**CONTROL JUDICIAL - Acto administrativo - Actos definitivos**

Los actos definitivos son aquellos que ponen fin a la actuación administrativa, en tanto resuelven el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya que crean, modifican o extinguen una situación jurídica en particular; a diferencia de los de trámite y preparatorios, que como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración u organizan los elementos de juicio que se requieren para que esta pueda adoptar, a través del acto principal la decisión de fondo sobre el asunto. Aunque excepcionalmente un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando decida sobre la cuestión de fondo, de suerte que se haga imposible la continuación de la actuación. (…) las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**CONTRATO REALIDAD - Sentencia inhibitoria - Situación jurídica del actor – Revivir términos**

De acuerdo con lo anterior, es necesario recordar que el artículo 135 del CCA, prevé que los actos administrativos objeto de control de legalidad por vía jurisdiccional son aquellos que ponen término a un proceso administrativo. A su vez, el artículo 50 de la misma normativa señala que son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa y, por lo tanto, susceptibles de control de legalidad, los actos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. En el caso concreto, tal como lo sostuvo el a quo el Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 no resolvió el fondo del asunto, pues solamente destaca el proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado e informa las fechas en que los interesados debieron presentar las reclamaciones para efectos de que dicha entidad las resolviera, así como también advierte que el actor ya había presentado petición dentro de los términos previstos por el agente liquidador y que respecto de la misma obtuvo respuesta en Resolución RCA 629 del 31 de agosto de 2009. Así las cosas, el acto D-5834 no es el acto que definió la situación particular del demandante, en tanto no se refirió al fondo del asunto, máxime cuando dentro del mismo se indica que con anterioridad la ESE ya había atendido una reclamación presentada por parte del actor dentro de los días estipulados por el ente en liquidación. En esta medida, para la Sala es viable aducir que el demandante lo que pretende con la petición del 23 de agosto de 2010 es revivir los términos ya vencidos para reclamar sus derechos, a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento contra un acto que no resolvió de fondo su caso concreto, ni tampoco creó, modificó, ni extinguió su situación jurídica particular, pues se insiste, en el oficio acusado la entidad informó el trámite que se le dio a las solicitudes; que el accionante ya había presentado reclamación, de la cual obtuvo respuesta por medio de la Resolución RCA 629 del 31 de agosto de 2009 y finalmente que su nueva petición fue devuelta en razón a lo anterior

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00191-01(2610-14)**

**Actor: CARLOS MAURICIO AUX REVELO**

**Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y ESE ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN.**

**Tema:** Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Decreto 01 de 1984

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Ministerio de la Protección Social y se inhibió para conocer de fondo las pretensiones de la demanda presentada por Carlos Mauricio Aux Revelo contra el Ministerio de la Protección Social y la ESE Antonio Nariño en Liquidación.

## ANTECEDENTES

El señor Carlos Mauricio Aux Revelo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Ministerio de la Protección Social y a la ESE Antonio Nariño en Liquidación.

**Pretensiones**

**1.** Se declare la nulidad del Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 suscrito por la secretaria general de la ESE Antonio Nariño en Liquidación, por medio del cual se informó a Carlos Mauricio Aux Revelo que no se tramitarían las reclamaciones presentadas con posterioridad al 29 de enero de 2010 y que revisada la base de datos se encontró que él había radicado una petición dentro del término, la cual se resolvió a través de Resolución RCA 629 del 31 de agosto de 2009, ordenándose en consecuencia la devolución de la última reclamación.

**2.** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

1. Declarar que Carlos Mauricio Aux Revelo como trabajador del Instituto de los Seguros Sociales, de conformidad con el Decreto 1750 de 2003 fue incorporado sin solución de continuidad al servicio de la ESE Antonio Nariño.
2. Declarar que el demandante durante el tiempo que ocupó el cargo de tecnólogo en sistemas en la entidad demandada, esto es, del 1.º de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2008 ostentó la calidad de empleado público.
3. Declarar que la ESE Antonio Nariño terminó la relación laboral sin justa causa.
4. Aplicar la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004.
5. Condenar a la entidad accionada a reconocer y pagar la indemnización por despido sin justa causa, prima técnica para profesionales no médicos, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, auxilio de trasporte, alimentación, cesantías e intereses a las cesantías. Así como también la sanción moratoria que prevé el Decreto 797/49, consistente en un día de salario por cada día de mora.
6. Condenar a la demandada al pago de intereses corrientes y moratorios, costas, agencias en derecho y perjuicios morales en cuantía equivalente a ciento cincuenta SMLMV.

#### FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Carlos Mauricio Aux Revelo entre el 14 de noviembre de 2000 y el 26 de junio de 2003 prestó sus servicios como tecnólogo en sistemas a la Unidad Hospitalaria Maridiaz del Instituto de los Seguros Sociales en Pasto, a través de sendos contratos de prestación de servicios. Sin embargo, con posterioridad, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto dentro del radicado 2006-00194 declaró que de dichos negocios se derivó una verdadera relación laboral, decisión que fue confirmada el por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral.
2. Posteriormente, mediante Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 se escindió el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) y se crearon, entre otras, la ESE Antonio Nariño a la cual pertenecía la Unidad Hospitalaria Maridiaz de Pasto. Dicha normativa previó que para todos los efectos legales los servidores de tales entidades tendrían la categoría de empleados públicos y además, que aquellos vinculados a la vicepresidencia de prestación de servicios de salud, clínicas y centros de atención ambulatoria del ISS, automáticamente quedarían incorporados sin solución de continuidad en la planta de personal de la nueva ESE.
3. La ESE Antonio Nariño a través de Circular DRH-001 del 12 de noviembre de 2003 comunicó al personal médico asistencial y de apoyo de gestión de la administración que a partir del 1.º de diciembre del mismo año, la contratación se haría por medio de una cooperativa de trabajo asociado, obligándoles a crear la denominada COOPMARIDIAZ CTA, a la cual se afilió el actor.
4. El 17 de agosto de 2010 el actor solicitó tanto al Ministerio de la Protección Social como a la ESE Antonio Nariño en Liquidación reconocer la existencia de la relación laboral que se configuró con esta última, su calidad de empleado público y por consiguiente, el reconocimiento y pago de las prestaciones convencionales a las que tenga derecho en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004.
5. La ESE Antonio Nariño en Liquidación mediante Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 comunicó al accionante que no se tramitaría la reclamación por haber sido presentada de forma extemporánea, esto es, con posterioridad al 29 de enero de 2010 y advirtió que revisada la base de datos encontró que este había elevado petición dentro del término, de la cual obtuvo respuesta a través de la Resolución RCA 629 del 31 de agosto de 2009. Por su parte, el Ministerio de la Protección Social por medio del Oficio 10010-282746 del 22 de septiembre de 2010 informó que carecía de competencia para resolver las pretensiones del demandante.

## NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 2.º, 25, 29, 53, 90, 122 y 125 de la Constitución Política, 7.º del Decreto 1950 de 1973, 2.º del Decreto 1042 de 1978, 32 de la Ley 80 de 1993, 29 de la Ley 734 de 2002, 17 de la Ley 790 de 2002, 19 de la Ley 909 de 2004.

Como concepto de violación expuso que no existió entre las partes un contrato de prestación de servicios en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, comoquiera que dichos contratos son utilizados por el Estado para realizar una obra o labor determinada que corresponde a asuntos que no forman parte de las funciones propias de la entidad, sino que se relacionan con su administración y funcionamiento, o en los eventos en los que se requiere de conocimientos especializados por parte del contratista (C-154 de 1997).

De igual manera, afirmó que existe entre las partes una relación laboral, de la cual se deriva la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales y acreencias laborales que le son propias. En este sentido, también estimó vulnerado el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 por cuanto el mismo es claro en señalar, que las entidades públicas, entre otras, no podrán celebrar este tipo de contratos para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes en la planta de personal.

Al mismo tiempo recordó que el artículo 7.º del Decreto 1950 de 1973 dispuso que para efectos de ejercer funciones de carácter permanente debían crearse los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones. Adicionalmente, advirtió que efectuar este tipo de contratación en cumplimiento de funciones que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación, constituye una falta disciplinaria en los términos de la Ley 734 de 2002.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**Empresa Social del Estado Antonio Nariño en Liquidación (ff. 187-198)**

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y fundamentó su defensa en los siguientes argumentos:

En primer lugar afirmó que el Instituto de los Seguros Sociales es una entidad diferente a la Empresa Social del Estado Antonio Nariño, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio y régimen propio, que posteriormente fue objeto de escisión a través del Decreto 1750 de 2003. Seguidamente sostuvo que no es cierto que ocurrida esta circunstancia el actor haya sido incorporado a la planta de personal de la entidad demandada en calidad de empleado público, pues de conformidad con la normativa citada ello solo aconteció para los trabajadores oficiales y no para los contratistas.

En segundo lugar, advirtió que contrario a lo expuesto por el accionante, la ESE Antonio Nariño en la Circular DRH-001 de 2003 no mencionó a la Cooperativa COOPMARIDIAZ ni tampoco obligó a los contratistas a afiliarse a esta, sino que informó que a partir del 1.º de diciembre de 2003 la contratación se realizaría a través de personas jurídicas, ordenándose para el efecto la apertura de invitación pública por contratación directa, mediante Resolución 0430 del 7 de noviembre de 2003. Lo que significa que las personas interesadas, entre ellas, el señor Carlos Mauricio Aux Revelo de forma libre y voluntaria decidían si asociarse o no a dicho ente solidario.

De igual forma, estimó que en razón a la vinculación contractual existente entre el demandante y la cooperativa de trabajo asociado Maridiaz, COOPMARIDIAZ, aquel se rigió por las políticas, directrices y reglamentos de dicha entidad, y esta a su vez se obligó a reconocerle y pagarle las compensaciones de ley, las cuales no son atribuibles a la ESE Antonio Nariño, como quiera que no tuvo ninguna relación de carácter laboral ni contractual con el actor.

Al mismo tiempo recordó que la Corte Constitucional en relación con las cooperativas de trabajo asociado, en las sentencias C-211 de 2000 y C-1054 de 2004 manifestó que estas nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, y que a diferencia de las demás, los asociados son simultáneamente dueños de la entidad y trabajadores de la misma, dicho de otra manera, existe identidad entre el asociado y el trabajador, siendo imposible que sean empleadores por una parte y asalariados por la otra, razón por la que no se les aplican las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso como excepciones:

* Falta de legitimación en la causa por pasiva: Afirmó que esta excepción está llamada a prosperar, porque de acuerdo con lo señalado por el accionante en armonía con los documentos allegados al proceso, es claro que los contratos de prestación de servicios a los que alude el señor Carlos Mauricio Aux Revelo fueron suscritos con el Instituto de los Seguros Sociales (ISS), entidad que conforme lo prescribe la Ley 489 de 1998, goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera. En igual sentido indicó que para la fecha en la que aquellos fueron elaborados y ejecutados, ni siquiera existía la ESE Antonio Nariño.

