la reglamentación para otorgamiento de Prima Técnica** para el personal médico que labore de planta en el Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro, y que ejerce funciones que exijan conocimientos y experiencia de tipo especializado.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: **La Prima Técnica será otorgada por el Director del Hospital,** mediante resolución motivada y previo estudio que realice la oficina de Personal o quien haga sus veces de la documentación que presente el interesado y previa disponibilidad presupuestal.” (Fl. 24) Negrilla y subrayado fuera de texto.*

En este punto, es preciso reiterar que el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, hizo extensivo el otorgamiento del régimen de prima técnica a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados, pues en efecto, consagraba que **mediante decreto, los Gobernadores y Alcaldes podrían adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación de este régimen a los empleados del orden departamental y municipal.**

Según se desprende de lo dispuesto en el Decreto 0104 de 14 de agosto de 1995⁹, antes de transformarse en Empresa Social del Estado, el Hospital San Juan de Dios del Socorro era un **Hospital Departamental**, en consecuencia, **antes de que el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, fuera declarado nulo** mediante la sentencia de marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y ocho (1998), quien por decreto debía **adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación de este régimen**, era el Gobernador del Departamento de Santander y no, el Director del mencionado hospital, como en efecto lo hizo

⁹ “Por medio del cual se transforma un Hospital Departamental en Empresa Social del Estado” (Fl. 135)

“en uso de atribuciones legales” que de manera errada consideró le conferían de manera directa los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

Así entonces, advierte la Sala que los actos administrativos con fundamento en los cuales se pretende la inclusión de la prima técnica como factor salarial en la liquidación de la indemnización por supresión del cargo, fueron expedidos, incluso, en abierto desconocimiento de lo dispuesto en el entonces vigente artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, pues en este último se determinó que el otorgamiento de este emolumento, para los empleados públicos del orden departamental - como en efecto lo era el Hospital San Juan de Dios del Socorro para la época en que el Médico Director del ente Hospitalario **reglamentó** la asignación de este emolumento (26 de julio de 1994) - estaría a cargo del **Gobernador**; por lo tanto, el Médico Director del entonces Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro, **incluso**, cuando esta norma hacía parte del mundo jurídico, excedió su competencia al expedir las Resoluciones N° 001175 de julio 26 de 1994, 1247 de 27 de septiembre de 1994, 077 de marzo 31 de 1995, 098 de abril 21 de 1995 y 224 de agosto 18 de 1995, dado que no estaba facultado para adoptar los mecanismos necesarios para aplicar el régimen de prima técnica del personal médico que laboraba de planta en el Hospital.

Ahora bien, se reitera, Mediante el Decreto N° 0104 de 14 de agosto de 1994, el Hospital San Juan de Dios del Socorro se transformó “*en una Empresa Social del Estado, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Departamental...*”, en consecuencia, el ente hospitalario ya ostentaba tal naturaleza para la fecha en que el Médico Director **asignó** la prima técnica al demandante mediante la Resolución N° 1247 de 27 de septiembre de 1994.

Teniendo en cuenta que la única información que reposa en el plenario respecto de la naturaleza jurídica del Hospital, antes de su transformación en Empresa Social del Estado, es que se trataba de un **hospital departamental**, si eventualmente, desde entonces el ente fuese por sus características, una **entidad descentralizada del orden departamental**¹⁰, se tiene que en este evento, el Médico Director del ente tampoco habría estado facultado para expedir las Resoluciones N° 001175 de julio 26 de 1994, 077 de marzo 31 de 1995, 098 de abril 21 de 1995 y 224 de agosto 18 de 1995, pues en lo tocante al otorgamiento de este emolumento, el artículo 9° del Decreto 1661 de 1991, dispuso: *“Dentro de los límites consagrados en el presente Decreto, las entidades y organismos descentralizados de la Rama Ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus Juntas, Consejos Directivos o Consejos Superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten.”*

De lo anterior se colige con claridad que en las **entidades descentralizadas**, si bien corresponde al Jefe de la Entidad respectiva, **asignar** la prima técnica, son **sus Juntas, Consejos Directivos o Consejos Superiores**, los encargados de adoptar las medidas pertinentes para la aplicación del régimen de prima técnica.

En este mismo sentido, el Decreto 2164 de 1991, estableció que el competente para determinar (por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el

¹⁰ **Ley 10 de 1990: Artículo 5°.- Sector Salud.** El Sector Salud está integrado por: 1. El subsector oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud, y específicamente: **a.** Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden nacional; **b. Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano o las asociaciones de municipios...** Subrayado y negrilla fuera de texto.

caso) **los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, es el jefe del organismo, pero en las Entidades descentralizadas, esta función correspondería a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores¹¹.**

De igual manera, determinó que la ponderación de los factores que determine el porcentaje asignable al empleado por concepto de prima técnica, sería establecida mediante resolución, por el Jefe del Organismo; pero, en las entidades descentralizadas, esto se llevaría a cabo por acuerdo o resolución de las Juntas o de los Consejos Directivos o Superiores¹².

