

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA ACTO PROPIO - Procedencia / REVOCATORIA DIRECTA - Causales / ACTO PROPIO - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho / REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO PARTICULAR - Consentimiento expreso del titular

El Código Contencioso Administrativo establece en forma taxativa las causales que imponen a la Administración la revocatoria directa de sus actos, ya sea de oficio o a solicitud del particular. Tales causales, previstas en el artículo 69 son las siguientes: - Que se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera y que salte de bulto, razón por la cual no se deben hacer grandes elucubraciones para concluir la violación constitucional o legal. - Que haya falta de conformidad con el interés público o social, esto es, que el acto administrativo en cuestión no contraríe los intereses generales, causal respecto de la cual se ha sostenido que comporta el retiro de un acto "legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél". - Que a través del acto correspondiente se cause un agravio injustificado a una persona. Es por ello que en desarrollo del principio de inmutabilidad de los actos administrativos que conlleva la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección de los derechos adquiridos, cuando se está en presencia de un acto particular, el inciso 1º del artículo 73 del C.C.A. ha previsto que por regla general, y salvo las excepciones que la misma ley contempla "no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 73 INCISO 1

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de 5 de mayo de 1981, Corte Suprema de Justicia - Sala Constitucional.

ACCION DE LESIVIDAD - Características y requisitos / ACCION DE LESIVIDAD - Procedencia acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto propio / DEMANDA DE SUS PROPIOS ACTOS POR LA ADMINISTRACION - Procedencia. Lesividad

Dentro de las principales características de la acción de lesividad o también denominada como acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto administrativo propio, esta Corporación ha señalado las siguientes: - Es una acción contencioso administrativa, principal, temporal, subjetiva, que no requiere de previo agotamiento de la vía gubernativa. - En su trámite procede la medida cautelar de suspensión provisional de los actos impugnados, contemplada en el artículo 238 de la Constitución Política, la cual deberá solicitarse y sustentarse expresamente en la demanda o en escrito separado presentado antes de su admisión (C.C.A. art. 152), demostrando aún en forma sumaria, además de la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar a la entidad demandante. - Obra como demandante, mediante apoderado, la misma persona o entidad que en ejercicio de sus funciones administrativas expidió el acto impugnado y, como demandado el destinatario del mismo. - El demandante ha de indicar las normas que considera violadas y expresar el concepto de la violación (C.C.A. art. 137-4), pues a él corresponde la carga de desvirtuar la presunción de legalidad, de la que, en todo caso, goza el acto impugnado. - El demandante ha de individualizar los actos impugnados con toda precisión (C.C.A. art. 138 inc. 1), acompañando con la demanda copia autentica de los mismos, junto con la respectiva constancia de publicación, notificación o ejecución, según el caso. - Si el acto fue recurrido en

vía gubernativa, “también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 10227, MP: Mauricio Fajardo Gómez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 238 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 152 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 NUMERAL 4 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 138 INCISO 1

AUXILIO DE CESANTIA - Definición. Liquidación parcial / LIQUIDACION PARCIAL DE CESANTIA - Excepciones de restrictiva interpretación / AUXILIO DE CESANTIA - Marco jurídico

Se tiene que el auxilio de cesantía se trata de una de las “prestaciones sociales comunes”, y que constituye, como afirma la doctrina, “una compensación adicional que la ley reconoce al trabajador por los servicios personales prestados a otra persona en determinado período de tiempo”, (Domingo Campos Rivera, “Derecho Laboral Colombiano”, Edit. Temis, Pág. 507). De modo que su pago es obligatorio al término del contrato de trabajo, salvo los casos previstos taxativamente. Asimismo, la ley prohíbe hacer liquidaciones parciales de cesantía, excepto cuando el trabajador es llamado a prestar el servicio militar; “para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces” destinados a la vivienda del trabajador; o para financiar la educación superior del trabajador o su núcleo familiar. Estas excepciones son de restrictiva interpretación con la finalidad de favorecer al trabajador, dada su naturaleza jurídica de servir de auxilio a quien se queda sin trabajo o “cesante”.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2076 DE 1967 / LEY 344 DE 1996 - ARTICULO 13 / DECRETO 1582 DE 1998