También observó que con posterioridad a la escisión del ISS, el actor celebró convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo Asociado Maridiaz, COOPMARIDIAZ, mas no con la demandada, razones por las cuales esta última no tiene la obligación legal de atender las suplicas de la demanda.

* Inexistencia de la obligación: Sostuvo que la ESE Antonio Nariño no adeuda ninguna suma de dinero al señor Carlos Mauricio Aux Revelo, pues no ha existido entre los mismos ningún vínculo laboral.
* Innominada: Solicitó se declaren de oficio las excepciones que resulten probadas en el transcurso del proceso y que favorezcan a la entidad.
* Carencia de causa: Insistió que entre las partes no ha existido una relación laboral, contractual o legal y reglamentaria, de la cual se hayan derivado obligaciones a su cargo.
* Prescripción y caducidad: Manifestó que en gracia de discusión y si se accediera a las pretensiones, no habría lugar a ningún tipo de reconocimiento toda vez que el derecho se encuentra prescrito, pues a pesar de que se hizo exigible desde el año 2003, el actor presentó reclamación tanto solo hasta el 2010, es decir, vencidos los tres años que prevé la norma.

De otro lado, en relación con los perjuicios que el actor alega le fueron causados, consideró que los mismos están afectados por el fenómeno de la caducidad, toda vez que pasaron más dos años sin que el actor los solicitara.

* Compensación y buena fe: Recordó que desde el 2003 el demandante recibió las compensaciones de ley por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado Maridiaz, COOPMARIDIAZ, motivo por el cual, en caso de que se profiera un fallo adverso y se condene a la demandada, deberán descontarse las sumas por aquel recibidas.
* Culpa exclusiva de la víctima: Afirmó que el señor Carlos Mauricio Aux Revelo goza de buena salud, no padece ninguna discapacidad y posee los conocimientos suficientes para discernir qué tipo de vinculación le convenía para efectos de prestar los servicios para los cuales se capacitó.
* Ineptitud sustantiva de la demanda: Resaltó que en el particular no se precisan ni individualizan las normas que se consideran han sido vulneradas con el acto objeto de demanda y menos aún se explica en qué consiste la violación. Así mismo, menciona como violadas las sentencias C-314 y C-349 de 2004, pese a que las mismas no son disposiciones legales. Por último, afirmó que el oficio acusado no es un acto administrativo.

**Ministerio de la Protección Social (ff. 239-260)**

La parte accionada se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que entre la parte actora y el Ministerio de la Protección Social no existió vinculo de ninguna naturaleza, y adicionalmente señaló que las Empresas Sociales del Estado no estaban bajo la subordinación del Ministerio dado el carácter especial de que gozaban en virtud del Decreto 1750 de 2003.

Expuso brevemente en qué consiste la figura del litis consorcio necesario a la luz del CPC y la descentralización administrativa, para concluir que la entidad no participó directa ni indirectamente de la relación jurídica sustancial que dio origen a las pretensiones, ni tampoco lo hizo respecto de la expedición del acto atacado, por lo tanto no está llamado a responder por las obligaciones que reclama el señor Carlos Mauricio Aux Revelo; menos cuando tampoco las adquirió de la ESE Antonio Nariño con ocasión de una sucesión procesal en los términos del artículo 60 *ibidem*.

Además explicó la naturaleza del Instituto de los Seguros Sociales y de las Empresas Sociales del Estado, así como también los fundamentos jurídicos de la convención colectiva a la que hace relación el actor en su escrito introductorio, respecto de la cual advirtió que se aplica únicamente a los trabajadores oficiales y no a los empleados públicos.

Propuso como excepciones las siguientes:

* Legitimación en la causa por pasiva: Resaltó que el *sub examine* los hechos y omisiones se relacionan con el ISS y particularmente con la ESE Antonio Nariño, mas no con el Ministerio de la Protección Social, razón por la cual no puede legalmente ser vinculada como parte pasiva. Dicho de otra manera, el Ministerio no podrá responder por derechos derivados de una relación laboral en la que fueron empleadores entidades descentralizadas como las ya referidas, las cuales además gozaban de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, lo que les permite un ejercicio autónomo de sus facultades legales y constitucionales.
* Inexistencia de la obligación: Recalcó que el Ministerio no es responsable de las actuaciones adminsitrativas de las Empresas Sociales del Estado. Máxime cuando el acto objeto de demanda fue expedido por la ESE Antonio Nariño.
* Inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del Ministerio para pagar prestaciones sociales convencionales: Fundamentó esta excepción en los mismos argumentos ya descritos.
* Cobro de lo no debido.
* Prescripción: Sobre este particular sostuvo que desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta la fecha de su reclamación, han transcurrido más de 3 años, término de prescripción que se predica de los derechos laborales.
* Innominada: Pidió dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 164 del CCA.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**Carlos Mauricio Aux Revelo (ff. 331-332)**

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductorio e informó que el 30 de septiembre de 2011 el representante legal de la ESE Antonio Nariño en Liquidación junto con el Ministerio de la Protección Social suscribió el acta final del proceso liquidatario, es decir, se dio fin a la existencia jurídica de aquella entidad. Por lo que la entidad que deberá atender el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones respectivas es el Patrimonio Autónomo de remanentes de la extinta ESE, el cual es administrado por la Fiduciaria Alianza, FIDUCIARIA SA.

**Empresa Social del Estado Antonio Nariño en Liquidación (ff. 334-349)**

Insistió en las afirmaciones y excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Adicionalmente indicó que el hecho de que la accionada hubiere optado por vincular cooperativas de trabajo asociado no es ilegal, dado que el artículo 174 de la Ley 100 de 1993, autorizó a los entes públicos para que presten los servicios de salud mediante contratos con otras entidades.

También consideró que se equivoca la parte demandante al estimar que la Cooperativa COOPMARIDIAZ se creó con el fin de desvirtuar verdaderas relaciones laborales, pues de ser ello así, esta habría desaparecido una vez se extinguió la ESE Antonio Nariño, sin embargo, esto no sucedió, por el contrario aquella sigue en pleno desarrollo de su objeto social y sus asociados continúan ejecutando sus actividades en diferentes centros médicos de Pasto.

**Ministerio Público (ff. 352-358)**

El Procurador treinta y cinco judicial II delegado ante el Tribunal Administrativo solicitó denegar las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió Carlos Mauricio Aux Revelo contra la ESE Antonio Nariño en Liquidación y el Ministerio de la Protección Social, con fundamento en los siguientes argumentos:

Expuso brevemente la diferencia entre los trabajadores oficiales y los empleados públicos, e igualmente recordó que por disposición legal, las controversias que se susciten en materia laboral respecto de los primeros serán de competencia de los jueces laborales y la justicia ordinaria, y en relación con los segundos, de los jueces administrativos.

Concluyó que con base en todos los antecedentes legales e históricos que imponen un tratamiento disímil entre los referidos servidores y en atención a las pretensiones de la demanda, que incoan el reconocimiento de una relación laboral entre Carlos Mauricio Aux Revelo y la ESE Antonio Nariño, no hay lugar a la vinculación de una persona como empleado público, sin que medien los actos reglamentarios de nombramiento y posesión, según las normas prexistentes al cargo al que aspira.

Sumado a lo anterior, adujo que la pretensión dirigida a que se declare la existencia de una relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad, no tiene asidero en la forma como fue redactada en la demanda.

## SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Nariño en sentencia del 31 de enero de 2014 dispuso lo siguiente:

1. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de la Protección Social.
2. Se inhibió para resolver de fondo las súplicas de la demanda interpuesta por Carlos Mauricio Aux Revelo contra la ESE Antonio Nariño.

Los fundamentos de dicha decisión son los siguientes:

1. Respecto de las excepciones:

* Falta de legitimación en la causa por pasiva: Al estudiar esta excepción, la encontró probada respecto del Ministerio de la Protección Social, por cuanto la ESE Antonio Nariño como ente descentralizado goza de autonomía presupuestal, patrimonio propio y personería jurídica, es decir, que es capaz de asumir las obligaciones a su cargo.

1. Sobre el asunto

Revisado el acervo probatorio resaltó que la Jurisdicción Ordinaria a través de sentencia del 8 de junio de 2007 declaró que desde el 14 de noviembre de 2000 hasta el 26 de junio de 2003 existió una relación laboral entre el demandante y el ISS, razón por la cual se condenó a esta última a pagar, entre otras, la suma de $2.950.520 a título de indemnización por despido injusto, más no dispuso su reintegro al empleo sin solución de continuidad. Seguidamente, advirtió que el actor con posterioridad, esto es, entre el 1.º de diciembre 2003 y el 30 de septiembre de 2008, se asoció a la Cooperativa de Trabajo Maridiaz CTA COOPMARIDIAZ, motivos por los cuales las pretensiones elevadas ahora ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no están llamadas a prosperar.

De otro lado, sostuvo que el contenido del Oficio D-5834 cuya nulidad se demanda y en relación con el cual se solicita restablecer el derecho que se estimó vulnerado, no constituye un acto administrativo toda vez que a través de él solo se comunicó al interesado que su solicitud no sería tramitada por haberse presentado extemporáneamente, a saber, después del 29 de enero de 2010, así como también que revisada la base de datos se había encontrado una petición que sí fue radicada en tiempo y respecto de la cual se dio respuesta mediante Resolución RCA-629 del 31 de agosto de 2009.

En otras palabras, concluyó que el oficio acusado no definió fáctica, probatoria ni jurídicamente la situación puesta a consideración por parte del accionante ni tampoco hizo referencia alguna sobre la pretendida obligación de la entidad demandada de vincular al demandante como empleado público y en consecuencia, reconocerle y pagarle las prestaciones que le fueren propias, por lo que no hay un acto del cual estudiar su legalidad.

**ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Carlos Mauricio Aux Revelo presentó recurso de apelación (ff. 389-398) contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

En primer lugar, consideró que contrario a lo expuesto por el *a quo* el Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 expedido por la ESE Antonio Nariño en Liquidación, es un verdadero acto administrativo, pues en él la referida entidad plasmó su voluntad informándole al interesado como ha sido el proceso liquidatario y las razones por las que no procede la nueva reclamación. En segundo, que dicho operador jurídico se equivocó al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en favor del Ministerio de la Protección Social.

A su vez, insistió en que la administración pública ha pretendido desdibujar una verdadera relación laboral a través de los contratos de prestación de servicios y las exigencias al personal de crear y/o afiliarse a cooperativas de trabajo, empresas asociativas y demás. En este sentido, recalcó que en el *sub lite* obra prueba de que el actor fue obligado a crear una Cooperativa de Trabajo y afiliarse a ella, para poder seguir vinculado con la ESE Antonio Nariño.

Al mismo tiempo, recordó que la Jurisdicción Ordinaria finalizada la demanda que el actor incoó contra el ISS, determinó que el mismo tenía la calidad de trabajador oficial, por lo que escindida aquella entidad y creada la ESE Antonio Nariño, Carlos Mauricio Aux Revelo quedó vinculado sin solución de continuidad al servicio de esta última, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003.

Por otro lado, señaló que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha sido clara en determinar que pese a que se haya suscrito un contrato de prestación de servicios, en los eventos en que de ellos se deriven los elementos propios de una relación laboral, esto es, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, procederá el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales a titulo de indemnización.

Finalmente, advirtió que de conformidad con la sentencia del 19 de febrero de 2009 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, no hay lugar a aplicar el término de prescripción sobre los derechos reconocidos como consecuencia de un contrato realidad.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Ministerio de Salud y Protección Social (ff. 421-423)**

La demandada solicitó confirmar el fallo de primera instancia y reafirmó las consideraciones expuestas en las demás intervenciones procesales. Como argumento nuevo expuso que de conformidad con los Decretos 254 de 2000 y 3870 de 2008, entre otros, al terminar la liquidación de la entidad, si existieren procesos pendientes en su contra, dichas contingencias deberán ser atendidas con cargo al patrimonio autónomo que se constituya para el efecto, sin perjuicio de los casos en que la nación u otro ente asuma dichos pasivos, lo cual no ocurrió en el *sub lite*, pues al Ministerio de Salud y la Protección Social no le fueron subrogadas ninguna de las obligaciones de la extinta ESE Antonio Nariño.

Por otra parte, enfatizó en que el actor no se encuentra ubicado en ninguna de las categorías de servidor público, a saber, no ostentaba la calidad de empleado público ni tampoco la de trabajador oficial, como quiera que prestó sus servicios a la ESE Antonio Nariño a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado, es decir, que era autogestionario, en los términos descritos en el Decreto 468 de 1990. Así pues, concluyó que el demandante prestó sus servicios en desarrollo de un convenio voluntario de trabajo asociado de cual no se deriva un vínculo contractual entre él y la ESE Antonio Nariño.

**Carlos Mauricio Aux Revelo (ff. 425-436)**

Reiteró lo señalado en las demás etapas procesales y relató brevemente la forma, el objeto, la clasificación, los elementos característicos y los requisitos de validez del acto administrativo, para luego definirlo como: «la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados».

**ESE Antonio Nariño en Liquidación (ff. 437- 447)**

En primer lugar, señaló que la accionada a través del oficio que hoy es objeto de demanda no decidió de fondo la situación de actor, por lo que coincide con el *a quo* en cuanto a que no se debe hacer control de legalidad sobre el mismo, dado que es una comunicación. Sin embargo, consideró que en caso de que el *ad quem* resuelva revocar la sentencia de primera instancia y conocer las pretensiones, deberá tener en cuenta que el accionante no demostró tal como lo dispone el artículo 177 del CPC, que la ESE Antonio Nariño haya desplegado actuaciones que conminaron a que él se afiliara a una cooperativa de trabajo asociado para poder prestar sus servicios a esta.

En igual sentido, sostuvo que la Circular DRH.001.2003 no tiene valor probatorio en tanto se presentó en copia simple y en gracia de discusión, de su lectura no se evidencia ninguna orden o instrucción amenazante dirigida a obligar a los empleados a afiliarse a una cooperativa, como lo afirma Carlos Mauricio Aux Revelo; sobre el particular resaltó que ni siquiera existe prueba testimonial que soporte sus aseveraciones.

Por otro lado, advirtió que no se precisaron las labores ejecutadas por el actor, ni se aportó un manual de funciones para la prestación del servicio público de salud perteneciente a la ESE, no se determinó la disponibilidad del servicio, así como tampoco si hubo ordenes o directrices por parte de un superior, que debiera cumplir el demandante, es decir, que no se demostró la subordinación existente entre las partes, como elemento esencial para declarar la configuración de una verdadera relación laboral. Seguidamente, indicó que conforme lo ha señalado el Consejo de Estado la acción pertinente para obtener la indemnización por los servicios prestados a una entidad estatal sin que medie una relación legal y reglamentaria, es la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho como equivocadamente eligió el actor.

Por último, reiteró los argumentos expuestos en las demás intervenciones para concluir que Carlos Mauricio Aux Revelo no demostró que de la ejecución de unos contratos comerciales suscritos entre la cooperativa y la ESE Antonio Nariño hoy extinguida, hayan surgido los elementos propios de una relación laboral frente a la entidad accionada y menos aún la calidad de empleado público.

**MINISTERIO PÚBLICO**

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Nariño, con fundamento en lo siguiente:

Estimó que el accionante no describió con claridad y exactitud las súplicas de la demanda, pues de su lectura no es viable inferir si su reclamación está dirigida a que se declare la existencia de un contrato realidad, a que se pague la indemnización por terminación del vínculo o a que se reliquiden las prestaciones sociales que reconoció la ESE Antonio Nariño, dando aplicación a la convención colectiva de trabajo suscrita por el sindicato de trabajadores con el ISS, configurándose así una inepta demanda.

También resaltó que el Oficio D-5834 de 2010 proferido por la ESE Antonio Nariño en Liquidación además de indicar que la reclamación radicada era extemporánea, señaló que en un acto anterior, esto es, la Resolución RCA 629 del 31 de agosto de 2009 la entidad resolvió una petición presentada en término por parte del actor; la cual no fue objeto de demanda, haciéndose imposible el estudio de fondo de las pretensiones.

CONSIDERACIONES

**Cuestión previa**

En relación con la falta de legitimación en la causa alegada por la parte demandada en el recurso de apelación, la Sala de Subsección estima importante precisar, que existen dos clases de legitimación en la causa, una de hecho o procesal[[1]](#footnote-1) y otra material o sustancial[[2]](#footnote-2), cuya diferencia está dada por lo siguiente:

«[…] la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y para los juicios de cognicióndesde dos puntos de vista: de **hecho y material**. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; **es decir es una relación jurídica nacida de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa**, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio la legitimación material en la causa** **alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no.** Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. (Negrillas y subrayas fuera del texto) »[[3]](#footnote-3).

Dadas las anteriores condiciones se ha admitido que la falta de legitimación en la causa no impide al juez pronunciarse de fondo sobre las súplicas de la demanda, precisamente, en razón a que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, motivo por el cual de concluirse que el señor Carlos Mauricio Aux Revelo le asiste el derecho que reclama se analizará lo relativo a la obligación del Ministerio de Salud y la Protección Social de cumplir una eventual condena.

**Problema jurídico**

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 proferido por la ESE Antonio Nariño en Liquidación constituye un acto administrativo sujeto a control judicial?
2. De ser afirmativa la respuesta: ¿El demandante demostró los elementos de una relación laboral o vinculación legal y reglamentaria con la ESE Antonio Nariño?
3. De ser así: ¿El demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos de la ESE Antonio Nariño para la época?
4. ¿Es el Ministerio de Salud y la Protección Social la entidad encargada de asumir la condena?

**Primer problema jurídico**

¿El Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 proferido por la ESE Antonio Nariño en Liquidación constituye un acto administrativo sujeto a control judicial?

Para resolver la primera cuestión, la Subsección abordará los siguientes temas: i) Actos administrativos susceptibles de control judicial; ii) sentencias inhibitorias y acceso a la administración de justicia y iii) caso concreto.

* + - 1. **De los actos administrativos susceptibles de control judicial.**

El inciso final del artículo 85 del CCA dispone lo siguiente:

« […] Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.»

Por su parte, el artículo 135 de la misma codificación señala:

«**ARTÍCULO 135.** [Modificado por el art. 22, Decreto Nacional 2304 de 1989](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6542#1). La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo […]»

De conformidad con lo establecido en los artículos transcritos, **los actos definitivos** son aquellos que ponen fin a la actuación administrativa, en tanto resuelven el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya que crean, modifican o extinguen una situación jurídica en particular*;* a diferencia de los de trámite y preparatorios, que como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración u organizan los elementos de juicio que se requieren para que esta pueda adoptar, a través del acto principal la decisión de fondo sobre el asunto. Aunque excepcionalmente un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando decida sobre la cuestión de fondo, de suerte que se haga imposible la continuación de la actuación.

Al respecto esta corporación[[4]](#footnote-4) manifestó que:

« […] únicamente las decisiones de la Administración, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, siempre que afecten derechos o intereses, impongan cargas, obligaciones o sanciones o incidan en situaciones jurídicas, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que los actos de trámite y de ejecución se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que estos no deciden definitivamente una actuación […]»

Luego entonces, las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

* + - 1. **Sentencia inhibitoria y derecho de acceso a la administración de justicia.**

El Código Contencioso Administrativo en el artículo 3.º consagra como uno de los principios orientadores en materia contenciosa, el de eficacia, el cual tiene como fin que los procedimientos logren su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.

Al efecto, la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) definió la sentencia inhibitoria como la antítesis de la función judicial, la cual está dirigida a resolver los conflictos que surgen en el seno de la sociedad, pues en aplicación de los artículos 228 y 229 de la Constitución Política los jueces tienen la obligación de adoptar decisiones de fondo en los asuntos materia de proceso; y sólo en casos excepcionales en los que el juez tenga certeza que no hay otra alternativa procederá la inhibición.

Por su parte, esta Subsección[[6]](#footnote-6) ha manifestado que: «[…] cuando un asunto litigioso de cualquier naturaleza es llevado a los estrados judiciales, la regla general es que debe culminar con una decisión fondo (sic), declarando o negando el derecho, y que lo excepcional son las sentencias inhibitorias, con las cuales el derecho queda en indefinición […]».

Aunado a lo anterior, es importante precisar que la interpretación de las reglas procesales debe permitir la realización, en la mayor medida posible, del derecho de acceso a la administración de justicia, en sentido material, principio que se encuentra consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos[[7]](#footnote-7).

Respecto a dicho principio, esta Corporación ha señalado: «[…] Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio, como lo es el del acceso a la administración de justicia, consiste en servir de criterio de interpretación adecuadora de las reglas que desarrollan el principio[[8]](#footnote-8), **lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base** y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico […]»[[9]](#footnote-9). (Negrillas fuera de texto)

En la misma providencia, se expuso el marco sustancial convencional, el cual deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia, y se señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez[[10]](#footnote-10) y Godínez Cruz[[11]](#footnote-11) ha considerado:[[12]](#footnote-12) «[…] la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos[[13]](#footnote-13), esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. **Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos**[[14]](#footnote-14). […]»(negrillas fuera de texto)

Conforme a lo expuesto, por regla general el actuar del operador judicial, debe estar siempre orientado a garantizar el principio de acceso material a la administración de justicia, y excepcionalmente, cuando no exista otra opción, se proferirán sentencias inhibitorias.

* + - 1. **Caso concreto**

En el *dossie*r se encuentra acreditado lo siguiente:

* Que el señor Carlos Mauricio Aux Revelo prestó sus servicios como auxiliar de servicios administrativos en la clínica Maridiaz del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Nariño, desde el 14 de noviembre del 2000 hasta el 25 de junio de 2003 (f. 20).
* Que la ESE Antonio Nariño mediante la Circular DRH-001-2003 del 12 de noviembre de 2003, informó al personal vinculado por contrato de prestación de servicios, que estos negocios terminarían por expiración del plazo el 30 de noviembre de la misma anualidad y que a partir del 1.º de diciembre del referido año la contratación se haría «a través de Persona Jurídica (Cooperativas de Trabajo Asociado), que es la mejor forma de contratación para lo cual ustedes gozan de absoluta y total libertad de escoger la mejor entidad que a su juicio personal satisfaga sus expectativas. Para ello la Ese Antonio Nariño, por medio de la Resolución No. 0430 del 07 de noviembre de 2003, ordenó la apertura de Invitación Pública por contratación Directa» (f. 21).
* El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto mediante providencia del 8 de junio de 2007 declaró que entre el accionante y el ISS existió un contrato ficto de trabajo desde el 14 de noviembre de 2000 y hasta el 26 de junio de 2003, por lo que condenó a este último al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por no pago de intereses, prima de navidad, vacaciones, subsidio familiar, reembolso de las sumas pagadas por concepto de salud y pensión, auxilio de transporte e indemnización por despido injusto (ff. 24-43).
* El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Laboral a través de proveído del 29 de abril de 2008 confirmó la decisión descrita en el ítem anterior (ff. 44-61).
* Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004 (ff. 99-171).
* El gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Maridiaz, Coopmaridiaz CTA, certificó que el demandante estuvo asociado desde el 1.º de diciembre de 2003 y hasta el 30 de septiembre de 2008 (ff. 22-23).
* El 23 de agosto de 2010 el señor Carlos Mauricio Aux Revelo elevó petición ante el gerente liquidador de la ESE Antonio Nariño con el fin de que se reconociera su calidad de empleado público, se declarara la terminación de la relación laboral sin justa causa, se diera aplicación a la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, se ordenara el reconocimiento y pago de unas acreencias laborales, perjuicios morales y sanción moratoria (ff. 61-71).
* La secretaria general de la ESE Antonio Nariño en Liquidación emitió el Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010, acto cuya legalidad se discute en el presente proceso, mediante el cual informó lo siguiente (ff. 93-96):

« […] el Apoderado General Liquidador emplazó mediante aviso a todas las personas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la EMPRESA SOCIAL DE ESTADO ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN, el cual fue publicado en los diarios EL TIEMPO, EL PAIS y DIARIO DEL SUR […]

Que fueron emitidos avisos los días 15, 16 y 17 de octubre de 2008 en la cadena radial LA VOZ DE CALI Y RADIO POPULAR de la cadena radial TODELAR, en el CANAL TELEPACIFICO los días 17, 20 y 21 del mismo mes y año; igualmente en el canal de televisión SEÑAL COLOMBIA y el CANAL INSTITUCIONAL a partir del 16 de octubre y por el término de 15 días, se trasmitieron sendos mensajes informando acerca de la medida de liquidación de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN y sobre el emplazamiento para presentar reclamaciones de cualquier índole.

Que esa misma información fue publicada en la página Web: [www.ese-an.org](http://www.ese-an.org) […]

Que en los emplazamientos señalados se indicó que las reclamaciones oportunas contra la ESE en Liquidación, debían ser presentadas entre el veintisiete (27) de octubre y el veintisiete noviembre de 2008, como término limite, anexando prueba de los créditos reclamados.

[…]

Que desde el 28 de octubre, una vez vencido el plazo para recibir reclamaciones oportunas, se inició la recepción de las reclamaciones extemporáneas, tiempo en el cual las personas interesadas contaron con la oportunidad de presentar sus reclamaciones a la ESE ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN.

**Que revisadas las bases de datos de reclamantes, se observa que usted presentó una reclamación OPORTUNA radicada con el No.1762, reclamación que fue resuelta mediante la Resolución RCA No. 629 del 31 de agosto de 2009**.

[…]

Que mediante Auto No. 000017 del 17 de noviembre de 2009 se estableció como fecha límite para presentar reclamaciones extemporáneas, el 4 de diciembre del mismo año, toda vez que estas deben quedar calificadas mediante actos administrativos, los cuales deberán ser notificados y adquirir firmeza antes de finalizar el proceso de sostenibilidad contable el cual fue prorrogado hasta el 30 de diciembre de 2009.

[…]

Que por lo anotado anteriormente, no es procedente radicar ninguna de las reclamaciones presentadas con posterioridad el 29 de enero de 2010, en razón a que ya precluyó la etapa procesal para reclamar y el Apoderado General Liquidador ya determinó todos sus pasivos mediante las resoluciones citadas. Decisión que guarda coherencia con el literal g), artículo 5º del Decreto 3870 de 2008, que establece como una de la funciones del liquidador, “ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y eficaz”, que evite dilaciones injustificadas y procesos interminables. (Subrayas fuera del texto).

Por lo anterior, se procede a la devolución de la solicitud presentada por usted el 23 de agosto de 2010, radicada No. R-6756.» (Se resalta)

De acuerdo con lo anterior, es necesario recordar que el artículo 135 del CCA, prevé que los actos administrativos objeto de control de legalidad por vía jurisdiccional son aquellos que ponen término a un proceso administrativo. A su vez, el artículo 50 de la misma normativa señala que son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa y, por lo tanto, susceptibles de control de legalidad, los actos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.

En el caso concreto, tal como lo sostuvo el *a quo* el Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 no resolvió el fondo del asunto, pues solamente destaca el proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado e informa las fechas en que los interesados debieron presentar las reclamaciones para efectos de que dicha entidad las resolviera, así como también advierte que el actor ya había presentado petición dentro de los términos previstos por el agente liquidador y que respecto de la misma obtuvo respuesta en Resolución RCA 629 del 31 de agosto de 2009. Así las cosas, el acto D-5834 no es el acto que definió la situación particular del demandante, en tanto no se refirió al fondo del asunto, máxime cuando dentro del mismo se indica que con anterioridad la ESE ya había atendido una reclamación presentada por parte del actor dentro de los días estipulados por el ente en liquidación.

En esta medida, para la Sala es viable aducir que el demandante lo que pretende con la petición del 23 de agosto de 2010 es revivir los términos ya vencidos para reclamar sus derechos, a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento contra un acto que no resolvió de fondo su caso concreto, ni tampoco creó, modificó, ni extinguió su situación jurídica particular, pues se insiste, en el oficio acusado la entidad informó el trámite que se le dio a las solicitudes; que el accionante ya había presentado reclamación, de la cual obtuvo respuesta por medio de la Resolución RCA 629 del 31 de agosto de 2009 y finalmente que su nueva petición fue devuelta en razón a lo anterior.

**Conclusión:** La Sala estima que el Oficio D-5834 del 3 de septiembre de 2010 no es susceptible de control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se trata de un acto que haya puesto fin a una actuación administrativa ni que definiera la situación jurídica particular del actor, razón por la cual no podrá pronunciarse de fondo respecto de las súplicas de las demanda.

En estos términos la Subsección queda relevada de estudiar los demás problemas jurídicos.

**Decisión de segunda instancia.**

Por lo expuesto, la Subsección confirmará la sentencia proferida el 31 de enero de 2014, por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Carlos Mauricio Aux Revelo contra el Ministerio de la Protección Social y la ESE Antonio Nariño en Liquidación, mediante la cual se declaró inhibida para fallar el fondo de las pretensiones como quiera que el oficio acusado no constituye un acto administrativo susceptible de control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**Condena en costas**

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

**FALLA**

**Primero: Confírmase** la sentencia proferida el 31 de enero de 2014, por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Carlos Mauricio Aux Revelo contra el Ministerio de la Protección Social y la ESE Antonio Nariño, así:

**Segundo:** Sin condena en costas.

**Tercero:**Se reconoce personería a la doctora Lina Marcela Bustamante Arias identificado con c.c. 52.866.032 y T.P. 146.024 del C.S. de la J., como apoderada del Ministerio de Salud y la Protección Social, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 469 del proceso.

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

**Notifíquese y cúmplase**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Relatoria JORM/DCSG

1. Así se le denomina en la sentencia de antes mencionada. [↑](#footnote-ref-1)
2. Op cit. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. C. P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 17 de junio de 2004. Expediente 1993-0090 (14452) en el mismo sentido ver las sentencias del 4 de febrero de 2010, Radicación: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), Actor: Ulises Manuel Julio Franco y Otros,C.P: Mauricio Fajardo Gómez; del 30 de enero de 2013, Radicación: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610), C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 24 de octubre de 2013. Expediente No. 25000-23-37-000-2013-00264-01. Radicación Interna No. 20247. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-4)
5. C-666 del 28 de noviembre de 1996, MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

   Véase también la C-258 del 11 de marzo de 2008. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo, en la que se indicó que: «*Decisiones judiciales* ***inhibitorias*** *son aquellas que, por diversas causas, ponen fin a una etapa procesal sin decidir de fondo el asunto que se le plantea al juez, es decir, sin adoptar resolución de mérito; por tanto, el problema que ha sido llevado a la justicia queda sin resolver, lo que implica que puede presentarse nuevamente ante la jurisdicción del Estado para su solución, salvo eventos especiales de caducidad o prescripción (…)»*. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia del 13 de febrero de 2014. C.P. Gustavo Gómez Aranguren. Número interno: 1338-2011. Actor: Luis Carlos Caicedo. Demandado: Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario – INPEC. [↑](#footnote-ref-6)
7. «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». [↑](#footnote-ref-7)
8. Cita de la cita: Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible- y propiciando una interpretación adecuadora.”. GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuadora hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Proveído del 22 de octubre de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “*constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Cita de la cita: Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997. [↑](#footnote-ref-14)