¹¹ **“Artículo 7°.- De los empleos susceptibles de asignación de prima técnica. El Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el caso, los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3 del Decreto-Ley 1661 de 1991, y los criterios con base en los cuales se otorgará la referida prima, señalados en el artículo 3 del presente Decreto.**

¹² **Artículo 8°.- Ponderación de los factores. La ponderación de los factores que determine el porcentaje asignable al empleado, por concepto de prima técnica; será establecida mediante resolución, por el Jefe del organismo, o por acuerdo o resolución de las Juntas o de los Consejos Directivos o Superiores, en las entidades descentralizadas, según el caso.**

Para los efectos del otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia se entenderá como título universitario de especialización todo aquel que se haya obtenido como resultado de estudios de postgrado no inferiores a un (1) año académico de duración, en universidades nacionales o extranjeras, debidamente reconocido u homologado de acuerdo con las normas legales que regulan la materia.

Para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, los Jefes de los organismos y, en las entidades descentralizadas, las Juntas, o los Consejos Directivos o Superiores, establecerán el monto de la prima con base en los puntajes obtenidos en la calificación de servicios, salvo lo dispuesto en el párrafo del artículo 5 del presente Decreto, para los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo.

Finalmente, en lo tocante al procedimiento para la asignación de la prima técnica, allí también se estipuló que al Jefe del Organismo correspondería proferir la resolución de asignación debidamente motivada¹³.

En consecuencia, si bien es cierto en el sub examine fue el Médico Director del Hospital quien profirió la Resolución 1247 de 27 de septiembre de 1994, a través de la cual fue reconocida la prima técnica a Saúl Pedraza Hernández (fecha para la cual el ente hospitalario ya había sido transformado en E.S.E.), **también lo es que esto se llevó a cabo con base en los parámetros contemplados para el efecto en la Resolución N° 001175 de julio 26 de 1994**, acto administrativo que él mismo expidió sin estar facultado para el efecto, pues: **(i.)** Si el ente era un **hospital departamental**, correspondía al Gobernador, mediante decreto, adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fijara para cada entidad y **ii.)** En el evento en que el ente fuese una entidad **descentralizada** del orden departamental, incluso desde antes de su transformación en Empresa Social del Estado -en virtud de lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto 1661 de 1991 y el artículo 7º del Decreto

¹³**Artículo 9º.-** *Del procedimiento para la asignación de la prima técnica. El empleado que ocupe, en propiedad, un empleo susceptible de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del presente Decreto, presentará, por escrito, al Jefe de Personal o a quien haga sus veces, la solicitud de asignación de prima técnica, acompañada de los documentos que legalmente acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos.*

Una vez reunida la documentación, el Jefe de Personal o quien haga sus veces, verificará dentro de un término máximo de dos (2) meses, si el solicitante acredita los requisitos para la asignación de la prima técnica.

Si el empleado llenare los requisitos, el Jefe del organismo proferirá la resolución de asignación, debidamente motivada.

Parágrafo.- *En todo caso, la prima técnica sólo podrá otorgarse previa la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal.” (Subrayado fuera de texto.)*

2164 de 1991- esta función, así como la de determinar los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, correspondía a las **Juntas o Consejos Directivos o Superiores.**

De igual manera, bajo esta misma hipótesis, la ponderación de los factores que determinó el porcentaje asignable, por concepto de prima técnica, fue establecida por el Director del Hospital mediante la Resolución N° 224 de agosto 18 de 1995, cuando esta función, habría correspondido a la Junta Directiva del Hospital.

Así las cosas, en las condiciones descritas no es viable que el actor solicite la inclusión de este emolumento en la mencionada indemnización, con base en las resoluciones expedidas por el Director del Hospital, pues éste, **ni siquiera antes de la declaratoria de nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, estuvo facultado para regular el régimen de prima técnica asignada al demandante.**

5.1. De los efectos de la declaratoria de nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991.

El artículo 1º del Decreto 2164 de 1991 - norma expedida por el Presidente de la Republica en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política – extendió la aplicación de la prima técnica a los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados.

En el artículo 13 del decreto en comento, se dispuso:

“Artículo 13º.- Otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados. Dentro de los límites consagrados en el Decreto-ley de 1991 y en el presente Decreto, los Gobernadores y los Alcaldes, respectivamente, mediante decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fije para cada entidad.”

Esta norma que permitía a los **Gobernadores y Alcaldes** adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, fue declarada **nula** mediante sentencia de marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y ocho (1998), pues en ella se consideró que fueron desbordados *“los límites de la potestad reglamentaria, al hacerse extensivo el otorgamiento del régimen de prima técnica a las entidades territoriales”*.

