

ORDEN DE REINTEGRO– No conlleva de forma automática el pago de salarios y prestaciones / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DEJADOS DE PERCIBIR – Requiere orden expresa del juez de tutela

Si bien es cierto el restablecimiento del derecho derivado del reintegro ordenado debe implicar el reconocimiento y pago de los derechos salariales y prestacionales reclamados por el demandante, por ser ello la consecuencia legal, lógica y natural que emana de tal ordenación, también lo es que, tal efecto es propio en el escenario del proceso ordinario contencioso laboral en el cual, se declara primeramente la nulidad del acto administrativo y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión declarativa, a título de restablecimiento del derecho, se ordena el reintegro de la parte demandante, precisándose la manera como debe producirse el mismo, de tal suerte que, en dicho proceso no solo se define lo atinente a la legalidad de la decisión cuestionada sino que también, se precisa el restablecimiento del derecho no siendo ello lo ocurrido en el presente asunto, en la medida que lo sucedido fue sencillamente la protección de los derechos fundamentales alegados por el accionante en el cual, se dispuso solo su reintegro. (...). En ese orden de ideas, el argumento expuesto por el recurrente no es válido para el caso en concreto, por cuanto olvidó que en ningún momento se ha debatido la legalidad del acto administrativo que culminó con su retiro; en efecto, no obra prueba alguna que demuestre que el demandante hubiese acudido ante la jurisdicción contenciosa, pues lo que hizo fue que con ocasión de la sentencia de tutela que ordenó su reintegro, generar de la administración un nuevo pronunciamiento, pretendiendo el pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo retirado del servicio. Como puede apreciarse, el actor no puede ahora pretender un reconocimiento económico cuando el mismo no tiene origen ni en la sentencia de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, ni en algún proceso ante la jurisdicción contenciosa en el que se hubiera debatido la legalidad del acto de retiro, pues, se insiste, a través de fallo de tutela se le protegieron los derechos fundamentales a la vida, el debido proceso y al mínimo vital, pero sin que tal amparo haya ordenado el pago de salarios y prestaciones, toda vez que, lo que genera o produce que las cosas vuelvan a su estado anterior, es la declaratoria de nulidad del acto administrativo por haberse configurado una de las causales que afecta la validez del acto administrativo acusado o, en su defecto, cuando el juez de tutela se abroga la competencia del juez administrativo y por vía de una sentencia sustitutiva o de reemplazo y bajo la cuerda procesal del mecanismo constitucional de tutela, declara dicha nulidad,

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la finalidad del restablecimiento del derecho, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de mayo de 2002, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero, radicación: 1659-01.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 138

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01293-01(4174-17)

Actor: OSCAR FERNEY GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA

Trámite:	Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer si es posible el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo retirado del servicio

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección del 4 de mayo de 2018¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Oscar Ferney González Martínez contra la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga -CDMB-.

I. ANTECEDENTES²

1.1 La demanda y sus fundamentos.

Oscar Ferney González Martínez, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –*Ley 1437 de 2011*- presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio del 4 de junio de 2015⁴, por medio del cual la Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga -CDMB-, negó el pago de los emolumentos salariales dejados de percibir durante el tiempo en que estuvo retirado del cargo de Secretario Código

¹ Informe visible a folio 631 del expediente.

² Demanda visible a folios 1 al 7 del expediente.

³ El abogado Carlos Alfaro Fonseca.

⁴ Visible a folio 66 del expediente.

4178 grado 14 de la Oficina de Contratación de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga -CDMB-.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó: el pago de los salarios, primas, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando fue declarado insubsistente su nombramiento, esto es, desde el 9 de enero de 2014 hasta el 15 de marzo de 2015, fecha en que, por orden judicial⁵, fue reintegrado al cargo que ocupaba; el reconocimiento de 6 meses de salario a título de sanción por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997⁶; que las sumas reconocidas sean indexadas; establecer que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la vinculación laboral; y, dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica, así:

El señor Oscar Ferney González Martínez fue nombrado en provisionalidad por parte de la Directora General de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga -CDMB- a través de la Resolución 00000471 del 7 de marzo del 2011⁷, para que se desempeñara como Secretario código 4178 grado 14 en la Oficina de Contratación, por el término de 6 meses o hasta que el titular del cargo regresara al mismo.