ACCION DE LESIVIDAD - Revocación de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - Revocación en acción de lesividad / ACCION DE LESIVIDAD - Es procedente cuando la administración advierte una causal de nulidad de su propio acto

El Tribunal declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por lesividad considerando que la misma tiene por finalidad la protección del erario. Sin embargo, la Sala no comparte esta decisión porque con dicha acción se pretende que la administración al iniciar el proceso, busque obtener la nulidad de un acto administrativo expedido por ella, invocando una o varias de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A., según las cuales los actos administrativos son anulables cuando “(...) infrinjan las normas en que deberían fundarse, (...) hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”. Si las pretensiones de la demanda formulada en acción de lesividad sólo fueran admisibles cuando se observa una afectación del erario o una conducta reprochable del particular, la acción “perdería todo su contenido normativo y axiológico pues lo que ella busca es restablecer el orden jurídico quebrantado con el acto administrativo proferido en contra de los ordenamientos procedimentales o sustanciales que regulaban su creación. Es más, si el derecho es el mínimo ético exigible aún coactivamente debe la Sala

velar por la ética pública o social de modo que los errores de la administración que lesionen los intereses generales puedan ser corregidos en beneficio colectivo". Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia por cuanto la acción de lesividad procede en todos aquellos casos en que la administración advierta una causal de nulidad de su propio acto y, en consecuencia, se estudiará de fondo la demanda interpuesta.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 0949-06, MP. Jesús María Lemos Bustamante.

CESANTIA PARCIAL - Sanción al trabajador. Reserva legal / LIQUIDACION PARCIAL DE CESANTIAS - Sanción procedente solo cuando se invierte por fuera de los casos previstos en la ley / CESANTIAS PARCIALES - No son parte del patrimonio estatal sino de las prestaciones del trabajador / ACCION DE LESIVIDAD - Es procedente para que la administración pueda demandar su propio acto administrativo

La Resolución No. 0149 de 2001 "por la cual se reglamenta el trámite para el pago de Cesantías a servidores públicos del HOSPITAL LA VICTORIA III Nivel Empresa Social del Estado", estableció en su artículo vigésimo segundo que cuando "por cualquier motivo determine que no hubo inversión de los dineros en la destinación para la cual fue solicitada, deberá solicitar al empleado hacer el reintegro de los mismos en la Tesorería del Hospital, sin perjuicio de las medidas que se tomen conforme a las normas vigentes". Estima la Sala que dicha norma debe entenderse en el sentido de que la sanción para el trabajador resulta aplicable cuando la inversión de los dineros se efectúa por fuera de los casos previstos en la ley. Admitir que el trabajador debe devolver las cesantías parciales que le fueron entregadas cuando las destinó para compra de vivienda, situación expresamente autorizada por la ley, aunque así no lo hubiera manifestado desde el principio, conllevaría a sostener que el reglamento establecido para el trámite de pago de cesantías de la E.S.E. demandante estaría regulando un asunto que es de competencia exclusiva del legislador, desmejorando además los derechos y garantías de los trabajadores dentro de un Estado Social de Derecho, en contravía de lo dispuesto en el artículo 53 Superior. Si bien la ley permite sólo excepcionalmente los anticipos sobre cesantías y uno de esos eventos es para compra o remodelación de vivienda, cuando el servidor logra demostrar que por circunstancias especiales y ajenas a la mala fe, no utilizó el dinero para remodelar sino para comprar un bien inmueble que le servirá como vivienda, dicha situación no va contra el interés jurídico protegido porque, en todo caso, las normas que se refieren a los pagos parciales de cesantías permiten igualmente su destinación para la compra de vivienda del trabajador. En el sub lite aparece plenamente probado que la demandada decidió no remodelar su inmueble porque sobre el mismo había un serio problema de hongo, lo que en ningún momento pretendió ocultar al hospital sino que, antes bien, facilitó la visita de la Oficina de Control Interno que efectivamente pudo corroborar dicha situación. De igual manera, se demostró con la copia del certificado de tradición la adquisición por parte de la demandada de un inmueble para vivienda, situación expresamente permitida por la ley para el destino de las cesantías parciales. Adicionalmente, los dineros provenientes de las cesantías no forman parte del patrimonio de la entidad estatal como equivocadamente manifiesta el recurrente, sino que son una de las prestaciones sociales establecidas a favor del trabajador y que constituyen el mínimo de los derechos laborales previstos a su favor por la prestación efectiva del servicio y, por tanto, con carácter irrenunciable. En conclusión, si bien la acción de lesividad es la pertinente para que la administración pueda demandar su propio

acto administrativo por medio del cual efectuó el reconocimiento y pago de cesantías parciales a la trabajadora demandada, no se encontró demostrada ninguna causal de nulidad que lo invalidara, razón por la cual, se denegarán las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2076 DE 1967 - ARTICULO 4 INCISO 2