Así discurrió en esa oportunidad la Corporación:

*“Al confrontar el texto de la Ley 60 de 1990 y del Decreto 1661 de 1991, en específico de su artículo 9º, con el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, se advierte, sin lugar a equívocos, como se indicó en la providencia que decretó la suspensión provisional y en el auto que confirmó tal determinación, **que se desbordaron los límites de la potestad reglamentaria, al hacerse extensivo el otorgamiento del régimen de prima técnica a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados, cuando en realidad de verdad, la intención de Legislador ordinario, al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender a los empleos del sector público del orden nacional.***

*En el mismo orden de ideas se anota que la frase “y se dictan otras disposiciones”, contenida tanto en el rótulo de la Ley 60 de 1990 como en el del Decreto 1661 de 1991, debe descifrarse en el entendido de que las mismas deben ligarse y relacionarse con **el orden nacional,***

pues, es el contenido lógico de dicho concepto. Por tal razón la censura formulada en torno a este aspecto por la parte actora deviene inane.

De otra parte, la Sala ratifica su criterio expuesto en las providencias atrás transcritas, en el sentido de señalar que frente al contencioso de simple nulidad, le es permitido al fallador entrar a cuestionar el texto completo de una norma, cuando involucre un quebrantamiento persistente e incesante de la legalidad objetiva que aflija a la colectividad, aún cuando solo haya sido demandado un segmento de la misma, toda vez que la finalidad de la referida acción es la de redimir el orden normativo para consolidar de esa manera la estabilidad y uniformidad jurídica de la actividad administrativa.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Declárase la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, proferido por el Presidente de la República.”¹⁴

La declaratoria de nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, se traduce en la imposibilidad de “*crear o mantener situaciones de privilegio al margen de la Ley*”¹⁵ e “*impone volver las cosas al estado anterior*”¹⁶

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Silvio Escudero Castro, Santafé de Bogotá D.C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 11955.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D. C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 41001-23-31-000-2002-01359-02(2213-12). ACTOR: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo. Demandado: Martha Rocío Vega Vega

¹⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección "B" Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010). Expediente: 410012331000200201357 02. Referencia: 1506-2009. Actor: Hospital Universitario Hernando Moncaleano E.S.E. Autoridades Departamentales.

Así se concluyó en sentencia del cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010):

*“Sobre este particular, y en punto de los efectos de la citada sentencia de nulidad, estima la Sala que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, **la declaratoria de nulidad impone volver las cosas al estado anterior, lo que en la práctica impide que la trasgresión del ordenamiento prevista por el juez contencioso pueda crear una situación de privilegio o inamovilidad de actos producidos al margen de la ley.** Así las cosas, el exceso en la potestad reglamentaria en que incurrió el Presidente de la República al expedir el artículo 13 del Decreto No. 2164 de 1991, en el caso concreto, conllevan a la extinción de sus efectos normativos de modo tal que si las autoridades territoriales y sus entidades descentralizadas previeron el reconocimiento y pago de una prima técnica, ésta debe extinguirse, como bien lo ordenó el Tribunal en la sentencia impugnada.”¹⁷ (Negrilla fuera de texto)*

Y específicamente en lo que concierne a las Empresas Sociales del Estado como entes descentralizados, en la sentencia del siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), ya citada, se dijo:

*“Como en este caso el Hospital Universitario de Neiva Hernando Moncaleano Perdomo, es una institución del orden territorial, **a sus empleados no los beneficia la prima técnica que para algunos servidores públicos del nivel nacional reconocen las normas legales.** (Negrilla fuera de texto).*

La decisión mencionada que declaró la nulidad, debe ser aplicada en este caso, pues si bien es cierto el artículo 13 en cita facultaba únicamente a los Gobernadores y Alcaldes para reconocer la prima que se comenta y en consecuencia en principio podía pensarse que sólo a ellos cobija la declaratoria de nulidad (no se refería al organismo o funcionario competente para efectuar el reconocimiento en otras entidades como las Empresas Sociales del Estado), de una parte, esa disposición también había regulado el reconocimiento, no sólo en

¹⁷ *Ibídem*

las entidades territoriales, sino en sus entes descentralizados y por eso la declaratoria de nulidad también afecta a entidades como la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, y de otra, toda vez que una de las razones de la decisión que declaró la nulidad, es que la Prima Técnica fue creada únicamente para ciertos empleos del orden nacional, es decir que ya no rige en organismos diferentes a este nivel.”

Es claro entonces que el demandante no tenía derecho a la **prima técnica**, pues en gracia de discusión, si esta hubiese sido otorgada conforme a la ley, se reitera, *“los efectos de la derogatoria de nulidad del artículo 13 del Decreto N° 2164 de 1991, reglamentario de la Ley 60 de 1990, que permitía el reconocimiento de la prima técnica en las entidades territoriales, imposibilita crear o mantener situaciones de privilegio al margen de la ley”*¹⁸, por ende, contrario a lo expuesto por el recurrente, no puede predicarse en el caso bajo estudio, la existencia de un derecho adquirido conforme a ella.