⁵ El demandante interpuso una acción de tutela para obtener el reintegro al cargo que ocupaba en provisionalidad por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, la cual fue resuelta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil-Familia, a su favor.

⁶ “(...) *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.*

(...)

ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

(..).”

⁷ Visible a folio 9 del expediente.

Por medio del Memorando CGTH-014 del 9 de enero de 2014⁸, expedido por el Coordinador de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga -CDMB- le notificó que, a partir de la fecha de expedición del acto, se daba por terminado su nombramiento debido a que el titular del cargo que él ocupaba en provisionalidad regresó al mismo.

En su sentir, al estar en una situación de debilidad manifiesta debido a los quebrantos de salud que padecía⁹, contaba con una estabilidad laboral reforzada, por ende, para poderlo separar de su cargo, la administración tenía que solicitar prevenidamente autorización al Ministerio de Trabajo para poderlo despedir, lo cual no ocurrió, razón por la que su desvinculación fue ineficaz.

El 5 de diciembre de 2014 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil – Familia¹⁰ ordenó la reincorporación del demandante en un cargo igual o equivalente al que ocupaba al momento de su desvinculación, hasta tanto fuese provisto en propiedad mediante el sistema de carrera o se diera su desvinculación acorde a la normativa aplicable; lo anterior, en aras a garantizar sus derechos fundamentales a la salud, vida, debido proceso, trabajo y mínimo vital.

El 8 de abril de 2015 fue reincorporado a su cargo en la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, sin embargo no le fueron reconocidos los derechos laborales y prestacionales que en su sentir adquirió durante el tiempo comprendido entre el momento de su desvinculación y el de su reintegro, así como el pago de la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹¹, por lo que solicitó el reconocimiento de los mismos mediante un derecho de petición presentado el 19 de mayo de 2015¹², al cual se le dio respuesta en el acto administrativo del 4 de junio de 2015 suscrito por la

⁸ Visible a folio 11 del expediente.

⁹ El historial clínico del actor, visible a folios 148 a 158, evidencia que padece Trastorno de Pánico, ataques de ansiedad y agorafobia.

¹⁰ Visible a folios 16 a 46 del expediente.

¹¹ “(...) Artículo 26º.- En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren. (...)”

¹² Visible a folio 64 de le expediente.

Subdirectora Administrativa y Financiera CDMB, quien negó lo solicitado bajo el argumento que la autoridad judicial en ningún momento había ordenado tal reconocimiento.

1.2 Normas quebrantadas y concepto de vulneración

Como disposiciones transgredidas citó la Constitución Política, los artículos 2, 6, 25, 29, 86 y 125; Ley 361 de 1997 y Decreto 2591 de 1991.

Como concepto de vulneración de las normas invocadas, el demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad por las razones que se exponen a continuación:

Fueron desconocidas las garantías y regulaciones establecidas para la función pública, toda vez que, al gozar de estabilidad laboral reforzada, la competencia de la administración para separarlo del cargo se encontraba sujeta a las normas pertinentes, es decir, el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento debía ser motivado y por sus condiciones particulares de salud, debía realizarse previa autorización del Ministerio del Trabajo, de lo contrario se configuraría una violación al debido proceso, lo cual ocurrió en el presente caso.

A su parecer, se desconoció lo que determinó el Juez Constitucional, ya que, según éste, se le debían ser cancelados los emolumentos salariales y prestacionales porque contaba con el derecho para acceder a ellos, determinación que fue ignorada por la entidad demandada.

1.3 Contestación de la demanda.

La Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga por medio de su apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso en su totalidad al reconocimiento de las suplicas con fundamento en los siguientes argumentos¹³:

Expresó que se configuró una inexistencia del derecho reclamado y, por tanto, un cobro de lo no debido, toda vez que el demandante basó sus pretensiones en un fallo de tutela que en ningún momento ordenó el reconocimiento de las acreencias reclamadas o el pago de la indemnización solicitada. Adicionalmente, dicha

¹³ Visible a folios 92 a 105 del expediente.

providencia en ningún momento estableció la ilegalidad del acto administrativo que lo declaró insubsistente, por lo que estos gozaban de presunción de legalidad y su nulidad debía ser demandada dentro de la oportunidad procesal pertinente, lo cual no se realizó.