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 2102, MP: Joaquín Vanín Tello.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01080-01(0423-09)

Actor: HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL E.S.E.

Demandado: MIRTHA MARIA DUARTE MARTINEZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de junio de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de lesividad contra el acto administrativo que efectuó a la demandada el reconocimiento y pago de cesantías parciales.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. EL HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL E.S.E., mediante apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 0624 de 13 de noviembre de 2002.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la demandada poner a disposición de la Tesorería de la

entidad la suma de \$27.829.235,00 y dar cumplimiento a la sentencia en los términos a que se refieren los artículos 334 y 339 del C.P.C.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El 30 de marzo de 2001 la trabajadora Mirtha María Duarte Martínez solicitó que se le expidiera el tiempo de servicios para la liquidación de las cesantías parciales, radicando el día 15 de mayo de 2001 el formulario de solicitud ante FAVIDI para mejoras locativas por valor de \$34.883.787,00 anexando el contrato de obra respectivo. Mediante Resolución No. 0624 del 13 de noviembre de 2002, se le reconoció y ordenó pagar a la demandada la suma de \$27.829.235,00 por concepto de cesantía parcial.

El día 28 de febrero de 2003 la demandada presentó al Comité de Cesantías del hospital una justificación de la inversión de las cesantías parciales, concluyendo que como su apartamento se encontraba invadido por hongo, decidió invertir las cesantías en la compra de una casa en la ciudad de Fusagasugá.

El Gerente del hospital le informó que el Comité de Cesantías determinó el incumplimiento a la asignación de los recursos solicitados y que en consecuencia, debía devolver el total del dinero autorizado, ante lo cual la demandada manifestó que “Resulta indiferente que la destinación final de las cesantías parciales recibidas sea para el mejoramiento de vivienda o para adquirir una nueva vivienda, pues así lo estipula la Resolución No 0149 del día 17 de septiembre en su parte resolutive en su artículo 7º así como lo previsto en la Ley 50/90 (...)”.

Como **normas vulneradas** invocó el artículo 6o de la C.P.; Decreto 2076 de 1967; Resolución 2076 de 1967; Resolución 0149 de 2001 y Acuerdo 17 de 1997.

En el **concepto de violación** expuso que el empleador es responsable de efectuar el pago de las cesantías, así como de verificar y vigilar que el trabajador va a utilizar dicho auxilio para los casos estrictamente autorizados por la ley.

La Resolución No. 0149 del 17 de septiembre de 2001 reglamentó el trámite para el pago de cesantías de los servidores públicos del hospital, incluyendo los documentos que se debe anexar para dicho trámite, según sea el caso, y quedando previsto, además, que el funcionario que reciba dicho auxilio tendrá que

comprobar al hospital la inversión de los dineros y cuando se determine que no hubo inversión de los dineros con la destinación para la cual fueron solicitadas las cesantías, se deberá solicitar al empleado hacer el reintegro de los mismos, sin perjuicio de las medidas que se tomen conforme a las normas vigentes.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La señora Mirtha María Duarte Martínez se opuso a las pretensiones de la demanda exponiendo que reunió todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley y las regulaciones internas del hospital para el reconocimiento de cesantías parciales.

Alegó que no se puede pretender mediante la acción de lesividad obtener la devolución de un dinero que no corresponde al ente hospitalario, sino que forma parte del patrimonio de la trabajadora producto de su “trajinar laboral por espacio que supera los veinte años de servicio continuo”. Tampoco se expuso en qué consiste la lesión contra la institución y sin estudio alguno decidió demandar su propio acto.