5.2. Del régimen prestacional de las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado, de conformidad con el artículo 2° del Decreto 1919 de 2002:

Ahora bien, indica el recurrente que el artículo 2° del Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, en lo que respecta a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado, estableció que se continuaría aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, en su criterio, el mencionado fallo *“de inconstitucionalidad”* no puede afectar a los empleados públicos de las E.S.E.

¹⁸ A esta conclusión arribó la Corporación en sentencia la del siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), ya citada.

En efecto, el Decreto 1919 de 2002, en sus artículos 1° y 2° dispone:

“Artículo 1.- *A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.*

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.

Artículo 2.- *A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.* (Subrayado fuera de texto)

Con respecto al régimen jurídico al que estas Entidades se encuentran sometidas, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, establece:

“ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. *Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

(...)." Subrayado fuera de texto.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley 10 de 1990, frente al régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos, decía lo siguiente:

*“Artículo 30°.- Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. **Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo** que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. **A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto.)*

En el presente asunto, el demandante prestó sus servicios al Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro, desde el 14 de septiembre de 1984 hasta el 17 de diciembre de 2007¹⁹, entidad hospitalaria que fue transformada en Empresa Social del Estado a partir de la vigencia del Decreto Número 0104 de 14 de agosto de 1995, norma cuyo artículo primero indica:

“Artículo 1°: TRANSFORMACIÓN: Transformase el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DEL SOCORRO, a partir de la vigencia del presente Decreto, en una Empresa Social del Estado, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Departamental dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría de Salud Departamental o al ente que haga sus veces e integrante del Sistema General de Seguridad Social en salud y sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que la modifiquen, adicionen, reformen o sustituyan” (Fl. 135)

¹⁹ Según se extrae del contenido de la Resolución N° 055 de 27 de diciembre de 2007.

Así las cosas, el demandante era empleado público del sector salud en una Empresa Social del Estado, creada como una Entidad pública descentralizada del orden Departamental, por ello, en principio, tendría derecho a las **prestaciones** que se reconocían a los empleados públicos del orden nacional, al tenor de la disposición en comento.

No obstante, de antaño, esta Corporación ha establecido una clara diferenciación entre lo que comprende una prestación social y lo que constituye salario, así:

“Como las prestaciones sociales y el salario se derivan igualmente de la relación de trabajo, se hace necesario distinguirlas. Constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, en cambio las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, como por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y el de la capacidad para laborar (vacaciones).

Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, en cambio el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/o otro factor subjetivo, por la persona que desempeña el empleo. El primer factor depende de la responsabilidad y complejidad del cargo o empleo, y el segundo, entre otras circunstancias, según la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.”²⁰

Aunado a lo anterior, sobre lo que comprende la remuneración, la Sala de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil ocho (2008). radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07) Actor: Ricardo Nel Ayala Becerra. Demandado: Departamento de Boyacá.

Consulta y Servicio Civil, dijo lo siguiente:

*“La remuneración, según la ley, equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia, directa o indirecta, de su relación laboral. Comprende, en consecuencia, los sueldos, **primas**, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan, directa o indirectamente, por causa o razón del trabajo o empleo, sin ninguna excepción. Es equivalente al salario, pero esta denominación de ordinario se reserva a la retribución que perciben las personas vinculadas por contrato de trabajo.”²¹ (Negrilla fuera de texto)*

La Prima Técnica, fue concebida como un reconocimiento económico para *“atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo.”*; también, fue creada como un *“reconocimiento al desempeño en el cargo”*.²²

Entonces, de la anterior definición, se colige con claridad que la Prima Técnica, es de **naturaleza salarial**, pues fue creada para retribuir directamente los servicios de un funcionario o empleado *altamente calificado*, o como reconocimiento a su desempeño en el cargo; en consecuencia, no fue concebida para compensar las especiales circunstancias en que se presta el servicio, o para cubrir las contingencias o eventuales riesgos en que pueda encontrarse el empleado por laborar en condiciones desfavorables, razón por

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Humberto Mora Osejo, Santafé de Bogotá, D.C. veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992). Radicación número: 433. Actor: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

²² Artículo 1º del Decreto 1661 de 1991.

la cual, no puede ser considerada una prestación social.

Teniendo en cuenta que la prima técnica **no es** una prestación social, evidentemente no hace parte **del régimen prestacional** de los empleados públicos del orden nacional, siendo éste el **único** que resulta aplicable a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1919 de 2002, pues en efecto, en la norma nada se dijo respecto al régimen salarial, al que indiscutiblemente sí pertenece esta prima.

De contera, es preciso señalar que el artículo 30 de la Ley 10 de 1990, según el cual, a los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicaría el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, fue derogado por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998. Así lo entendió esta Corporación en sentencia del 26 de julio de 2012:

“De conformidad con lo señalado en el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, se modificó y derogó, entre otras disposiciones, la Ley 10 de 1990 en lo relativo a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, por lo tanto, como el artículo 30 de la Ley 10 de 1990 consagraba lo relativo al régimen prestacional de los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se entiende derogado.

Lo anterior implica que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 443 de 1998, es decir, el 12 de junio de 1998, cuando fue publicada, al demandante no podían reconocérsele las prestaciones consagradas en el Decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969, por remisión expresa del artículo 30 de la Ley 10 de 1990, toda vez que este quedó derogado pues su contenido se refería al régimen prestacional de los empleados públicos del sector salud y, en ese orden de ideas, quedó cobijado por

*la derogatoria contenida en la norma.”*²³

Recapitulando, contrario a lo expuesto por la apoderada de la parte demandante en el recurso de alzada, se tiene que la prima técnica consagrada en el Decreto 1661 de 1991, no puede ser aplicada a las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1919 de 2002, pues este emolumento no hace parte del régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Pero es más, conviene recordar que incluso, en tratándose de prestaciones sociales, esta misma Corporación en sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005)²⁴, al pronunciarse sobre la legalidad del Decreto 1919 de 2002, reiteró que sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con justo título con arreglo a la Constitución y a la ley, sin que pueda darse este calificativo a supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía de competencia para ello. Veamos:

“Ahora bien, por el Decreto 1919 de 2002 limitó el pago de las prestaciones, en el caso de los empleados del Distrito Capital, a las que perciban los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Publico y, por la expresión acusada, extendió este régimen, a los empleados públicos “vinculados”, desconociendo que existían empleados Distritales que gozaban de otras clases de prestaciones diferentes a las allí señaladas porque a ellos se les aplicaba el régimen anterior.

En principio podría afirmarse que el Presidente de la República, con esta actuación, como lo alegan los demandantes, desbordó los

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 54001-23-31-000-2003-00411-01(0941-08). Actor: Nestor Edgardo Cely Guarín. Demandado: Municipio de San José de Cúcuta.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Jesus María Lemos Bustamante. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005).-Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0211-01(4396-02). Actor: Luis Eduardo Cruz Porras.

lineamientos generales fijados por el legislador, concretamente, la prohibición contenida en el artículo 2º, literal a), de la Ley 4ª de 1992, al desmejorar las prestaciones que venían devengando los empleados públicos ya vinculados.

*Sin embargo debe decirse que el decreto acusado respetó los derechos adquiridos en los términos del artículo 5º del Decreto 1919 de 2002, la parte actora no demostró la desmejora de las prestaciones o de los salarios que venían devengado de conformidad con la **ley y sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con justo título con arreglo a la Constitución y a la ley por lo que no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía competencia para expedirlas.***

*Al respecto, conviene indicar, como lo hizo la Sala de Consulta en su concepto No. 1393, Consejero Ponente Dr. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, que el régimen distrital, en lo referente a regulaciones legales, no aparece desmejorado con la expedición del decreto acusado porque el régimen “prestacional anterior” al que se refieren los decretos 1133 y 1808, **“no es cualquiera, sino el conforme a la Constitución y a la ley, esto es, no se trata de la aplicación indiscriminada de las normas expedidas contrariando el ordenamiento superior, sino de las que expresamente ha dictado el legislador para regular el régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial, incluido el Distrito Capital, antes Especial.”***

(...)

*De otra parte, no se puede considerar que la expresión “continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando” de los decretos 1133 y 1808 de 1994, hubiesen legalizado las prestaciones extralegales que venían siendo reconocidas por acuerdos, decretos distritales y actas de convenio pues tales actos **van en contravía directa de la Constitución y de la ley, por haber sido expedidos con carencia absoluta de competencia y, en consecuencia, no pueden originar derechos adquiridos.***

En suma, la expresión “vinculados”, contenida en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, no vulneró la ley 4ª de 1992 ni la Constitución

*Política porque no desmejoró, en lo legal, los salarios y prestaciones de los empleados que venían vinculados con el Distrito, en vigencia de los Decretos 1133 y 1808 de 1994. Debe destacarse que los empleados públicos están regidos por una vinculación legal y reglamentaria en la que **no es posible establecer salarios o prestaciones que no se fundamenten en la Constitución o en la Ley, ni pueden negociar con la administración prerrogativas extralegales.*** (Subrayado y negrilla fuera de texto.)

Finalmente, el argumento del recurrente según el cual, la declaratoria de nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991 no tiene significación alguna en la actualidad y menos para los servidores de las Empresas Sociales del Estado, pues la Ley 489 de 1998, en su artículo 68 determinó que el régimen jurídico que se aplica a las entidades descentralizadas del orden nacional opera igualmente para las del orden territorial, tampoco está llamado a prosperar, pues lo que dispone el párrafo primero del artículo en mención es que *“de conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, **el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.**”*

Cabe señalar que por medio de la Ley 489 de 1998, *“se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*.