Añadió que el demandante ocupaba un cargo de carrera administrativa de manera provisional, ya que solo fue nombrado de manera transitoria debido a que la titular de éste se encontraba desempeñando otro empleo en encargo, el cual terminó el 9 de enero de 2014. La acción de tutela incoada por el demandante fue resuelta 10 meses después de su desvinculación, por lo que concluyó que sí hubo una solución de continuidad.

Consideró que no existen pruebas que desvirtúen la legalidad y debida motivación del acto administrativo demandado, puesto que con el mismo se cumplió la decisión contenida en el fallo de tutela de segunda instancia que se limitó a ordenar su reintegro a un cargo igual o similar al que desempeñaba al momento de su desvinculación.

1.4 La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia del 14 de junio de 2017¹⁴ negó las pretensiones de la demanda porque:

El problema jurídico a resolver del presente caso no tiene relación con el fallo de tutela que se utilizó como sustento judicial de la demanda, puesto que lo que se busca es declarar la nulidad de un acto administrativo por poseer nulidades que no han sido demandadas y no, debatir si la entidad demandada dio cumplimiento al fallo de tutela en cuestión, pues éste se limitó a ordenar su reincorporación a un cargo igual o equivalente al que ocupaba al momento de su desvinculación, determinación que ya fue cumplida por la entidad demandada.

Estableció que en el proceso en cuestión existió un acto administrativo inicial a través del cual se desvinculó al demandante y otro que negó el pago de los emolumentos solicitados a través de un derecho petición, por tal motivo, como el señor Oscar Ferney González Martínez solo demandó este último acto, no se puede entender que el primero quedó sin sustento jurídico.

¹⁴ Magistrada Ponente: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Sentencia visible a folios 372 a 375 del expediente.

En ese orden de ideas, señaló que, debido a que se solicitó el pago de unos emolumentos derivados de un acto administrativo que no ha sido demandado, no puede el actor exigir su reconocimiento sin que se haya configurado por orden judicial la obligación de hacerlo.

Precisó que es importante aclarar que los conceptos de reincorporación y reintegro no son sinónimos, ya que el primero de ellos hace referencia a la existencia de un acto de desvinculación que por desconocer derechos fundamentales debe ser subsanado mediante la expedición de un nuevo acto de vinculación, lo que configura una solución de continuidad; por el contrario, en el reintegro se entiende que la persona nunca se desvinculó de la administración desde el acto de nombramiento y por tanto no existió una solución de continuidad. En tal virtud, la medida tomada por el juez de tutela en el caso *sub examine* se refería a la reincorporación del accionante y no a su reintegro.

De acuerdo a lo anterior, aseguró que el fallo de tutela se limita a la protección de derechos fundamentales que consideró agotada con la reincorporación del demandante; pues en lo referente al pago de los emolumentos salariales y prestacionales, solo podía ser cuestionado si se encontraba inmerso en algunas de las causales de nulidad, las cuales se encuentran establecidas de manera expresa en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁵, situación que no ocurrió.

¹⁵ “(...) **ARTÍCULO 137. NULIDAD.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente. (...)”

1.5 El recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos¹⁶:

Manifestó que más allá de la distinción realizada por el *a quo*, entre los conceptos de reintegro y reincorporación, es claro que lo que el juez ampara en el mismo es la estabilidad laboral reforzada que poseía debido a su debilidad manifiesta, lo que impedía su separación del cargo y, por tanto, permitía que la persona volviera a ocupar el cargo que desempeñaba sin solución de continuidad.

Afirmó que el fallo de tutela amparó su estabilidad laboral reforzada como mecanismo principal y definitivo, ya que no era posible someter a una persona que se encuentra en situación de debilidad manifiesta a la contratación de un abogado, presentación de una demanda y a esperar la decisión de un juez, puesto que esto estaría en contravía de lo que buscó la Constitución Política al amparar las condiciones especiales¹⁷.

Por lo anterior concluyó que el fallo de tutela no fue un mecanismo transitorio sino definitivo y, en consecuencia, la orden de reintegro que estableció no se debía entender como la simple realización de un nuevo nombramiento, sino como la protección integral de sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, lo cual solo se lograría mediante el acceso a todas las solicitudes de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se contrae a determinar:

Problema jurídico

¹⁶ Visible a folios 581 a 589 del expediente.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-317 de 2017, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao. “(...) la acción de tutela es procedente para ordenar el reintegro al trabajo de los trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas desvinculadas ya sean del sector público o privado así mediar una indemnización, lo anterior con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de debilidad y evitar que los trabajadores despedidos bajo estas circunstancias deban adelantar un proceso engorroso que no sea idóneo o eficaz para la protección de sus derechos fundamentales. (...)”.

Si el señor Oscar Fabian González Martínez tiene derecho a que se le reconozcan y paguen los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre el 9 de enero de 2014 al 8 de abril de 2015, sin solución de continuidad, cuyo reconocimiento y pago no fueron ordenados en la sentencia de tutela de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, como consecuencia de su reintegro.

Bajo ese contexto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) del acto que cumple una orden impuesta en una sentencia de tutela; y, ii) del caso en concreto.

i) Del acto que cumple una orden impuesta en una sentencia de tutela

Ha de recordarse que el acto administrativo que se expide para dar cumplimiento a lo ordenado en una sentencia de tutela, en principio, es de los que se conocen como de ejecución.

Sin embargo, esta Corporación *“(...) ha aceptado una excepción consistente en que si bien los actos administrativos de ejecución no son demandables, si la administración al proferirlo se aparta del verdadero alcance de la decisión o de las súplicas del actor, que para el caso sería aparte del reintegro, el pago de las sumas que por concepto de salarios y prestaciones dejó de percibir desde el retiro hasta su reintegro, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que el acto no es de simple ejecución como quiera que nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería a todas luces controvertible ante la jurisdicción (...)”*¹⁸

En este nuevo acto administrativo se produce una situación jurídica que da a entender que no fue definida en la sentencia de tutela objeto de cumplimiento, que es materia de control jurisdiccional, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho: el no reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, sin solución de continuidad, durante el lapso comprendido entre el retiro injusto del servicio y su reintegro.

¹⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, auto de 7 de abril de 2011, expediente: 25000-23-25-000-2010-00152-01(1495-2010), actor: Severo Acosta Tarazona, demandado: Ministerio del Interior y de Justicia.

En efecto, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso estableció¹⁹:

(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)”.

De ahí se desprende que la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, además de la nulidad del acto administrativo que quebranta el ordenamiento jurídico, puede pedir que se le restablezca en su derecho y se le repare el daño. Por eso, desde años atrás, la Sección Segunda del Consejo de Estado,²⁰ al referirse a la finalidad de la figura jurídica del restablecimiento del derecho, la ha definido en los siguientes términos:

“(...) la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo; de manera que cuando el fallo judicial ordena a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo de quien fuera declarado insubsistente en forma ilegal, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y el reintegro, está devolviendo en el tiempo los efectos del acto que anuló y en esa medida crea la ficción jurídica de que el servidor nunca fue retirado del servicio, con todo lo que ello implica; ese es el motivo por el cual se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. De acuerdo con lo anterior, las sumas que se ordena cancelar, bien sea a título de salarios o de prestaciones, constituyen la materialización de esa decisión restablecedora, consustancial al hecho simulado de que el empleado nunca fue retirado y por ello mismo se hizo acreedor a los emolumentos laborales propios de esa relación (...)”.

Sin embargo, no se puede desconocer que si el fallo de tutela, en su parte resolutive solo dispone el reintegro y no se ocupa del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante, se ha de entender que al haber sido dicho reintegro ordenado por el juez de tutela, lo pretendido por este es amparar el derecho fundamental en específico, sin que con ello soslaye el deber que existe a cargo del lesionado en controvertir la decisión ante la respectiva

¹⁹ Norma vigente a la fecha de presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la demandante en aras de obtener la nulidad del acto que declaró insubsistente su nombramiento.

²⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de 16 de mayo de 2002, consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, expediente: 19001-23-31-000-1998-0397-01(1659-01), actor: Parménides Mondragón Delgado, demandado: Industria Licorera del Cauca.

jurisdicción a fin de que se pronuncie acerca de la legalidad de la decisión que retiró del servicio al tutelante, es decir, no puede entenderse como un efecto automático y directo del amparo tutelar, que el retiro del servicio decretado por la autoridad nominadora es ilegal y, por lo tanto, las cosas deben volver al estado en que se encontraban inicialmente.