Expresó que no vulneró ningún precepto constitucional y, por el contrario, pretendió obtener una vivienda digna para ella y su familia, pues al existir un problema de hongos en el edificio donde tenía su inmueble, después de escuchar recomendaciones de personas expertas en el tema, consideró que era una mala inversión llevar a cabo mejoras con costos tan altos por lo que decidió proteger su patrimonio y comprar otra vivienda, situación que está contemplada dentro de los fines para los cuales se puede destinar el desembolso parcial de cesantías.

Adujo que no puede devolver el dinero porque ya lo invirtió en la compra de su vivienda con dinero que le pertenece y que por tanto no se la ha ocasionado ningún daño patrimonial al hospital porque además explicó a la demandante las razones por las cuales tuvo que cambiar el destino del auxilio. En consecuencia, la administración pretende que se declare la nulidad de la Resolución 0624 y se restablezca el derecho bajo una falsa motivación, sin existir verdaderamente los motivos en que funda su petición.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho por lesividad por los motivos que se resumen así (fls. 137-147):

La acción de lesividad es una figura doctrinaria que otorga a la administración un tratamiento especial para demandar sus propios actos cuando los mismos resultan contrarios a sus intereses, de manera que la finalidad de dicha acción es la protección del erario.

Destacó que el auxilio de cesantía es un derecho prestacional del trabajador, lo que implica a su vez una correlativa obligación a cargo del empleador y cuya finalidad es amparar a este último en caso de pérdida del empleo. Aun cuando su pago es asumido por el empleador no puede afirmarse que haga parte de su patrimonio, razón por la cual se desnaturaliza la figura de la acción de lesividad.

Cosa distinta es que la entidad accionante pueda adelantar las acciones pertinentes con el fin de investigar la conducta de la demandada respecto de la adecuada o inadecuada inversión que hiciera de los dineros que le fueron reconocidos por concepto de cesantías parciales, así como las gestiones tendientes a lograr la devolución de tales sumas, en el evento en que haya lugar a ello.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, con base en los motivos que se sintetizan a continuación:

Afirmó que la jurisprudencia y la doctrina han establecido que la acción de lesividad consiste en la posibilidad que tiene la misma administración de demandar sus propios actos cuando sean ilegales y vayan en contra del orden jurídico vigente, por cuanto, conforme con el artículo 73 del C.C.A., existe la imposibilidad para la administración de revocar los actos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas sin el consentimiento del afectado en defensa del interés público y del orden jurídico y de existir actos que lo vulneren, podrá impugnarlos ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción de lesividad.

Adujo que las cesantías parciales por ley provienen del gasto público conforme con la Ley 344 de 1996 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha determinado que el reconocimiento de “una cesantía parcial o un anticipo de cesantía, y siendo claro que el trabajador tiene derecho a su pago, éste no puede producirse de manera inmediata si en el presupuesto de la respectiva vigencia no ha sido prevista la apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos correspondientes. De manera que esta exigencia legal encuentra sustento en la Carta Política”.

Expuso que el Hospital La Victoria fue inducido en error, pues la demandada para acceder a la prestación solicitada justificó la inversión de las cesantías para mejoras locativas anexando para ello un contrato de obra; tiempo después el dinero no se destinó para lo solicitado sino para la compra de un inmueble en Fusagasuga.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el hospital demandante, debe la Sala precisar si resulta procedente la acción de lesividad contra el acto administrativo propio mediante el cual se reconoce el auxilio parcial de cesantías a un trabajador para remodelación de vivienda y lo destina para compra de vivienda y en caso afirmativo, si dicha situación da lugar a la ilegalidad de dicho acto.

2.- La Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto propio.

El Código Contencioso Administrativo establece en forma taxativa las causales que imponen a la Administración la revocatoria directa de sus actos, ya sea de oficio o a solicitud del particular. Tales causales, previstas en el artículo 69 son las siguientes:

- Que se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera y que salte de bulto, razón por la cual no se deben hacer grandes elucubraciones para concluir la violación constitucional o legal.

- Que haya falta de conformidad con el interés público o social, esto es, que el acto administrativo en cuestión no contraríe los intereses generales, causal respecto de la cual se ha sostenido que comporta el retiro de un acto *“legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél”*¹.

- Que a través del acto correspondiente se cause un agravio injustificado a una persona.