En consecuencia, contrario a lo considerado por la actora en el recurso de alzada, el régimen jurídico de las entidades descentralizadas que de acuerdo al párrafo primero del artículo 68 de la Ley 489 de 1998, es aplicable a las

de las Entidades territoriales, no es otro que el consagrado en esa misma ley y no el salarial o prestacional para ellas previsto.

5.3. De los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 1227 de 2005, *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998”*, la indemnización de que trata el artículo 44 *ibídem*, debe ser liquidada con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los siguientes factores:

“Artículo 90. *La indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los siguientes factores:*

90.1. Asignación básica mensual correspondiente al empleo de carrera del cual es titular a la fecha de su supresión.

90.2. Prima técnica cuando constituya factor salarial.

90.3. Dominicales y festivos.

90.4. Auxilios de alimentación y de transporte.

90.5. Prima de navidad.

90.6. Bonificación por servicios prestados.

90.7. Prima de servicios.

90.8. Prima de vacaciones.

90.9. Prima de antigüedad.

90.10. Horas extras.”

Empero, como otrora lo ha establecido la Sala, **“lo anterior indica que no es todo lo percibido, a cualquier título”** o sin él, pues para que un emolumento sea considerado factor salarial, **debe haberse devengado mediante un justo título**²⁵.

En ese orden de ideas, la prima técnica que según la norma en comento puede ser incluida como factor salarial en la indemnización por supresión del cargo, lo será, dependiendo de la **legalidad** de los actos administrativos expedidos por el Médico Director de la E.S.E. que otorgaron, regularon, ponderaron y reconocieron el elemento salarial de la prima técnica, es decir, como ya se dijo mediante un justo título.

Si bien es cierto, en principio, **la legalidad** de estos actos administrativos, no constituye el objeto de la litis, no lo es menos que el Juez no puede convalidar los derechos de los administrados, mediante un simple silogismo con el objeto único de conectar una norma, dado que la aplicación de ésta depende del papel que juega en cada caso concreto, pues puede ser que la norma encaje, pero injustamente²⁶.

Por consiguiente, como *in extenso* se decantó en el caso *sub examine*, el actor no puede exigir que la prima técnica sea incluida como factor para la indemnización por supresión del cargo, debido a que respecto de los actos administrativos expedidos por el Médico Director de la Entidad hospitalaria que

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil once (2011). Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00700-01(0101-08) Actor: María Floralba Cervantes De Orozco. Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla

²⁶ *Ibidem*

otorgaron, regularon, concedieron e incrementaron tal beneficio, ocurrió el fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo contemplado en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, concretamente, por la desaparición de sus fundamentos de derecho.

Aunado a lo anterior, aunque el Tribunal no lo dijo, estos actos administrativos, es decir, las Resoluciones N° 001175 de 26 de julio de 1994²⁷, 077 de marzo 31 de 1995²⁸, 098 de abril 21 de 1995²⁹ y 224 de agosto 18 de 1995³⁰, deben **inaplicarse de oficio debido a su ilegalidad**, pues al haber sido expedidos por un funcionario que carecía de competencia para tal fin, y en el caso de la Resolución 1247 de 27 de septiembre de 1994³¹, por haber sido expedida con base en los parámetros establecidos en la primera de las resoluciones mencionadas, siempre fueron y son contrarios a aquella norma de la cual se deriva su validez, lo cual, indefectiblemente se traduce en que el reconocimiento deprecado carece de un justo título.

En este punto, es preciso recordar que el juez administrativo está facultado para aplicar la excepción de ilegalidad, aun oficiosamente, *“en relación con los actos administrativos particulares que infrinjan la ley”*³².

²⁷ “Por la cual se reglamenta la asignación de la prima técnica”.

²⁸ “Por la cual se reajusta la prima técnica a médicos especialistas del Hospital.”

²⁹ “Por la cual se reajusta la prima técnica a médicos especialistas del Hospital.”

³⁰ “Por la cual se fijan cuantías para la asignación de prima técnica al personal médico y paramédico.”

³¹ Por la cual se asigna la prima técnica de un médico del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro”

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A” Consejero ponente: Jaime Moreno García. Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-00738-01(2934-05). Actor: Alfredo Ostos Gil. Demandado: Ministerio de Educación.

Sobre la excepción de ilegalidad la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2000³³, estableció lo siguiente:

“7. La excepción de ilegalidad dentro del marco de la Constitución.

19. Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta.

*Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. **Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa.** A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones:*

20. En principio, podría pensarse que ante la ausencia de una norma constitucional expresa que autorice a toda persona el no cumplir actos administrativos contrarios al ordenamiento superior, cabría una interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución, según la cual así como cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. En efecto, la analogía entre los fenómenos de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las normas parece ser manifiesta, pues en uno y otro caso se trata del desconocimiento de normas de mayor rango jerárquico. Así, siendo análogas ambas situaciones cabría la aplicación del artículo 4° superior, para deducir que en todo caso de incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior deberán prevalecer las disposiciones de mayor jerarquía.

Sin embargo, la Corte descarta esta posible interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución Política, por las siguientes razones:

³³ Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

21. En primer lugar, porque tratándose de una excepción al principio de aplicabilidad y obligatoriedad de normas jurídicas, la misma debe ser de interpretación restringida. En efecto, la aplicación analógica debe desecharse cuando la disposición que se pretende extender contiene una excepción a la norma general, pues en este caso es la norma general y no la excepción lo que debe ser aplicado. En el caso presente, la norma general –de rango constitucional- es el principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, el cual es consubstancial a la noción misma de Estado de Derecho, pues justamente lo que distingue las normas jurídicas de los demás sistemas normativos, es esta característica de ser de imperativa observación por parte de sus destinatarios. A esta realidad se refirió la Corte cuando afirmó:

"El principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución. En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva."¹²

Siendo entonces que todo el soporte de la eficacia del ordenamiento jurídico radica en el principio de obligatoriedad del mismo, los casos excepcionales en los cuales los particulares o las autoridades pueden inaplicar las normas o las disposiciones de las autoridades, no pueden ser deducidos analógicamente. Si bien frente a la supremacía de la Constitución ella misma incluye cláusulas abiertas como las contenidas en los artículos 4° y 91 superiores, que indican que en todo caso de incompatibilidad entre su texto y las normas inferiores debe dársele aplicación preferente a aquel, esta misma posibilidad de inaplicación directa y extrajudicial no está contemplada para el caso de desconocimiento, no ya de la Constitución, sino de cualesquiera otras normas de la jerarquía normativa. En cambio, diversos textos superiores si refrendan el principio de obligatoriedad de las normas y de las disposiciones proferidas por las autoridades competentes, como lo son, por ejemplo, el artículo 95 que enumera entre los deberes de los las personas residentes en Colombia el acatar la Constitución y las leyes y el respetar a las autoridades legítimamente constituidas, lo cual evidentemente, incluye el acatamiento a sus disposiciones.

22. En segundo lugar, la extensión analógica del principio de inaplicación de las normas manifiestamente contrarias a la Constitución para referirlo a todo tipo de disposiciones contrarias a otras jerárquicamente superiores, no consulta realmente la razón de ser de la aplicación analógica de las normas. En efecto, dicha manera de llenar los vacíos legales se fundamenta en el aforismo jurídico según el cual ubi éadem ratio, ibi éadem juris dispositio. En lo que concierne a la inaplicación de las normas por causa de su inconstitucionalidad manifiesta, permitida a cualquier autoridad, las razones que llevaron al constituyente a consagrarla tienen que ver con la garantía de la supremacía del orden superior, razones que no están siempre presentes en los casos de simple disconformidad entre una norma inferior y otra superior.

23. La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde "Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley". De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente "los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, **sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan**

al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. **En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.**

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, **o aun puede ser pronunciada de oficio.** Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub exámine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

Al respecto, destaca la Corte que cuando, con posterioridad a expedición del Código Contencioso Administrativo, el h. Consejo de Estado ha invocado el artículo 12 de la ley 153 de 1887, lo ha hecho dentro del trámite de un proceso judicial, para efectos de inaplicar un

acto administrativo en razón de su ilegalidad. Así, la postura jurisprudencial de esa Corporación que aboga por la vigencia de la norma mencionada, la ha aplicado dentro de este contexto procesal judicial, y no con el alcance de cláusula general de inaplicabilidad de los actos administrativos por cualquier autoridad que los estime ilegales.

25. Por las razones anteriores la Corte encuentra ajustado a la Constitución el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en la interpretación que de él se ha hecho conforme a la Constitución, y desecha los cargos formulados en la demanda sobre la consideración de que la norma acusada autoriza inaplicar las normas de inferior jerarquía que resulten contrarias, a juicio de cualquier operador jurídico, a disposiciones de superior jerarquía, pues la referida interpretación armónica, descarta este entendimiento de la norma.” (Subrayado fuera de texto).

La Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009)³⁴, también se pronunció sobre la excepción de ilegalidad al siguiente tenor:

*“Al amparo del principio de presunción de legalidad, los actos se consideran ajustados al ordenamiento jurídico y deben ser obedecidos tanto por las autoridades como por los particulares desde el momento mismo de su entrada en vigencia y hasta tanto sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según lo normado por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, **pero este principio no es absoluto, puesto que la presunción de legalidad de los actos administrativos es “juris tantum” y, por tanto, puede ser desvirtuada no solo a través de la acción de nulidad que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, sino de oficio por el juez.***

En efecto, en un Estado de derecho el juez que conoce de un proceso, no puede permanecer indiferente frente a la evidencia de la lesión del ordenamiento jurídico, bajo la égida de la presunción de legalidad de los actos administrativos, puesto que para ello la ley ha previsto el mecanismo de la excepción de ilegalidad o vía de excepción que permite al operador jurídico abstenerse de aplicar una norma por

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206) Actor: Gerhard K. Miller Brauer y CIA. LTDA. -HILCO LTDA.-Demandado: Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali-Emsirva.

considerarla violatoria del ordenamiento superior, así no haya sido demandada ni declarada su nulidad y de esta manera impedir que el acto viciado de ilegalidad produzca efectos jurídicos en el caso concreto.

El fundamento constitucional de esta medida se encuentra previsto en el artículo 4º de la Carta Suprema a cuyo tenor: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, con lo cual se consagra, de una parte, la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y de otra, se establece expresamente que aquellas normas que contraríen la Constitución no serán aplicadas.

Así mismo el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, al señalar que “Las órdenes y demás actos ejecutivos de gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes...” está consagrando la excepción de ilegalidad cuya aplicación opera en las diferentes escalas de nuestro ordenamiento jurídico.

Con base en estas normas es posible legalmente aplicar la excepción de ilegalidad en relación con los actos expedidos por autoridades del orden municipal, como lo son aquellos emitidos por los Gerentes de los establecimientos públicos de este nivel.

Lo anterior encuentra apoyo no solo en las disposiciones de carácter constitucional y legal antes indicadas, sino también en los lineamientos de orden jurisprudencial concebidos por la Corte Constitucional³⁵, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 140 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por violación del artículo 238 superior. En dicha oportunidad la Corte precisó diversos aspectos que conviene ahora traer a colación para ilustrar el tema examinado, los cuales hacen referencia a la jerarquía de las normas que integran el ordenamiento jurídico y con fundamento en dicha jerarquía, la necesidad de inaplicar las disposiciones que sean contrarias a aquellas de las cuales derivan su validez, así no exista expresa consagración constitucional de la llamada excepción de ilegalidad.”

³⁵ Sentencia C- 037 de 26 de enero de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Así las cosas, la Sala **confirmará parcialmente** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, Sala Asuntos Laborales, **en cuanto denegó las pretensiones** encaminadas a obtener: **a.)** La nulidad parcial de la Resolución N° 055 de 27 de diciembre de 2007, **b.)** La nulidad de la Resolución 00177 de 7 de marzo de 2008, **c.)** La reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 teniendo en cuenta como factor salarial la **prima técnica**, **d.)** La actualización de la diferencia no pagada tomando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE y el pago de intereses moratorios y **e.)** La condena en costas a la entidad demandada.

De igual manera, la decisión de primera instancia será **adicionada** en el sentido de inaplicar por ilegalidad las Resoluciones N° 001175 de 26 de julio de 1994, 1247 de 27 de septiembre de 1994, 077 de marzo 31 de 1995, 098 de abril 21 de 1995 y 224 de agosto 18 de 1995, proferidas por el Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- REVOCASE el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, Sala Asuntos Laborales, mediante el cual se inaplicó por excepción de ilegalidad, la Ordenanza 37 del 22 de diciembre de 1980 proferida por la Asamblea

Departamental de Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar se dispone,

DECLARASE probada, de oficio, la excepción de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA por el indebido agotamiento de la vía gubernativa, frente a las pretensiones dirigidas a obtener: **(i.)** la reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta como factor salarial la *“prima de servicios equivalente a un mes completo de sueldo”* y **(ii.)** la inclusión de este emolumento y de la prima técnica, como factores salariales, en la liquidación de prestaciones sociales ordenada en la misma resolución. En consecuencia **INHÍBESE** la Sala de efectuar pronunciamiento de fondo al respecto de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo dispuesto en el numeral anterior, **CONFIRMASE parcialmente** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión – Sala Asuntos Laborales, **en cuanto denegó las pretensiones** encaminadas a obtener: **a.)** La nulidad parcial de la Resolución N° 055 de 27 de diciembre de 2007, **b.)** La nulidad de la Resolución 00177 de 7 de marzo de 2008, **c.)** La reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 teniendo en cuenta como factor salarial la **prima técnica**, **d.)** La actualización de la diferencia no pagada tomando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE y el pago de intereses moratorios y **e.)** La condena en costas a la entidad demandada. Lo anterior, por las razones consignadas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONESE la sentencia del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión – Sala Asuntos Laborales, en el sentido de **INAPLICAR** por ilegales las Resoluciones N° 001175 de 26 de julio de 1994, 1247 de 27 de septiembre de 1994, 077 de marzo 31 de 1995, 098 de abril 21 de 1995 y 224 de agosto 18 de 1995, proferidas por el Médico Director del Hospital Regional San Juan de Dios del Socorro, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO