

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Requisitos de procedencia sustantiva y adjetiva / DEFECTO SUSTANTIVO - Configuración: no se analizó si las disposiciones del artículo 17 de la Ley 10 de 1990 y el artículo 4 del Decreto 1399 de 1990 eran aplicables / SISTEMA NACIONAL DE SALUD - Sustento normativo del régimen de transición

En la impugnación reiteró el tutelante que se configuró un defecto sustantivo, por la no aplicación de la Ley 10 de 1990 y el artículo 4 del Decreto No. 1399 de 1990, tantas veces repetido, e impetrado su aplicación, ante las diferentes instancias, y al revisar la Sala el fallo de segunda instancia del proceso ordinario proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, le asiste razón al tutelante, toda vez que, la autoridad judicial no realizó un estudio sobre el régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990, si éstas eran o no aplicables al actor, lo que se observa es que el Tribunal se enfocó a estudiar el Decreto Departamental y Resoluciones que le dieron cumplimiento a esas normas... Para esta Sala si bien el anterior argumento es cierto, no puede pasar por alto, que estamos ante una situación sui generis, toda vez que, desde la demanda y apelación ordinaria, así como en la tutela y su impugnación el apoderado judicial del tutelante indicó que hay defecto sustantivo toda vez que la autoridad judicial erró al fijar el problema jurídico, en razón a que no era determinar si los beneficios prestacionales que le venían siendo reconocidos al accionante a través de la convención colectiva de trabajo se constituyen en derechos adquiridos, cuando lo que correspondía era determinar si al actor es beneficiario o no lo es, de las disposiciones del art. 17 de la Ley 10 de 1990 y del art. 4 del Decreto 1399 de 1990. Los beneficios extralegales no le venían siendo reconocidos por la convención, sino porque la Ley dispuso que esos beneficios se le continuarían reconociendo, mientras permaneciera vinculado a la institución, aún en ausencia de convención, pues se entiende que los empleados públicos no tienen derecho a celebrar convenciones de trabajo, aunque de buena fe se celebraron hasta 1992; en razón a que siempre se ha afirmado en las diferentes instancias judiciales que el actor cumple con los supuestos de hecho y derecho para ser beneficiario del régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990... observa este juez constitucional que el artículo 17 de la Ley 10 y el artículo 4 del Decreto No. 1399 son normas anteriores a la Constitución Política de 1991, las cuales fijaron un régimen de transición a favor de un pequeño grupo de ciudadanos, el cual hoy en día debe ser respetado. La Sala a partir del anterior panorama, concluye que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión afectó el derecho fundamental del debido proceso de tutelante, toda vez que, revisada la sentencia del 24 de junio de 2015, NO ANALIZÓ si el actor es beneficiario del régimen de transición fijado por la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de 1990, por la reorganización del Sistema Nacional de Salud y, en caso de ser aplicable, las consecuencias que de ello derivan en las liquidaciones por la terminación del vínculo laboral.

NOTA DE RELATORIA: la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto, consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González. De otra parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha venido considerando que cuando el *a quo* de la tutela estudió el fondo del asunto es porque realizó el debido análisis de los requisitos de procedibilidad y si los mismos no fueron objeto de impugnación entiende que aquéllos se dieron por superados, por lo que en segunda instancia no se aborda su estudio, en esos términos pueden verse las sentencias de 28 de enero de 2016, exp. 11001-03-15-000-

2015-01156-01, M.P. Rocío Araújo Oñate y de 11 de febrero de 2016, exp. 11001-03-15-000-2015-01807-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03378-01(AC)

Actor: JUAN JOSE BERNAL JIMENEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA - SALA DE DESCONGESTION

Decide la Sala la impugnación¹ presentada por el apoderado judicial² del señor **JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ**, contra el fallo de 14 de abril de 2016, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual **negó** el amparo invocado con la tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El señor **JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ**, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela el 12 de diciembre de 2015³, en la que solicitó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que consideró vulnerados con la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Descongestión el 24 de junio de 2015, por medio de la cual, modificó la emanada del Juzgado 3º Administrativo de Descongestión de Santa Rosa de Viterbo el 13 de septiembre de 2012, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15693-33-31-703-**2011-00236**.

1.2. Hechos de la acción

La Sala resume los hechos relevantes de la tutela de la siguiente manera:

a) El tutelante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el 6

¹ Fls. 117 - 123.

² Fl. 1.