Es por ello que en desarrollo del principio de inmutabilidad de los actos administrativos que conlleva la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección de los derechos adquiridos, cuando se está en presencia de un acto particular, el inciso 1º del artículo 73 del C.C.A. ha previsto que por regla general, y salvo las excepciones que la misma ley contempla *“no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”*.

Cuando la administración está impedida para demandar el acto expedido por ella misma bien porque el particular no dio su consentimiento, bien por no mediar alguno de los eventos a que hace mención el inciso segundo del precitado artículo 73, debe entonces acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar su acto a través de la acción de lesividad.

Dentro de las principales características de la acción de lesividad o también denominada como acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto administrativo propio, esta Corporación ha señalado las siguientes:²

- Es una acción contencioso administrativa, principal, temporal, subjetiva, que no requiere de previo agotamiento de la vía gubernativa.

- En su trámite procede la medida cautelar de suspensión provisional de los actos impugnados, contemplada en el artículo 238 de la Constitución Política, la cual deberá solicitarse y sustentarse expresamente en la demanda o en escrito separado presentado antes de su admisión (C.C.A. art. 152), demostrando aún en forma sumaria, además de la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas,

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de mayo 5 de 1.981.

² Sent. 10.227 dic. 5 de 2006. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar a la entidad demandante.

- Obra como demandante, mediante apoderado, la misma persona o entidad que en ejercicio de sus funciones administrativas expidió el acto impugnado y, como demandado el destinatario del mismo.

- El demandante ha de indicar las normas que considera violadas y expresar el concepto de la violación (C.C.A. art. 137-4), pues a él corresponde la carga de desvirtuar la presunción de legalidad, de la que, en todo caso, goza el acto impugnado.

- El demandante ha de individualizar los actos impugnados con toda precisión (C.C.A. art. 138 inc. 1), acompañando con la demanda copia autentica de los mismos, junto con la respectiva constancia de publicación, notificación o ejecución, según el caso.

- Si el acto fue recurrido en vía gubernativa, *“también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”*.

3. El reconocimiento y pago del auxilio parcial de cesantías

El Decreto 2076 de 1967 “Por el cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto Extraordinario 2351 de 1965 y el artículo 304 del Código Sustantivo del Trabajo”, previó en su artículo 1º:

“ARTICULO 1o. Los trabajadores individualmente podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejoras o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos. Los empleadores están obligados a efectuar la liquidación y pago de que trata el inciso anterior” (...).

En el año de 1990 se expidió la Ley 50 que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías. Las características de dicho régimen quedaron previstas en el artículo 99, así:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

4a. Si al término de la relación laboral existieron saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5a. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto”.

(...)

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, hizo extensiva la liquidación anual de las cesantías a todos los servidores que se vincularan a los órganos y entidades del Estado pero a partir del 31 de diciembre de 1996. El artículo 14 dispuso que “Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales (...)”.³

Y el Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998”.

³ La Corte Constitucional declaró exequible este artículo, salvo el aparte subrayado que fue declarado inexecutable en la sentencia C-428 de 1997.

Una vez expuesto el anterior marco jurídico, se tiene que el auxilio de cesantía se trata de una de las “prestaciones sociales comunes”, y que constituye, como afirma la doctrina, “una compensación adicional que la ley reconoce al trabajador por los servicios personales prestados a otra persona en determinado período de tiempo”, (Domingo Campos Rivera, “*Derecho Laboral Colombiano*”, Edit. Temis, Pág. 507). De modo que su pago es obligatorio al término del contrato de trabajo, salvo los casos previstos taxativamente.

Asimismo, la ley prohíbe hacer liquidaciones parciales de cesantía, excepto cuando el trabajador es llamado a prestar el servicio militar; “para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces” destinados a la vivienda del trabajador; o para financiar la educación superior del trabajador o su núcleo familiar. Estas excepciones son de restrictiva interpretación con la finalidad de favorecer al trabajador, dada su naturaleza jurídica de servir de auxilio a quien se queda sin trabajo o “cesante”.

4. El caso en estudio

4.1 Hechos probados

- El 30 de marzo de 2001 la señora Mirtha María Duarte Martínez solicitó la liquidación parcial de sus cesantías (fl. 24).

- Mediante Resolución No. 0624 del 13 de noviembre de 2002 se autorizó el pago de unas cesantías parciales a Mirtha María Duarte Martínez por valor de \$27.829.235,00 por el tiempo laborado desde el 26 de agosto de 1980 al 30 de marzo de 2001 (fls. 27-29).

- A folio 34 del expediente reposa el contrato de obra suscrito entre la demandada y la arquitecta Jeannette Bolívar Garzón para efectuar arreglos sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50C-1268688, de propiedad de la señora Duarte Martínez, según consta en el respectivo certificado de tradición y libertad (fls. 38 y 39).

- El día 26 de julio de 2005 la Oficina de Control Disciplinario Interno del Hospital La Victoria E.S.E. realizó una visita al inmueble de la demandada con el fin de verificar “la existencia de hongo que afecta las viviendas del conjunto”. En el acta de la visita se dejó constancia de lo siguiente:

“Se procede a verificar los apartamentos de la agrupación Villa Galante, pudiéndose observar que existe humedad en las paredes externas de los diferentes bloques, paredes gretadas (sic), existen parches de humedad en la entrada No. 1, se presente el residente (...) quien nos ilustra sobre la existencia del hongo y que existe una acción de grupo por la existencia de dicho hongo (...)” (fls. 123 y 124).

- Por Oficio ATH-268-03 del 17 de marzo de 2003 se requiere a la demandada que *“debe hacer inmediata devolución del total del dinero autorizado para tal fin mediante Resolución No. 0624 del 13 de noviembre de 2002, notificada el día 2 de diciembre del mismo año, por valor total de VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$27.829.235) M/CTE, los cuales debe consignar a la cuenta de ahorros No. 0084-0028458-7 Banco Davivienda Sucursal 20 de julio”* (fl. 26).

- Mediante Oficio calendado 3 de abril de 2003 la actora da respuesta a la anterior comunicación concluyendo lo siguiente:

“No he cometido falta alguna o he violado norma alguna, como tampoco estoy obligada a devolver inmediatamente los dineros recibidos, por que reitero, la destinación final que se dio al mismo fue para la adquisición de vivienda lo cual está amparado por las normas legales vigentes” (fls. 59 y 60).

- A folios 115 y 116 se encuentra la copia del certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 157-61014 y la última anotación por concepto de compraventa es de Marulanda Jiménez Aniz a Duarte Martínez Mirtha María, a través de la escritura pública No. 2443 del 30 de diciembre de 2002 de la Notaría Primera de Fusagasugá.

4.2 Análisis de la Sala

El Tribunal declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por lesividad considerando que la misma tiene por finalidad la protección del erario. Sin embargo, la Sala no comparte esta decisión porque con dicha acción se pretende que la administración al iniciar el proceso, busque obtener la nulidad de un acto administrativo expedido por ella, invocando una o varias de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A., según las cuales los actos administrativos son anulables cuando *“(...) infrinjan las normas en que deberían fundarse, (...) hayan sido expedidos por funcionarios u organismos*

incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

Si las pretensiones de la demanda formulada en acción de lesividad sólo fueran admisibles cuando se observa una afectación del erario o una conducta reprochable del particular, la acción *“perdería todo su contenido normativo y axiológico pues lo que ella busca es restablecer el orden jurídico quebrantado con el acto administrativo proferido en contra de los ordenamientos procedimentales o sustanciales que regulaban su creación.*

Es más, si el derecho es el mínimo ético exigible aún coactivamente debe la Sala velar por la ética pública o social de modo que los errores de la administración que lesionen los intereses generales puedan ser corregidos en beneficio colectivo”⁴.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia por cuanto la acción de lesividad procede en todos aquellos casos en que la administración advierta una causal de nulidad de su propio acto y, en consecuencia, se estudiará de fondo la demanda interpuesta.

La Resolución No. 0149 de 2001 “por la cual se reglamenta el trámite para el pago de Cesantías a servidores públicos del HOSPITAL LA VICTORIA III Nivel Empresa Social del Estado”, estableció en su artículo vigésimo segundo que cuando *“por cualquier motivo determine que no hubo inversión de los dineros en la destinación para la cual fue solicitada, deberá solicitar al empleado hacer el reintegro de los mismos en la Tesorería del Hospital, sin perjuicio de las medidas que se tomen conforme a las normas vigentes”.*

Estima la Sala que dicha norma debe entenderse en el sentido de que la sanción para el trabajador resulta aplicable cuando la inversión de los dineros se efectúa por fuera de los casos previstos en la ley. Admitir que el trabajador debe devolver las cesantías parciales que le fueron entregadas cuando las destinó para compra de

⁴ Así lo manifestó la Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia de 8 de mayo de 2008. Expediente No. 250002325000200213231 01 (0949- 2006). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

vivienda, situación expresamente autorizada por la ley, aunque así no lo hubiera manifestado desde el principio, conllevaría a sostener que el reglamento establecido para el trámite de pago de cesantías de la E.S.E. demandante estaría regulando un asunto que es de competencia exclusiva del legislador, desmejorando además los derechos y garantías de los trabajadores dentro de un Estado Social de Derecho, en contravía de lo dispuesto en el artículo 53 Superior.

Ya esta Sección en sentencia del 18 de diciembre de 1987⁵ se pronunció sobre la ilegalidad del inciso 1º del artículo 4º del Decreto 2076 de 1967, que imponía una sanción para el empleador y cuyos argumentos jurídicos resultan igualmente válidos para el caso que ocupa ahora la atención de la Sala. Se dijo en aquella oportunidad lo siguiente:

“No es posible que el reglamento contenga reglas que sólo puede dictar el legislador, o sea, regular lo que es materia propia de la potestad de él por cuanto no puede ser objeto sino de una 'declaración de la voluntad soberana, como se lee en el artículo 4º del Código Civil.

"No puede entonces el reglamento modificar la ley, ni adicionarla o ampliarla, ni restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; en fin, no puede desbordar los límites de la potestad reglamentaria en virtud de la cual se dicta, pues estaría no sólo violando la ley sino también la Constitución Nacional que al otorgar ese poder lo limitó”.

Si bien la ley permite sólo excepcionalmente los anticipos sobre cesantías y uno de esos eventos es para compra o remodelación de vivienda, cuando el servidor logra demostrar que por circunstancias especiales y ajenas a la mala fe, no utilizó el dinero para remodelar sino para comprar un bien inmueble que le servirá como vivienda, dicha situación no va contra el interés jurídico protegido porque, en todo caso, las normas que se refieren a los pagos parciales de cesantías permiten igualmente su destinación para la compra de vivienda del trabajador.

En el *sub lite* aparece plenamente probado que la demandada decidió no remodelar su inmueble porque sobre el mismo había un serio problema de hongo, lo que en ningún momento pretendió ocultar al hospital sino que, antes bien, facilitó la visita de la Oficina de Control Interno que efectivamente pudo corroborar dicha situación. De igual manera, se demostró con la copia del certificado de tradición la adquisición por parte de la demandada de un inmueble para vivienda, situación expresamente permitida por la ley para el destino de las cesantías parciales.

⁵ Exp. 2102. C.P. Joaquín Vanín Tello.

Adicionalmente, los dineros provenientes de las cesantías no forman parte del patrimonio de la entidad estatal como equivocadamente manifiesta el recurrente, sino que son una de las prestaciones sociales establecidas a favor del trabajador y que constituyen el mínimo de los derechos laborales previstos a su favor por la prestación efectiva del servicio y, por tanto, con carácter irrenunciable.

Así lo previó la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 1997, ya referenciada, señalando que *“es claro que los dineros de las cesantías pertenecen a los trabajadores y que cuando ellos, de conformidad con las normas vigentes y cumpliendo los requisitos legales, hacen uso de su derecho a reclamarlas parcialmente, una vez que los valores respectivos les han sido liquidados, tienen derecho también a que las sumas correspondientes les sean desembolsadas”*.

En conclusión, si bien la acción de lesividad es la pertinente para que la administración pueda demandar su propio acto administrativo por medio del cual efectuó el reconocimiento y pago de cesantías parciales a la trabajadora demandada, no se encontró demostrada ninguna causal de nulidad que lo invalidara, razón por la cual, se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

REVÓCASE la sentencia de 19 de julio de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por lesividad. En su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, publíquese y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