En esa línea, la doctrina ha señalado que en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando son acogidas las pretensiones del actor, el fallo tendrá un doble carácter: será declarativo en el extremo que anule la decisión o el acto administrativo; y de condena, en cuanto, como consecuencia de la nulidad, imponga una obligación de dar, hacer o no hacer²¹, de tal suerte que, en asuntos donde se controvierte retiro del servicio como en el caso bajo estudio, el restablecimiento del derecho deviene como consecuencia del pronunciamiento de ilegalidad de la decisión o acto administrativo que dispuso tal determinación, lo que implica necesariamente, que la manifestación de voluntad de la administración haya sido declarada nula a efecto de retrotraer las cosas a su estado inicial.

ii) Del caso concreto.

El señor Oscar Ferney González Martínez pretende el reconocimiento y pago de los salarios y demás emolumentos que dejó de percibir durante el tiempo en que estuvo desvinculado del servicio; sin embargo el *a-quo* se opuso a ello, concretamente, porque en el fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga no se ordenó el pago de los salarios y demás prestaciones sociales solicitadas, razón por la que, debe entenderse que cumplió con lo ordenado por el juez de tutela reintegrándolo a la planta de personal de la Corporación Autónoma Regional para la Meseta de Bucaramanga, sin estar obligado a sufragar suma alguna por cualquier concepto.

Precisado lo anterior, se debe tener presente que el señor Oscar Ferney González Martínez fue nombrado en provisionalidad para que se desempeñara como Secretario código 4178 grado 14, por el término de 6 meses o hasta tanto el titular regresara a su empleo «*Resolución 471 de 7 de marzo de 2011*²²»; situación que ocurrió, y por ello, el Coordinador de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga a través del

²¹ BETANCUR, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Librería Señal Editora 2014. Pág. 223.

²² Visible a folio 9 del expediente.

Oficio de 9 de enero de 2014²³, lo desvinculó.

Tiempo después el señor Oscar Ferney González Martínez interpuso acción de tutela contra la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga en aras a que se le protegiera su derecho fundamental al mínimo vital; vulnerado, en su sentir, con la expedición del Oficio de 9 de enero de 2014, y por lo mismo solicitó su reintegro en las mismas condiciones laborales que ostentaba, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante todo el tiempo en que perdurara su desvinculación²⁴.

A su turno, el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil – Familia, el 5 de diciembre de 2014 revocó la sentencia del 24 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, que negó el amparo de la acción de tutela instaurada por el señor Oscar Ferney González Martínez en contra la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga y, en su lugar, tuteló los derechos fundamentales a la salud, la vida, el debido proceso y el mínimo vital; y en consecuencia, le ordenó que en un término 5 días siguientes a la notificación del fallo de tutela, procediera a su reintegro hasta que se surtiera un concurso o se presenten circunstancias que ameriten su remoción²⁵.

Por tal motivo, el Director General de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga dispuso el reintegro del señor Oscar Ferney González por medio de la Resolución 0302 de 24 de marzo de 2015²⁶. Posteriormente, el 19 de mayo de 2015 le solicitó a la citada autoridad administrativa que le fuera reconocidos y pagados los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo en que estuvo por fuera de la institución²⁷.

La anterior petición fue contestada por medio del Oficio del 4 de junio de 2015, por parte de la Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, en el sentido de negarle el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones que dejó de percibir

²³ Visible a folio 11 del expediente.

²⁴ Acción de tutela visible a folios 129 a 144 del expediente.

²⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, sentencia de 5 de diciembre de 2014, expediente 68001-31-03-001-2014-00302-01, M.P. Dra. Neyla Trinidad Ortiz Ribero. Visible a folios 16 a 43 del expediente.

²⁶ Visible a folios 61 a 63 del expediente.

²⁷ Visible a folios 64 y 65 del expediente.

durante el tiempo en que estuvo desvinculado de la institución, esto es, desde 9 de enero de 2014 hasta el 8 de abril de 2015, por cuanto²⁸:

“(...) resulta desatinada la solicitud del peticionario al exigir el cumplimiento de una orden no impartida en el fallo judicial que se tiene como base para la reclamación, de igual modo, debe recordarse al peticionario que los actos administrativos expedidos por esta Entidad en lo referente a su situación laboral se encuentran en firme y no han sido declarados nulos por ninguna autoridad judicial, por consiguiente las reclamaciones que pretenda efectuar por el contenido de dichos actos deberán ser precedidas por la interposición de los medios de control previstos en la ley para exigir estos tipos de prestaciones, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como lo dejó claro el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial (...)”.

Precisado lo anterior, es pertinente señalar en principio, que lo que pretendió por el demandante con el derecho de petición que radicó el 19 de mayo de 2015 fue revivir términos, pues si la intención era debatir los efectos de su reincorporación, entiéndase también la inclusión del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo en que estuvo desvinculado, debió, oportunamente, cuestionar la Resolución 0302 de 24 de marzo de 2015, dado que fue a través de este acto que se dio cumplimiento a lo dispuesto por el juez de tutela.

Al respecto, ha sostenido la Sala en casos similares al *sub-examine*, que encontrándose en firme los actos administrativos, se deduce que el propósito perseguido por el actor no es más que el de la revocatoria de las decisiones administrativas adoptadas en tiempo anterior, por lo cual no puede reconocérsele fuerza para revivir el término legal que permita ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁹.

Sin embargo, si en gracia de discusión no se admitiera el anterior argumento, se debe entonces determinar ¿si el hecho de no haberse ordenado, de manera expresa, en el fallo de tutela el pago de los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir ha de entenderse entonces que el actor objeto del reintegro no tiene derecho a ello?

Habrà de señalarse en primer lugar, que el mecanismo constitucional contemplado en el artículo 86 de la Carta Superior, tiene un propósito determinado y por ende,

²⁸ Visible a folio 66 del expediente.

²⁹ Consejo de estado, sentencia de 29 de noviembre de 2012, radicado, 080012331000200901056 01, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

diferenciado del que se persigue al ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que, a través de aquel se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en el decreto 2591 de 1991³⁰, mientras que con el segundo, se entabla un juicio de legalidad en contra de la decisión de la administración.

En efecto, descendiendo al caso bajo estudio, se observa que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el fallo de tutela del 5 de diciembre de 2014 dispuso lo siguiente:

*“(…) PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA el 24 de octubre de 2014, dentro de la acción de tutela de la referencia, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales del accionante OSCAR FERNEY GONZÁLEZ MARTÍNEZ, a la salud, la vida, el debido proceso y al mínimo vital.
SEGUNDO: ORDENAR a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA, que por conducto de su respectivo Secretario, si aun no lo ha hecho, y dentro del término improrrogable de CINCO (5) DIAS hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaba el accionante, reincorpore al señor OSCAR FERNEY GONZÁLEZ MARTÍNEZ en provisionalidad, hasta tanto dicho cargo se provea en propiedad mediante el sistema de carrera, o sea desvinculado previo cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas laborales y la jurisprudencia constitucional.
(…)”.*

Obsérvese que la autoridad judicial se limitó a amparar los derechos fundamentales a la salud, la vida, el debido proceso y al mínimo vital y, por ende, ordenó que la tutelada adelantara las gestiones administrativas y presupuestales tendientes al reintegro del señor Oscar Ferney González Martínez en la planta de personal de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta De Bucaramanga hasta tanto se surtiera un concurso o, en su defecto, se presentaran circunstancias que ameritaran su remoción.

En esa medida, nótese que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga no efectuó un pronunciamiento alguno con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por el señor Oscar Ferney González Martínez

³⁰ Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

durante el tiempo en que estuvo desvinculado de la entidad, esto es, desde el 9 de enero de 2014 al 8 de abril de 2015, es decir que, no resolvió los efectos que emanarían del amparo tutelar, pues solo se limitó únicamente a ordenar el reintegro a la entidad accionada, pese a que el accionante solicitó el reconocimiento de dichos emolumentos, veamos:

“(...) PETICIONES

- 1. Solicito al señor Juez de Tutela, conforme el artículo 86 de la Constitución Nacional, tutele los derechos fundamentales a la salud y a la vida misma, debido proceso, el derecho al trabajo, el derecho a un mínimo vital, han sido violados flagrantemente por la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga -CDMB-, motivo por el cual por no existir el debido permiso solicito al juez se declarara que el despido es ineficaz.*
- 2. Como consecuencia de lo anterior se ordene al Representante Legal de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga -CDMB, ordenar la reincorporación inmediata, incluyendo el pago de los salarios por todo el tiempo que he estado por fuera de la Empresa. Además de una indemnización de seis meses más de salario por no haber solicitado la respectiva autorización para mi desvinculación laboral según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
(...)”.*

Así las cosas, si bien es cierto el restablecimiento del derecho derivado del reintegro ordenado debe implicar el reconocimiento y pago de los derechos salariales y prestacionales reclamados por el demandante, por ser ello la consecuencia legal, lógica y natural que emana de tal ordenación, también lo es que, tal efecto es propio en el escenario del proceso ordinario contencioso laboral en el cual, se declara primeramente la nulidad del acto administrativo y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión declarativa, a título de restablecimiento del derecho, se ordena el reintegro de la parte demandante, precisándose la manera como debe producirse el mismo, de tal suerte que, en dicho proceso no solo se define lo atinente a la legalidad de la decisión cuestionada sino que también, se precisa el restablecimiento del derecho no siendo ello lo ocurrido en el presente asunto, en la medida que lo sucedido fue sencillamente la protección de los derechos fundamentales alegados por el accionante en el cual, **se dispuso solo su reintegro.**

Al respecto, el tratadista Luis Enrique Berrocal Guerrero al pronunciarse sobre el concepto de anulación del acto administrativo, señaló que es la decisión judicial de suprimirlo o hacerlo desaparecer del mundo jurídico a instancia de parte, es decir,

en virtud de la acción contenciosa administrativa³¹, pero, es más, expresó en relación con el medio de nulidad y restablecimiento del derecho que³²:

“(...) Aquí se busca la nulidad del acto, pero como condición necesaria para obtener el restablecimiento de un derecho que ha sido afectado por el acto administrativo que se demanda, y/o la reparación del daño que se le haya causado al accionante (artículo 138 CPACA).

Por tanto, el juez, además de declarar la nulidad del acto administrativo, podrá instituir disposiciones nuevas en remplazo de las contenidas en él, así como modificar o reformar estas últimas (artículo 187 CPACA). Debido a que ello, esta acción se conoce, desde sus orígenes en el derecho administrativo y la jurisprudencia francesa, como acción de plena jurisdicción, lo que significa que el juez tiene poder o autoridad para decidir sobre las implicaciones del acto acusado.

(...)”.

En ese orden de ideas, el argumento expuesto por el recurrente no es válido para el caso en concreto, por cuanto olvidó que en ningún momento se ha debatido la legalidad del acto administrativo que culminó con su retiro; en efecto, no obra prueba alguna que demuestre que el señor Oscar Ferney González Martínez hubiese acudido ante la jurisdicción contenciosa, pues lo que hizo fue que con ocasión de la sentencia de tutela que ordenó su reintegro, generar de la administración un nuevo pronunciamiento, pretendiendo el pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo retirado del servicio.

Como puede apreciarse, el actor no puede ahora pretender un reconocimiento económico cuando el mismo no tiene origen ni en la sentencia de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, ni en algún proceso ante la jurisdicción contenciosa en el que se hubiera debatido la legalidad del acto de retiro, pues, se insiste, a través de fallo de tutela se le protegieron los derechos fundamentales a la vida, el debido proceso y al mínimo vital, pero sin que tal amparo haya ordenado el pago de salarios y prestaciones, toda vez que, lo que genera o produce que las cosas vuelvan a su estado anterior, es la declaratoria de nulidad del acto administrativo por haberse configurado una de las causales que afecta la validez del acto administrativo acusado o, en su defecto, cuando el juez de tutela se abroga la competencia del juez administrativo y por vía de una sentencia sustitutiva o de reemplazo y bajo la cuerda procesal del mecanismo constitucional de tutela, declara dicha nulidad, condiciones éstas que no fueron

³¹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Séptima Edición, 2016, Pág. 539.

³² BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Séptima Edición, 2016, Pág. 561.

precisamente las ocurridas en el presente asunto.

En los anteriores términos, encuentra la Sala que el proceder de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga se ajustó a lo ordenado en el fallo de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de 5 de diciembre de 2014, que solo ordenó el reintegro, motivo por el cual, habrá de confirmarse la sentencia del *a-quo*.

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

FALLA

CONFÍRMASE la la sentencia del 14 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Oscar Ferney González Martínez contra la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga - CDMB-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