³ Fl. 2 - 12.

de diciembre de 2005⁴, por medio de la cual “*reclamó a su empleadora, la ESE-HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA (ESE-HRD), el reconocimiento y pago del saldo de acreencias salariales y prestacionales, legales y extralegales y el saldo de la indemnización por despido injustificado, a que tenía derecho, una vez fue retirado del servicio por supresión del cargo, en enero de 2005*”.

b) El Juzgado 3º Administrativo de Descongestión de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2012 al resolver la primera instancia, dispuso⁵:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción de **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**, frente a los actos administrativo contenidos en las Resoluciones Nos. 139 de febrero de 2005, 244 de febrero de 2005, No. 409 de marzo 22 de 2005, No. 448 de marzo 29 de 2005 y el Oficio No. 0775-2005 de fecha 26 de septiembre de 2005, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, inhibirse el Despacho para conocer del fondo de las pretensiones que recaen sobre los actos administrativos relacionados en el numeral anterior.

TERCERO: Declarar no probada la excepción de **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**, frente a las Resoluciones Nos. 1477 de octubre 13 de 2005 y 1613 de octubre 21 de 2005, por los argumentos dados en la parte considerativa del presente fallo.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Abstenerse de imponer condena en costas.

SEXTO: Una vez ejecutoria la presente decisión...”.

c) La parte demandante inconforme con la anterior decisión la apeló.

d) El Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, luego de estudiar los argumentos de la alzada y las pruebas obrantes en el proceso, fijó como problema jurídico a resolver si los beneficios prestacionales que venían siendo reconocidos al demandante a través de convención colectiva de trabajo constituyen derechos adquiridos, en sentencia del 24 de junio de 2015, resolvió⁶:

“PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Tercero

⁴ La demanda se presentó ante la jurisdicción ordinaria laboral (fl. 91 vuelto. Cuaderno ordinario laboral). El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante providencia del 13 de julio de 2011, declaró la nulidad de toda la actuación por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa (fls. 27 – 30. Cuaderno ordinario contencioso). El Juzgado 1º Administrativo de Santa Rosa de Viterbo mediante auto del 24 de agosto de 2011 inadmitió la demanda remitida por el Tribunal Superior y ordenó corrección (fls. 35 – 36. Ídem). Realizada la corrección solicitada, el juzgado administrativo con providencia del 28 de septiembre de 2011, admitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 148 – 149. Ídem).

⁵ Fls. 185 – 205. Cuaderno principal ordinario. Negrilla es del original.

⁶ Fls. 241- 254. Cuaderno principal ordinario. Resaltados son del original.

Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, para en su lugar:

'INHIBIRSE la Sala para pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones Nos. 139 del 17 de febrero de 2005, 244 de la misma fecha, 409 del 22 de marzo de 2005, 448 del 29 de marzo de 2005, 1477 del 13 de octubre de 2005 y 1613 del 21 de octubre de 2005, por lo expuesto en la parte motiva'.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el cual quedará así:

'Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia'.

TERCERO: Los demás numeral de la sentencia de primera instancia permanecerán incólumes.

CUARTO: Sin costas en esta instancia”.

1.3. Fundamentos de la acción

Manifestó el apoderado del tutelante que en la sentencia de segunda instancia del proceso ordinario, emanada de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, se configuraron las siguientes causales especiales de procedibilidad cuando la tutela cuestiona una providencia judicial:

1.3.1. Indició que hay **defecto sustantivo** toda vez que la autoridad judicial erró al fijar el problema jurídico, en razón a que no era determinar “*si los beneficios prestacionales que le venían siendo reconocidos al accionante a través de la convención colectiva de trabajo se constituyen en derechos adquiridos*”, cuando lo que correspondía era determinar “*si el actor es beneficiario o no lo es, de las disposiciones del art. 17 de la Ley 10 de 1990 y del art. 4 del Decreto 1399 de 1990. Los beneficios extralegales no le venían siendo reconocidos por la convención, sino porque la Ley dispuso que esos beneficios se le continuarían reconociendo, mientras permaneciera vinculado a la institución, aún en ausencia de convención, pues se entiende que los empleados públicos no tienen derecho a celebrar convenciones de trabajo, aunque de buena fe se celebraron hasta 1992*”.

Indicó el tutelante que el Tribunal Administrativo al resolver el recurso de apelación “**omitió intencionalmente**”⁷ pronunciarse o realizar un análisis sobre las normas de rango legal invocadas, como fundamento de las pretensiones de la demanda, como fueron el “*artículo 17 de la Ley 10 de 1990 y su Decreto Reglamentario 1399 de 1990, artículo 4º, para detenerse en el estudio del decreto Ordenanza 1240 de 1993 y la Resolución interna 1182 de 1993 del Hospital Regional de Duitama, que si bien hace parte del acervo probatorio, no tienen la relevancia jurídica que el Tribunal les atribuye, pues es evidente que su nacimiento a la vida jurídica era*

⁷ Resaltados del original.

*innecesario, al menos para el Dec. 1240/93, incurriendo así, en todas las cuatros formas de estructuración del **defecto sustantivo***⁸.

1.3.2. El apoderado del tutelante también consideró que se configura en la sentencia cuestionada un **defecto fáctico** por cuanto omitió para fundamentar su decisión *“las disposiciones del art. 17 de la Ley 10 /90 y el art. 4° del Decreto Reglamentario 1399/90. Es evidente que de haber efectuado su análisis y valoración, la solución jurídica hubiera sido sustancialmente diferente y favorable a la súplicas del recurso, pero no hizo ningún pronunciamiento acerca del por qué esta clara, especial y concreta norma no era aplicable ni tomada en cuenta para el caso concreto”*.

1.3.3. Por otro lado, sostuvo que existió **violación directa de la constitución** al desconocer los principios fundamentales establecidos en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política de **“Irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”**; **“Principio de Favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”** y: **“Los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidas ni vulnerados por leyes posteriores”**⁹.

13.4. Finalmente, indicó el tutelante que en la decisión cuestionada se presenta el **defecto de decisión sin motivación**, toda vez que, el Tribunal Administrativo *“sin dar a conocer los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, revocó el numeral TERCERO del fallo de primera instancia que había declarado NO PROBADA la excepción de Caducidad de la Acción de las Resoluciones 1477 de octubre 13 de 2005 y 1613 de octubre 21 de 2005, para en su lugar INHIBIRSE de emitir pronunciamiento sobre su legalidad, cerrando fatalmente toda posibilidad de que la justicia conozca de fondo las pretensiones que recaen sobre ellas, razón de ser de la demanda”*.

Los anteriores cargos los desarrollaron a lo largo del escrito de la acción de tutela, la Sala lo citará en aquellos apartados que sean necesarios.

1.4. Pretensión constitucional

La accionante solicitó en la acción de tutela:

“1.2. REVOCAR el FALLO de la SALA de DESCONGESTIÓN del HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, de fecha junio 24 de 2015, en el proceso 15693 33 31 703. 2011 -00236 – 01.

1.3. ORDENAR, de ser preciso, al Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá PROFERIR NUEVO FALLO, dentro del proceso administrativo, ajustándolo a lo decidido por el Juez Constitucional”.

2. Trámite de instancia de la tutela

⁸ Ídem.

⁹ Negrilla del original.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la tutela mediante auto del 12 de enero de 2016, en el que ordenó notificar como demandados al Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Descongestión y al Juzgado 3º Administrativo de Descongestión de Santa Rosa de Viterbo.

Como tercero con interés, dispuso comunicar a la ESE Hospital Regional de Duitama y en cumplimiento del CGP a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁰.

Remitidas las comunicaciones del caso¹¹, se dieron las siguientes intervenciones:

3. Intervenciones

3.1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ANDJE indicó que *“una vez analizadas las pretensiones y las causas que dieron origen a la presente acción de tutela, esta Agencia no se pronunciará o intervendrá en la misma, razón por la cual solicitó a su despacho desvincularla”*¹².

Las demás autoridades a pesar de haber sido notificadas en debida forma no intervinieron.

4. Fallo de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado **negó** el amparo solicitado, mediante sentencia del 14 de abril de 2016, pues al estudiar las pruebas allegadas a la acción constitucional, concluyó que no existió la vulneración alegada¹³.

Al analizar el **defecto sustantivo** alegado por el accionante pudo constar el *a quo* de tutela al revisar el proceso ordinario que de las *“pretensiones solicitadas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho es sencillo concluir que este era el problema jurídico, pues una de las pretensiones consistió en: ‘ordenar a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA, restablecer al accionante, los derechos económicos consagrados en la Resolución Interna 1182 del 27 de septiembre de 1993, emanada de la dirección del Hospital Regional de Duitama, es decir, a continuar reconociendo y pagando sin solución de continuidad, en los montos y condiciones establecidas en la referida resolución y en el art. 2 incluidos sus párrafos del decreto Ordenanza 001240 del 20 de agosto de 1993”*¹⁴, motivo por el cual, es *“falso que el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión identificó erróneamente el problema jurídico y que esto lo haya llevado a no aplicar los artículos 17 de la Ley 10 de 1990 y 4 del Decreto 1399 de*

¹⁰ Fl. 59.

¹¹ Fls. 60 - 71.

¹² Fls. 72 - 74.

¹³ Fls. 91 - 97.

¹⁴ Folio 197.

1990”.

A manera de síntesis indicó la Sección Cuarta que *“el hecho que el Tribunal Administrativo de Boyacá haya concluido que el actor no tenía derecho al pago de los beneficios extralegales consagrados en la convención colectiva suscrita en 1992 y en el Decreto 1240 de 1993 expedido por el gobernador de Boyacá y las Resoluciones 1182 de 1993 y 1470 de 1993 proferidas por el director del Hospital Regional de Duitama, no significa que el Tribunal haya incurrido en un defecto sustantivo, por falta de aplicación de los artículos 17 de la Ley 10 de 1990 y 4 del Decreto 1399 de 1990”*.

Respecto al **defecto fáctico** que fincó el tutelante en la falta de aplicación del artículo 17 de la Ley 10 de 1990 y el artículo 4 del Decreto No. 1399 de ese mismo año, indicó que el *“argumento que empleó el abogado para sostener que sí existía defecto fáctico hace referencia a un defecto sustantivo, pues el cargo no tiene nada que ver con la valoración de las pruebas en el proceso contencioso administrativo, sino con la falta de aplicación de unas normas. Esta razón es suficiente para no realizar un análisis de fondo sobre este defecto”*.

Frente a la supuesta **violación directa de la Constitución**, manifestó el juez colegiado de tutela de primera instancia que el Tribunal Administrativo en la decisión judicial cuestionada no *“dejó de aplicar ninguna disposición de rango constitucional, ni se aplicó la ley al margen de los postulados de la Constitución. De hecho, la decisión se basó en el artículo 150 de la Constitución Política que establece que al Congreso es al que le corresponde dictar las normas generales y señalar en estas los objetivos a los que debe sujetarse el Gobierno, respecto al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos”*.

Por último, respecto al cargo de **decisión sin motivación** la Sección Cuarta expresó que *“en el presente caso no se configuró este defecto, puesto que el Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Descongestión sí efectuó una debida argumentación de las razones por las que no le ordenaría a la E.S.E. Hospital Regional de Duitama pagar los beneficios extralegales que el actor solicitó en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho”*.

4. Impugnación

El apoderado del tutelante manifestó estar inconforme con la anterior decisión que concluyó que el Tribunal Administrativo de Boyacá no incurrió en ninguno de los defectos alegados.

Manifestó que tanto el juez ordinario de segunda instancia, como el de tutela de primera, incurrieron en **defecto sustantivo** por la no aplicación de la Ley 10 de 1990 y el artículo 4 del Decreto No. 1399 de 1990, *“tantas veces repetido, e impetrado su aplicación, ante las diferentes instancias”*.

Reiteró que como se explicó en el proceso ordinario y en la tutela, aquéllas normas son aplicables, en razón a que el tutelante *“fue trabajador del Hospital San*

Vicente de Duitama, institución de utilidad común privada. Con motivo de la Reorganización del Sistema Nacional de Salud ordenado por la Ley 10 de 1990, el actor fue incorporado, sin solución de continuidad, como empleado público a la entidad pública, Hospital Regional de Duitama (HRD), mediante Resolución 005 de 1990, respetándose los niveles de orden salarial y prestacional de que era beneficiario en la entidad liquidada, el Hospital San Vicente de Duitama”.

El apoderado del señor **BERNAL JIMÉNEZ**, indicó que el párrafo segundo del artículo 4° del Decreto No. 1399 de 1990, fue claro en establecer que aquellas personas que provengan de fundaciones o instituciones de utilidad común y que sean incorporadas a las entidades oficiales “*se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la entidad cesionaria de los bienes, sin que se les puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad suprimida o liquidada. Es entendido que esta prerrogativa se le mantendrá al personal anteriormente indicado mientras permanezca vinculado laboralmente a dichas entidades públicas o privadas*”.

En vista de lo anterior, el actor aportó al proceso ordinario la última convención colectiva “*cuando se hizo la transición de privado a público, como documento ad probationem de los beneficios extralegales de que gozaba, desde la entidad liquidada y que el empleador le desconoció al ser retirado de la institución de salud*”.

Reiteró el apoderado del tutelante, como lo ha venido explicando en las diferentes instancias judiciales que una vez cesaron la celebración de convenciones colectivas, por la transición de institución de salud privada a pública, el gobierno departamental “*mediante el Decreto Ordenanza 1240 de agosto 20 de 1993, facultó al Director de HRD para que mantuviera los reconocimientos extralegales adquiridos por los empleados incorporados conforme con las disposiciones de la Ley 10 y el Decreto 1399 de 1990, lo cual hizo mediante las Resoluciones 1182 y 1470 de 1993*”; y si bien, las anteriores normas fueron declaradas nulas en sentencia del 14 de julio de 2011, por el Tribunal Administrativo de Casanare dentro proceso de nulidad No. 15001-23-31-000-2002-00455, dejó claro que se “*dejan a salvo los derechos adquiridos conforme a la ley de los que sean titulares los servidores públicos que fueron incorporados a la nueva planta de personal del hospital Regional del Duitama y que venían laborando en el Hospital San Vicente de Duitama*”.

A partir de lo anterior, concluyó el apoderado del tutelante que el Tribunal Administrativo “*incurrió en defecto material o sustantivo porque dejó de aplicar, al caso concreto, estas normas que evidentemente son aplicables, dado que así lo dispuso el legislador y son las que favorecen los intereses patrimoniales de un reducido número de trabajadores de la salud que aún viven, entre ellos mi poderdante, y a quienes les son aplicables*”, por lo que consideró que la Sección Cuarta al fallar la tutela se equivocó al concluir lo contrario.

Finalmente, en la impugnación reiteró los argumentos dados en la tutela frente a la violación directa de la Constitución y consideró que la Sección Cuarta al fallar la

tutela en primera instancia, indicó que este defecto no se encuentra presente bajo el argumento que la autoridad judicial falló teniendo en cuenta el artículo 150 de aquélla.

Para el impugnante *“tanto el Tribunal como la Honorable Sala violan la C.P. al eludir el análisis y la interpretación armónica de sus disposiciones, por cuanto no han tenido en cuenta que los derechos reclamados fueron adquiridos bajo el amparo de normas vigentes a la luz del art. 76, num 10, de la Constitución Nacional de 1886. El Art. 150 de la C.P. no puede aplicarse por la sencilla razón de que en 1990 no existía”*¹⁵.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991¹⁶, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015¹⁷ y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003¹⁸ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; superado lo anterior;
- ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación y se analizará si el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión afectó los derechos al debido proceso y a la igualdad con la sentencia proferida en segunda instancia el 24 de junio de 2015.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012¹⁹, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁰, y en ella concluyó:

¹⁵ Fls. 117 – 123.

¹⁶ *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.*

¹⁷ *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”*

¹⁸ *“Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”.*

¹⁹ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁰ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

“si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**”. Negrilla fuera de texto.

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”. En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²¹ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva.

En ese orden, se verificará que la solicitud de tutela cumpla con los presupuestos generales de procedibilidad y superados éstos, se entrará al estudio de la impugnación y al fondo del asunto de ser el caso.

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Frente a este punto, la Sala ha establecido que cuando el *a quo* de la tutela estudió el fondo del asunto es porque realizó el debido análisis de los requisitos de procedibilidad y si los mismos no fueron objeto de impugnación esta Sección entiende que aquéllos se dieron por superados, por lo que en esta instancia no se abordará su estudio²².

²¹ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

²² Ver sentencia de tutela No. 11001-03-15-000-2015-01156-01, accionante: Luís Alberto Mercado Díaz, con ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, proferida el 28 de enero de 2016; fallo del 11 de febrero de 2016, tutela No. 11001-03-15-000-2015-01807-01, de Nelson Javier Valero Pinilla contra el Consejo de

5. Fondo

Revisados los antecedentes y la impugnación encuentra la Sala que se debe revocar la sentencia de tutela de primera instancia, por los argumentos que a continuación se exponen.

En la impugnación reiteró el tutelante que se configuró un **defecto sustantivo**, por la no aplicación de la Ley 10 de 1990 y el artículo 4 del Decreto No. 1399 de 1990, *“tantas veces repetido, e impetrado su aplicación, ante las diferentes instancias”*, y al revisar la Sala el fallo de segunda instancia del proceso ordinario proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, le asiste razón al tutelante, toda vez que, la autoridad judicial **no realizó un estudio sobre el régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990**, si éstas eran o no aplicables al señor **BERNAL**, lo que se observa es que el Tribunal se enfocó a estudiar el Decreto Departamental y Resoluciones que le dieron cumplimiento a esas normas²³.

Así, lo primero que realizó el Tribunal fue determinar cuál era el verdadero acto administrativo demandado en nulidad y restablecimiento del derecho por el señor **BERNAL JIMÉNEZ**, concluyendo que el verdadero acto atacado fue el *“Oficio No. 0775-2005 de septiembre de 2005 {que} no se limita a reiterar lo expuesto en las resoluciones enjuiciadas, por cuanto en el mismo se está dando respuesta de fondo frente a la solicitud impetrada respecto al pago de unos derechos extralegales de contenido económico del cual era beneficiario el demandante antes de la entregada en vigencia de la actual Constitución Política y de la Ley 10 de 1990, lo cual lo constituye en un acto administrativo autónomo”*²⁴.

En segundo lugar, entró estudiar al caso concreto, donde determinó que *“la parte actora reclama el reconocimiento de emolumentos laborales que **venían siendo reconocidos hasta el año 2002**, mediante la Resolución Interna No. 1182^{25} de 1993, suscrita por el Director del Hospital de Duitama, conforme a la autorizaciones otorgadas mediante del Decreto No. 1240^{26} de 1993”*²⁷, esta última norma, la expidió el Gobernador de Boyacá para dar cumplimiento con lo establecido por la Ley 10²⁸ y su decreto reglamentario No. 1399²⁹, ambos de 1990.

Estado – Sección Segunda – Subsección “B” y otro; Magistrada Ponente doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²³ Fls. 13 – 47. Fallo cuestionado con la tutela.

²⁴ Fl. 250 vuelto. Cuaderno ordinario allegado en préstamo.

²⁵ *“Por medio de la cual se mantienen unos reconocimientos laborales de contenido económico al personal incorporado del Hospital San Vicente ya liquidado al Hospital Regional de Duitama entidad cesionaria”*. Fls. 94 – 106. Cuaderno proceso ordinario allegado en préstamo.

²⁶ *“Por medio del cual se faculta al Director del Hospital Regional de Duitama para mantener reconocimiento laborales de contenido económico a sus servidores y se dictan otras disposiciones”*. Fls. 90 – 93. Ídem.

²⁷ Negrilla no es del original.

²⁸ **“por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”**. Resaltado del original.

²⁹ **“por el cual se regula la nueva vinculación laboral de empleados oficiales y trabajadores del sector salud en los casos de los artículos 16 y 22 de la ley 10 de 1990”**. Ídem.

Así, el Tribunal Administrativo indicó que la Constitución Política de 1991, en el artículo 205 numeral 7, fijó entre las atribuciones de los Gobernadores la de fijar los emolumentos de los empleados del nivel departamental “**con sujeción a la ley**”³⁰ y, por su parte, el literal e) del numeral 19 del artículo 150, estableció entre las funciones del Congreso de la República la expedición de la ley marco para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En virtud de lo anterior, indicó la autoridad judicial cuestionada que el órgano legislativo expidió la Ley 4^a³¹ de 1992 y su artículo 12 dispuso:

“El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad”.

A partir de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Boyacá concluyó que el “*régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y específicamente la relación de competencias para su expedición se encuentran taxativamente delimitados por la Constitución Política con base en la técnica de las leyes cuadro o marco (art. 150- No. 19), por lo tanto, las Entidades Territoriales no pueden disponer autónomamente sobre tales materias*”³².

Posteriormente, la autoridad judicial acá cuestionada, puso de presente que el Tribunal Administrativo de Casanare declaró la nulidad del Decreto Departamental No. 1240 de 1993 y todos los actos administrativos derivados de éste, mediante sentencia del 14 de junio de 2011³³, por haberse apartado de las anteriores normas, a partir de lo cual concluyó el Tribunal Administrativo de Boyacá que “*al estar dilucidados que la única fuente de reconocimiento de prestaciones sociales de empleados públicos es la Ley, de modo que los beneficios otorgados de manera discrecional por las autoridades departamentales, no pueden considerarse como derechos adquiridos susceptibles de protección legal, así se hubiese cancelado por costumbre o pactos convencionales, no resulta factible avalar la continuidad de los reconocimientos laborales de tipo económico, pese a que se invoquen los principios de favorabilidad*”³⁴

Para esta Sala si bien el anterior argumento es cierto, no puede pasar por alto,

³⁰ Fls. 251 vuelto y 252. Cuaderno ordinario allegado en préstamo. Negrilla del original.

³¹ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

³² Fl. 252 vuelto. Cuaderno proceso ordinario.

³³ Expediente No. 2002-00455-00

³⁴ Fls. 253 y 253 vuelto. Ídem.

que estamos ante una situación *sui generis*, toda vez que, desde la demanda³⁵ y apelación ordinaria³⁶, así como en la tutela y su impugnación el apoderado judicial del tutelante indicó que hay **defecto sustantivo** toda vez que la autoridad judicial erró al fijar el problema jurídico, en razón a que no era determinar “*si los beneficios prestacionales que le venían siendo reconocidos al accionante a través de la convención colectiva de trabajo se constituyen en derechos adquiridos*”, cuando lo que correspondía era determinar “*si al actor es beneficiario o no lo es, de las disposiciones del art. 17 de la Ley 10 de 1990 y del art. 4 del Decreto 1399 de 1990. Los beneficios extralegales no le venían siendo reconocidos por la convención, sino porque la Ley dispuso que esos beneficios se le continuarían reconociendo, mientras permaneciera vinculado a la institución, aún en ausencia de convención, pues se entiende que los empleados públicos no tienen derecho a celebrar convenciones de trabajo, aunque de buena fe se celebraron hasta 1992*”; en razón a que siempre se ha afirmado en las diferentes instancias judiciales que el señor **BERNAL JIMÉNEZ** cumple con los supuestos de hecho y derecho para ser beneficiado del régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990.

La Ley 10 de 1990 reorganizó el sistema nacional de salud y su artículo 17 dispuso:

“Derechos laborales. Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente. En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella”³⁷.

Ahora la anterior ley fue reglamentada mediante el Decreto No. 1399 de 1990 y su artículo 4º ordenó respecto a la garantía de los derechos lo siguiente:

“A los empleados públicos y a los trabajadores oficiales de que trata el presente Decreto, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de

³⁵ Pretensión No. 8.1. se lee: “ORDENAR a la ESE HRD RESTABLECER al demandante, el reconocimiento y pago de todos los derechos de carácter económico, de que es beneficiario legítimo, según las disposiciones consagradas en el numeral 3º del Acta de Compromiso del 7 de septiembre de 1989; el artículo 17 de la Ley 10 de 1990; el artículo 4 del decreto Reglamentario de 1990; Decreto Ordenanzal 1240 de 1993 y en la Resolución, {sic} 1182 de 1993”. Fl. 39. Cuaderno proceso ordinario.

³⁶ Fls. 208 – 214. Ídem.

³⁷ Negrilla no es del original.

la entidad a la cual se les hace la nueva vinculación, sin que pueda disminuirse los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada o suprimida.

Por lo tanto los factores salariales y prestacionales serán los establecidos para la entidad cesionaria, conservando en todo caso las cuantías que recibía la persona en la entidad cedente, mientras permanezca vinculada laboralmente a la entidad cesionaria.

Si la entidad cesionaria no tuviere otorgado algún factor salarial o prestacional que el empleado oficial sí estuviere percibiendo en la entidad suprimida o liquidada, se le garantizará el pago de dicho concepto salarial o prestacional, mientras permanezca vinculado laboralmente a la entidad cesionaria.

Parágrafo 1º. Lo anterior no implica un cambio del sistema salarial ni prestacional en la nueva entidad, ya que se trata tan solo de garantizar unos derechos protegidos por la ley a unas personas específicas, de tal manera que cuando éstas se retiren del servicio, desaparecen automáticamente tales remuneraciones transitorias.

Parágrafo 2º. A las personas provenientes de las fundaciones o instituciones de utilidad común y que sean incorporadas a entidades oficiales, o a entidades privadas, a las cuales se les hayan confiado los bienes y rentas, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la entidad cesionaria de los bienes, sin que se les puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad suprimida o liquidada. Es entendido que esta prerrogativa se le mantendrá al personal anteriormente indicado mientras permanezca vinculado laboralmente a dichas entidades públicas o privadas³⁸.

Fue en virtud de las anteriores normas, que el Tribunal Administrativo del Casanare en la sentencia³⁹ que declaró la nulidad del Decreto Departamental No. 1240 de 1993, que citó la autoridad judicial cuestionada en la presente tutela, dispuso en el numeral segundo de la parte resolutive, lo siguiente:

“Se dejan a salvo los derechos adquiridos conforme a la ley de los que sean titulares los servidores públicos que fueron incorporados a la nueva planta de personal del Hospital Regional de Duitama y que venían laborando en el Hospital San Vicente de Duitama”.

El Tribunal Administrativo de Casanare arribó a la anterior decisión, en virtud a lo establecido por el artículo 17 de la Ley 10 de 1990 en concordancia con lo ordenado por el artículo 31 de la Constitución de 1886 y el artículo 58 de la actual, normas de rango constitucional que fijan el deber de “*garantizar los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden, en ningún evento, ser desconocidos ni vulnerados por la leyes posteriores*”⁴⁰.

³⁸ Subrayado no es del texto original.

³⁹ Fls. 102 – 109.

⁴⁰ Fl. 109.

Por otro parte, la Corte Constitucional en sentencia C-241 del 9 de abril de 2014, declaró la exequibilidad de los incisos primero y tercero del artículo cuarto del Decreto No. 1399 de 1990, arriba transcrito. Indicó en la sentencia que el tránsito constitucional no implica la derogatoria de todas las normas y frente a la regulado en el artículo 4º del mencionado decreto manifestó que el *“trato legal divergente se justifica respecto de grupos sometidos a una situación fáctica diferente, y el beneficio otorgado por la norma tiene por objeto maximizar la protección de un derecho fundamental. En este caso, se protegió el derecho al trabajo de los empleados públicos cuya contratante fue objeto de liquidación, supresión o cesión en los términos de la Ley 10 de 1990, y por ello, se previó la continuidad de la modalidad de contratación y la extensión de los factores salariales y prestacionales adquiridos en la extinta entidad, durante la vigencia del vínculo laboral en el establecimiento receptor”*⁴¹.

Por consiguiente, observa este juez constitucional que el artículo 17 de la Ley 10 y el artículo 4º Decreto No. 1399 son normas anteriores a la Constitución Política de 1991, las cuales fijaron un régimen de transición a favor de un pequeño grupo de ciudadanos, el cual hoy en día debe ser respetado.

La Sala a partir del anterior panorama, concluye que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión afectó el derecho fundamental del debido proceso de tutelante, toda vez que, revisada la sentencia del 24 de junio de 2015, **NO ANALIZÓ si el señor BERNAL JIMÉNEZ es beneficiario del régimen de transición** fijado por la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de 1990, por la reorganización del Sistema Nacional de Salud y, **en caso de ser aplicable**, las consecuencias que de ello derivan en las liquidaciones por la terminación del vínculo laboral en el año 2005.

Por lo anterior, la Sección Quinta del Consejo de Estado **revocará** la decisión de tutela de primera instancia y, en su lugar, **amparará el derecho al debido proceso** del señor **JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ**, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

Como consecuencia de lo anterior, **dejará sin efectos** la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15693-33-31-703-2011-00236, el 24 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, para que dentro de los **15 días** siguientes a la notificación de esta decisión emita una de reemplazo donde deberá determinar:

i) Si el tutelante es o no beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de ese mismo año, por haber pasado, presuntamente, del Hospital San Vicente de Duitama (institución privada) al Hospital Regional de Duitama (institución pública), por la reorganización del Sistema Nacional de Salud.

⁴¹ Negrilla no es del original.

ii) Establecer si existió o no continuidad del vínculo laboral desde cuando pasó a ser parte de la planta de personal del Hospital Regional de Duitama hasta la fecha de retiro.

iii) De darse los anteriores presupuestos se deberá realizar las liquidaciones y compensaciones de acuerdo con el régimen salarial y prestacional aplicable por el régimen de transición aludido, teniendo en cuenta la prescripción trienal de los derechos laborales.

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

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 14 de abril de 2016, por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio del cual **negó** el amparo solicitado por el señor **JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, **amparar el derecho al debido proceso** del tutelante.

Tercero: Dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15693-33-31-703-2011-00236, el 24 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, para que dentro de los **15 días** siguientes a la notificación de esta decisión emita una de reemplazo, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

Cuarto: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria, de conformidad con lo establecido por el inciso 2º del artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

Quinto: Devolver el expediente allegado en calidad de préstamo de conformidad con el oficio visible a folio No. 88.

Sexto: Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO