



REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Veintiocho (28) de octubre del dos mil catorce (2014).

REFERENCIA:

EXPEDIENTE No. 05001-33-33-016-2013-00005-00

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA

DEMANDANTE: LINDA JOHANA OSPINA TUBERQUIA

DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL SAN FERNANDO DE AMAGA-ANTIOQUIA

AUTO INTERLOCUTORIO No. 357

ASUNTO: RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN –

Los apoderados judiciales del HOSPITAL PARROQUIAL SAN FERNANDO DE AMAGA y de los señores LINDA JOHANA OSPINA TUBERQUIA, DORA LINDA TUBERQUIA y LUIS EDUARDO MARTINEZ CASTILLO, así como de los menores HAROLD SMITH, DANNA GISELLE y KAREN DAYANA MARTÍNEZ TUBERQUIA, mediante escritos obrantes de folios 365 a 369 y 384 a 388 respectivamente, (este último adecuado mediante providencia del 23 de septiembre de 2014 de conformidad con lo reglado en el parágrafo del artículo 318 de la Ley 1564 de 2012) interpusieron recurso de REPOSICIÓN, contra el auto proferido por el Despacho el nueve (9) de septiembre de 2014, que declaró su falta de jurisdicción y competencia para conocer del litigio. Para el efecto, expusieron resumidamente lo siguiente:

-Parte demandada,

“[...] Con fundamento en la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1º de la ordenanza 044 de 1994 las directivas del hospital decidieron acoger la tesis del decaimiento del acto administrativo y solicitó a la secretaria de salud departamental se dispusieran los actos pertinentes para reactivar el Hospital Parroquial San Fernando, entidad sin ánimo de lucro de carácter privado, lo cual en efecto ocurrió, pues el departamento de Antioquia compartía el mismo criterio y se inició las actividades de la citada entidad, todo ello, con respaldo en diversos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Antioquia que coincidían con la tesis del decaimiento del acto administrativo de los acuerdos municipales que reestructuraron las empresas sociales del estado como consecuencia del fallo de nulidad parcial del artículo 1º de la citada ordenanza.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, luego fue variando la tesis del decaimiento del acto administrativo clarificando su postura, disponiendo que los acuerdos que reestructuraron los hospitales públicos en empresas sociales del estado gozan de la presunción de legalidad y se encuentran vigentes, es decir, que el acuerdo 033 de 1996 expedido por el honorable consejo municipal se encuentra vigente, para mejor ilustración transcribo algunos apartes del fallo mencionado:

*“3.2. DECAIMIENTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, El denominado decaimiento del acto administrativos es una figura circunscrita dentro del concepto de pérdida de fuerza de ejecutoria contenido en el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su numeral 2º dispone que **al desaparecer los fundamentos de hecho o de derecho de un acto administrativo, este pierde su eficacia.** Tratándose de las bases jurídicas del acto, puede suceder que las mismas hayan sido objeto de derogación, modificación, declaración bien sea de inexequibilidad o de nulidad.*

En efecto la sustracción del mundo jurídico de la norma legal en que se funda un acto, limita la aplicación del mismo, sin que pueda por ello predicarse que frente a determinado acto opera una especie de nulidad inmediata en relación con la declaratoria bien sea de inconstitucionalidad o ilegalidad de aquel que daba sustento a éste, Así lo ha establecido el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, en reciente pronunciamiento:

“.....el decaimiento de los actos administrativos no constituye una causal que lo vicie de nulidad y no impide el enjuiciamiento de su legalidad pues siguen amparados por la presunción de legalidad y su enjuiciamiento debe efectuarse con base en los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición¹ ; máxime si se considera que solo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que los acompañó mientras produjeron efectos ”²

*En pronunciamiento reciente, este tribunal con ponencia del Magistrado Dr. Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez en proceso con radicado 05001-23-31-000-2011-01618-00, sostuvo a manera de conclusión que **el decaimiento no implica en forma alguna la ocurrencia de una nulidad per se, ya que la misma no afecta la validez del acto sino que limita su ejecutoria y el poder coercitivo de la administración respecto de su contenido,** no obstante, el afectado por dicha figura puede ser objeto de un análisis de legalidad en vía jurisdiccional y efectivamente ser declarado nulo en virtud del principio de seguridad jurídica.*

*En dicha providencia esta corporación indicó que si bien a través de la Ordenanza 44 de 1994, la Asamblea de Antioquia definió como entidad de naturaleza jurídica pública a varios hospitales del Departamento, (entre ellos, el Hospital de Apartadó), esta Ordenanza no fue la que en forma directa otorgó o reconoció personería jurídica a los Hospitales, y por tanto debe entenderse que su extinción del mundo jurídico **no tiene como consecuencia la transformación de los mismos entes privados,** máxime cuando el artículo 3º de dicha ordenanza señaló:*

*“ARTICULO 3º. Corresponde a los respectivos Consejos **Municipales la estructuración de los Hospitales** descritos en el artículo 1º como **Empresas Sociales del Estado,** según lo estipulado en el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993”.*

¹ Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 19 de febrero de 1998, expediente 4490; de 03 de agosto de 2000, expediente 5722 y de 15 de junio de 1992, entre otras.

² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 10 de marzo de 2011. MP: MARÌA CLAUDIA ROJAS LASSO

(.....)

*Es por ello que los Acuerdos Municipales que en cumplimiento de lo ordenando en la referida Ordenanza, definieron la naturaleza jurídica de algunos hospitales como Empresas Sociales del Estado (en el presente caso Acuerdo No. 035 de 1995) **como actos independientes no han sido afectados por la sentencia que anulo el artículo 1 de la Ordenanza 44 de 1994, y los mismos gozan de presunción de legalidad entre tanto no sean declarados nulos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa***

(.....)

Por tal motivo las directivas del hospital decidieron aplicar la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Antioquia en relación con los efectos del fallo de nulidad de artículo 1º de la ordenanza 44 de 1994, aplicando la presunción de legalidad de que estaban revestidos los acuerdos municipales que reestructuraron los hospitales en empresas sociales del estado, motivo por el cual se ratificó el decreto de nombramiento del doctor Jorge Iván Castro Quintero, mediante el decreto 0080 del 24 de julio de 2013, y desde entonces, se viene actuando como empresa social del estado nuevamente, naturaleza que no perdió, conforme con las sentencias referidas.

En consideración de lo expuesto, solicito al despacho, se reponga la decisión contenida en el auto interlocutorio objeto de recurso, y se disponga en consecuencia que la jurisdicción y competencia para conocer de este asunto está radicada en la jurisdicción contenciosa administrativa, y por tal motivo, de este proceso puede continuar conociendo este despacho

-Parte demandante.

“A juicio del despacho, con la declaratoria de nulidad declarada por la jurisdicción contenciosa administrativa, desapareció la entidad de derecho público, esto es, la Empresa Social del Estado, y surgió la persona de derecho privado, calidad que antes de la expedición de la ordenanza 44 del 16 de noviembre de 1994, ostentaba el Hospital, según la resolución 148 de agosto de 1968, emanada de la gobernación de Antioquia

El artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, establece cuales asuntos están sujetos al ámbito de decisión de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo esta instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (Subrayas fuera de texto)

*Ante la controversia que se pudiera llegar a presentar frente a los asuntos que son de competencia de esta jurisdicción, ha dicho el Consejo de Estado, que el criterio preponderante, **es el orgánico**, establecido anteriormente en el artículo 82 del decreto 01 de 1984,*

*modificado por la ley 1107 de 2006, en la actualidad en el artículo 104 de la ley 1437 de 2011, si no es posible enmarcar el llamado a integrar la Litis dentro de los supuestos establecidos en dicha norma, se deberá analizar el **criterio material**, para lo cual se deberá constatar si el mismo cumple o no funciones propias a cargo del Estado, y si el litigio se deriva del ejercicio de tales funciones.*

Mediante sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, el día 14 de marzo de 2012, Radicado No 05001-2325-000-1993-01041-(21962), C.P. Dr. Enrique Gil Botero, se precisó:

“...

Ahora, en relación con la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por los hospitales de San Pedro y San Lorenzo, en cuanto pertenecen al subsector privado del sector de la salud, según lo certificó el Jefe de la Oficina Jurídica del Servicio Seccional de Salud de Antioquia³, se tiene que esta jurisdicción es la competente para definir controversias como la que es objeto de examen, lo cual encuentra fundamento en el hecho que dos de las instituciones demandadas son entidades públicas, de allí que conforme a lo establecido en el artículo 82 del C.C.A.-modificado por la ley 1107 de 2006-, en la actualidad, el criterio preponderante para definir si una controversia pertenece al ámbito de decisión de esta jurisdicción, es el orgánico, motivo por el cual lo primero que deberá constatar el operador judicial es si la demanda se rige contra una entidad pública (v. gr. aquellas señaladas en el artículo 38 de la ley 489 de 1998) o una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50%; de lo contrario, si la entidad, sociedad, persona o sujeto que integra el litigio (por activa o por pasiva), no se enmarca dentro de los anteriores supuestos, deberá constatarse si el mismo cumple o no con funciones propias a cargo de órganos del Estado y, precisamente, si el litigio se deriva del ejercicio de tales funciones.

(....)

*Así las cosas, y ante el limbo jurídico en que quedaron algunos prestadores del servicio de salud en Antioquia, inclusive el aquí demandado, se deberá acudir al criterio material para establecer el ámbito de aplicación de la Jurisdicción Contenciosa, para finalmente concluir que la **E.S.E. SAN FERNANDO DE AMAGA** ha venido*

³ Ley 10 de 1990 artículo 5º: “SECTOR SALUD. El sector salud está integrado por:

“1. El Subsector oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud, y específicamente:

- a) Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden nacional;
- b) Las entidades de centralizadas directas o indirectas del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano o las asociaciones de municipios;
- c) Las dependencias directas de la Nación o de las entidades territoriales;
- d) Las entidades o instituciones públicas de seguridad social, en lo pertinente a la prestación de servicios de salud, sin modificación alguna de su actual régimen de adscripción;
- e) La Superintendencia Nacional de Salud [1], dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que le señala la ley, sin personería jurídica.

“2. El subsector privado, conformado por todas la entidades o persona privadas que presten servicio de salud y, específicamente, por:

- a) Entidades o instituciones privadas de seguridad social y cajas de compensación familiar, en lo pertinente a la prestación de servicios de salud;
- b) Fundaciones o instituciones de utilidad común;
- c) Corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro;
- d) personas privadas naturales y jurídicas

cumpliendo una función propia del Estado, y que la misma se desarrolla a través de la función administrativa, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

Se sustentó la determinación impugnada a través del recurso de reposición, entre otras en las siguientes consideraciones:

“1. De conformidad con el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “la jurisdicción de lo contencioso administrativa, está instituida para conocer además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares, cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*

(...)”

A su vez, los artículos 18 y 19 del Estatuto General del Proceso (Ley 1564 de 2012), asignan competencia a los jueces civiles municipales y civiles del circuito de la siguiente manera:

“Art. 18. Los jueces civiles municipales conocen en primera instancia:

- 1. De los procesos contenciosos de menor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria o de responsabilidad médica, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.*

También conocerán de los procesos contenciosos de menor cuantía por responsabilidad médica, de cualquier naturaleza y origen, sin consideración a las partes, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.

(...)"

"Art. 19. Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

- 1. De los procesos contenciosos de mayor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria y responsabilidad médica salvo los que corresponda a la jurisdicción contencioso administrativa.*

También conocerán de los procesos contenciosos de mayor cuantía por responsabilidad médica, de cualquier naturaleza y origen, sin consideración a las partes, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa."

Se concluye con fundamento en lo anterior que la jurisdicción contencioso administrativa, en lo concerniente al medio de control de reparación directa conoce de las controversias en las cuales aparezca inmiscuida, una entidad de derecho público o particular que cumpla funciones administrativas o de aquellas acciones u omisiones, sujetas en lo que a su régimen tiene que ver, al derecho administrativo.

2. A su vez, Mediante fallo proferido el día siete (7) de febrero 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó en Sala de Descongestión, declaró parcialmente nulo, el artículo 1º de la Ordenanza 44 del 16 de diciembre de 1994, en cuanto definió la naturaleza jurídica pública, de los siguientes hospitales:

*"San Juan de Dios, municipio de Abejorral, Santa Teresa, Altamira (Betulia); **San Fernando, Amagá** (subrayado y negrita por fuera de texto)*

(...)"

En providencia de segunda instancia, proferida por el H. Consejo de Estado – Sección Primera, con ponencia de la Consejera Dra. María Claudia Rojas Lasso, el dos (2) de diciembre de 2010, se confirmó la sentencia de primera instancia, emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, antes referenciada.

En virtud de los efectos ex nunc – hacia el futuro - y ex tunc – retroactivos - que ostenta la declaratoria de nulidad en sede judicial de actos administrativos, en este caso el artículo 1º de la Ordenanza 44 del 16 de diciembre de 1994, que a

partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, proferida por el H. Consejo de Estado – Sección Primera – desapareció la entidad de derecho público, Empresa Social del Estado Hospital San Fernando de Amagá y nuevamente surgió al mundo jurídico, el Hospital Parroquial de San Fernando de Amagá, entidad a la cual se le reconoció Personería Jurídica, a través de la Resolución No 148 de agosto catorce (14) de 1968, emanada de la Gobernación de Antioquia, la cual ostenta la connotación de persona jurídica de derecho privado.”

De acuerdo a lo anterior, este despacho declaró su falta de competencia para conocer del litigio, en tanto la entidad demandada ostenta la calidad de persona jurídica de derecho privado y debido a que las actividades que cumple en el campo de la atención médica, si bien están sometidas al control y vigilancia del Estado, no están sujetas a las normas del derecho administrativo, por lo que consideró que el conocimiento del asunto corresponde a la justicia ordinaria en lo civil.

Como puede apreciarse, el disenso de la parte demandada frente al auto proferido por esta judicatura estriba en los alcances de la decisión judicial que declaró la nulidad del artículo 1º de la Ordenanza 044 de 1994, el cual había definido la naturaleza jurídica pública de algunos hospitales de Antioquia, dentro de ellos la ESE Hospital San Fernando de Amagá, pronunciamiento judicial que a juicio del Despacho, conlleva el decaimiento del acto administrativo del orden municipal de creación de dicho centro hospitalario, como persona de derecho público, mientras que el demandado sostiene, con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Antioquia, que no opera el decaimiento *ipso facto*, sino que se requiere de pronunciamiento judicial expreso, que declare su nulidad.

Pues bien, respecto al fenómeno del decaimiento de los actos administrativos, la anterior codificación procesal administrativa – Decreto 01 de 1984, instituía, en su artículo 66:

“Art. 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

- 1. Por suspensión provisional.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*

3. *Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no haya realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
4. *Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
5. *Cuando pierdan su vigencia.”*

De idéntico tenor es el contenido del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, norma que preceptúa:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. *Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción Contencioso Administrativo.*
2. *Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
3. *Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no haya realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
4. *Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
5. *Cuando pierdan su vigencia.”*

En el caso concreto, la causal de pérdida de fuerza ejecutoria, es la consignada en el numeral 2 del artículo 91, referida al desaparecimiento de los fundamentos de hecho o de derecho, sobre los cuales se sustentó o se dio vida al acto administrativo.

Ahora, respecto a la forma como opera el decaimiento del acto administrativo, en dichos eventos, esto es, si opera de pleno derecho, *ipso facto*, por ministerio de la ley o si por el contrario, requiere de pronunciamiento judicial, el Consejo de Estado, ha referido:

“Antes de abordar el estudio de los cargos propuestos, la Sala estima oportuno hacer algunas precisiones conceptuales con respecto a las figuras del decaimiento del acto administrativo y la revocatoria directa, pues el sentido de la decisión que ha de adoptarse depende en muy buena medida de ello.

El **DECAIMIENTO** del acto administrativo, regulado expresamente en el artículo 66 numeral 2° del C.C.A., es una de las causas por las cuales los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria. Dicho fenómeno opera de manera sobreviniente y por ministerio de la ley, al desaparecer los fundamentos fácticos o jurídicos que dieron lugar a su expedición. La revocatoria directa, por el contrario, está referida a la decisión unilateral de la administración de dejar sin efectos un acto administrativo.

Al regular las causales de pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, el artículo 66 del C.C.A. establecía lo siguiente:

“Artículo 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

a.- Por suspensión provisional.

b.- Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

c.- Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

d.- Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

e.- Cuando pierdan su vigencia”.

Es preciso destacar que el decaimiento, entraña en sí mismo la pérdida de los efectos vinculantes del acto administrativo y determina su inaplicación, pues es propio de dicho fenómeno que al desaparecer los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión administrativa, ésta pierda su fuerza ejecutoria. Dicho de otra manera, con el decaimiento se extinguen las obligaciones de cumplimiento y obediencia que se encuentran implícitas en el acto administrativo y desaparecen al mismo tiempo tanto la potestad que tiene la administración para forzar su acatamiento como el derecho del administrado de exigir su ejecución.

No sobra añadir a lo anterior, que como quiera que la norma anteriormente trascrita no hace la distinción entre actos administrativos de carácter general y particular, ha de entenderse que el decaimiento se predica de ambos, lo cual

significa que los actos administrativos de contenido impersonal y abstracto así como los creadores de situación individuales y concretas, éstos dejan de producir efectos jurídicos hacia futuro.

Según el criterio de la Sala, el fenómeno del decaimiento de un acto administrativo se produce ope legis, es decir, por ministerio de la ley. Por lo anterior, no es preciso adelantar ningún trámite para que opere dicho fenómeno, más sin embargo, nada impide que en sede administrativa la autoridad competente haga una declaración sobre su ocurrencia, sin que tal manifestación constituya en sí misma una nueva manifestación de la voluntad de la Administración, pues se trata simplemente de un acto de simple constatación de un evento sobreviniente cuyos efectos están previamente determinados por el legislador.

En ese mismo contexto, es importante poner de relieve que en el ordenamiento jurídico nacional tampoco existe un mecanismo procesal a través del cual pueda demandarse la declaratoria de haber acontecido el decaimiento. Al respecto, en sentencia del 6 de mayo de 2010, Exp. Núm. 73001-23-31-000-2006-00094-01, como ponencia del Consejero RAFAEL E. OSTAÚ DE LAFONT PIANETA, la Sala precisó:

Por lo tanto, la Sala centrará su examen en los dos acuerdos enjuiciados, sin consideración alguna a la aludida resolución, como erróneamente lo hizo el a quo, cuyo pronunciamiento sobre la misma, en el sentido de declarar su decaimiento, es totalmente improcedente, más cuando la jurisdicción tiene reiteradamente señalado que no hay acción contencioso administrativa dirigida para verificar y declarar el decaimiento de los actos administrativos, sino para verificar su legalidad y declarar su nulidad cuando sea del caso, y ordenar el restablecimiento del derecho si hay lugar a ello.

El decaimiento es una situación jurídica que se da de pleno derecho y que en principio se ha de hacer efectiva en sede administrativa por vía de excepción. (las subrayas son propias del texto)

Por otra parte, el decaimiento de esta causal de pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo, no significa en modo alguno que la decisión administrativa sea nula, pues como ya se anotó, el decaimiento del acto está referido concretamente a la desaparición de su carácter ejecutorio. En ese orden, nada obsta para que en ejercicio de los medios de control de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, pueda juzgarse en sede contenciosa la

conformidad del acto decaído con las disposiciones de orden superior que ha debido respetar. Por lo mismo, el hecho de que un acto haya quedado sin efectos al desaparecer sus fundamentos fácticos o jurídicos, no significa en modo alguno que no pueda hacerse un pronunciamiento de fondo en sede judicial con respecto a su legalidad, pues no pueden ignorarse los efectos que se produjeron desde el momento de la expedición del acto legislativo y hasta cuando haya ocurrido su decaimiento.

En relación con el tema, la Sección Primera del Consejo de Estado, en Sentencia del 17 de agosto de 2000, Exp. Núm. 5513, Consejera Ponente, Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, se pronunció en los siguientes términos:

Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación,⁴ que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica. En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexequibilidad de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición. No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad. Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se

⁴ Auto de fecha junio 28 de 1996. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.. Expediente 12005. Sección tercera del Consejo de Estado

encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992⁵, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.”⁶

En idéntica línea de argumentación, la misma Corporación Judicial, respecto al decaimiento *ope legis* de los actos administrativos, reseñó:

“Ahora bien, respecto de la Resolución No. 380 de 1993, mediante la cual el Gerente del Hospital San Antonio de Padua de Garagoa dispuso el “reconocimiento de derechos económicos a sus funcionarios”, dirá la Sala que dada la declaratoria de nulidad del Decreto 01006 de 1993 por parte de esta Corporación, resulta evidente la pérdida de su fuerza ejecutoria, en virtud a lo dispuesto en el artículo 66⁷ del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, al haber perdido su fundamentos de hecho y de derecho.

Lo anterior impide a la Sala emitir un pronunciamiento sobre la referida Resolución, toda vez que la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos opera por ministerio legal, sin que sea necesario o indispensable un pronunciamiento en sede judicial.”⁸

Frente a este tema, es decir, si el decaimiento opera por el ministerio de la ley o si se requiere de pronunciamiento judicial, debe resaltar este juzgador, que no se evidencia la existencia de una sentencia de unificación por parte del Honorable Consejo de Estado, que acoja una u otra postura que por tanto, obligue a adoptarla por parte de todos los operadores judiciales, por lo que es evidente la división o mejor, la coexistencia de dos líneas jurisprudenciales a saber, la primera, que indica que la desaparición de los actos administrativos de superior jerarquía, que dieron vida a otros actos administrativos, no lleva automáticamente al desaparecimiento de éstos, pues se requiere de pronunciamiento judicial expreso, esto es, que a través de sentencia debidamente ejecutoriada, se decrete

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Exp. núm 1948, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. 2005 – 00166 – 01. Sent. 3 de abril de 2014. C. P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

⁷ **“ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan su vigencia.”.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Rad.2008 – 00126-01 (2286 – 11) Sent., del 25 de julio de 2013. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

la nulidad de esos actos administrativos y la segunda, que sostiene que declarada la nulidad del acto sobre el que se funda el de inferior o igual jerarquía, este desaparece *ipso facto* del ordenamiento jurídico, desaparición que se sustenta no en que esté viciado de nulidad, sino en que ya no puede surtir efectos jurídicos, en virtud de que opera el decaimiento por mandato expreso o ministerio de la ley, dada la previsión normativa que contiene el artículo 91 numeral 2) de la Ley 1437 de 2011, es decir, cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho.

Pues bien, ante la ausencia de precedente judicial de obligatorio advenimiento para este juzgador, bien se puede optar por una u otra postura, eso sí, bajo la carga de motivar adecuadamente la opción que se acoge, circunstancia en orden a la cual tenemos lo siguiente:

Imperioso resulta decir, que nuestro ordenamiento jurídico no atribuye al decaimiento del acto administrativo, la connotación de causal de anulabilidad del acto administrativo, pues estas se enuncian en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, precepto que establece como circunstancias que pueden conllevar a la nulidad, *la expedición del acto administrativo con infracción de las normas en que debía fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, con falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.*

Como se puede apreciar, no es la pérdida de fuerza ejecutoria y menos aún el decaimiento, una causal de nulidad del acto administrativo y no podría serlo, en cuanto su origen, así como sus efectos, riñen con el fenómeno de la nulidad, habida cuenta que la pérdida de fuerza ejecutoria por decaimiento, ninguna relación guarda con la legalidad del acto administrativo. El decaimiento, es un circunstancia íntimamente relacionada con la eficacia del acto administrativo, más concretamente con los efectos que de él emanan, de forma tal, que un acto respecto al cual se pregona que ha operado el decaimiento no genera ninguno, sin que para que ello opere, sea necesario exigir que medie pronunciamiento judicial, toda vez que el ordenamiento procesal administrativo no contempla un medio de control que se deba instaurar cuando este sobreviene, pues el mismo, en criterio de este juzgador, opera por ministerio de la ley, esto es, de forma automática.

En orden a lo anterior, concluye este fallador, que para que opere el decaimiento del acto administrativo, no es menester exigir declaratoria judicial al respecto, menos aun cuando como se anotó anteriormente, el decaimiento no constituye causal de nulidad independiente o autónoma, por lo que no es desatinado

sostener, que un acto respecto al cual operó este fenómeno, bien pudo haber sido expedido sin incurrir en ninguna de las causales de nulidad previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA – y por ende, no ostentar ningún vicio de legalidad, pero *contrario sensu*, también puede ocurrir que el acto decaído, ostente vicios de anulabilidad, evento en el cual, pese a su salida del ordenamiento jurídico, se insiste, por ministerio de la ley – *ope legis* – pueda mediar pronunciamiento en sede judicial, que decrete su nulidad, y de proferirse la misma a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se condene a la reparación del daño que su expedición y vigencia haya irrogado a un particular.

Estima en forma respetuosa este juzgador, que con base en la anterior diferenciación, fue que se expidieron los pronunciamientos judiciales que el apoderado de la demandada trae a colación en sustento de su disenso, no obstante, media una confusión en los mismos, pues en sentir de esta Agencia Judicial, no puede exigirse que obre decisión judicial que decrete la nulidad del Acuerdo Municipal que creó a la ESE Hospital San Fernando de Amagá, para sustraer del ordenamiento jurídico los efectos de dicho acto, pues los mismos desaparecen por el simple ministerio de la ley y tiene la potencialidad, con base en los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 044 de 1994, de devolverle automáticamente a dicha institución prestadora de servicios de salud, el carácter de entidad de derecho privado. Menos aún resulta válida dicha exigencia, cuando tal y como lo definen doctrina y jurisprudencia en forma unánime, el decaimiento no constituye causal autónoma de nulidad para el acto administrativo, sino que simplemente está referido a un fenómeno de pérdida de eficacia.

Se infiere entonces de lo expuesto, que el Juzgado, acoge la tesis del decaimiento automático por ministerio de la ley – *ope legis* - lo que conlleva a sostener que una vez ejecutoriada la sentencia de segunda instancia que declaró la nulidad del artículo 1º de la Ordenanza 044 de 1994, dejó de surtir efectos el Acuerdo 006 de 1996 que dio vida como entidad de derecho público a la ESE Hospital San Fernando de Amagá, la cual volvió a ser una entidad de derecho privado, argumento con el suficiente peso para concluir, que no le asiste razón al apoderado de la demandada para deprecar la reposición del auto censurado.

Ahora, respecto a los argumentos en que basa su disenso el apoderado de la parte demandante, quien sostiene que el criterio orgánico es el determinante para la fijación de la competencia en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa y a falta de este, se deberá analizar el material y finalmente, que la

entidad demandada cumpla funciones propias del Estado, tiene por decir el Despacho lo siguiente:

En la exposición de motivos que antecedieron la expedición de la Ley 1437 de 2011, respecto a los criterios para definir el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, en la Gaceta del Congreso No 1210 del 11 de noviembre de 2009, se consignó:

“Debe reivindicarse el criterio material para las sedes administrativa y judicial en lugar del criterio orgánico establecido en la ley 1107 de 2006 para la sede judicial, el cual le ha quitado la especialidad a la jurisdicción contencioso administrativa e incluirse en el Código los organismos que tienen régimen constitucional especial como el Banco de la república, entre otros.

(...)

Dentro de una tendencia mayoritaria hacia la adopción de un criterio material, la Comisión debe conciliar ese criterio con el orgánico en la determinación del objeto de la jurisdicción, procurando no plantear criterios absolutos, y teniendo en cuenta las consecuencias de tipo político en la adopción de dichos criterios y establecer las fronteras constitucionales de esta jurisdicción.”⁹

A propósito, respecto al criterio empleado para la definición del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, el tratadista Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, página 48, precisó lo siguiente:

*“Lo precedente permite concluir que el ejercicio de la acción con miras a la obtención de una pretensión dada, está vinculada a una jurisdicción propia (la administrativa) “instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, **sujetos al derecho administrativo**, en los que estén involucrados las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan funciones administrativas (art. 104), y como es obvio, al compendiarse así esa actividad administrativa, la que debe estar siempre sometida a la ley, es fácil concluir que la jurisdicción contencioso administrativa está instituida precisamente para juzgar las distintas controversias que emanen del ejercicio de esa actividad.”*

⁹ Gaceta del Congreso, No 1210 de 11 de noviembre de 2009.

Se colige, que en la Ley 1437 de 2011 el legislador no acogió un único criterio para la fijación o delimitación del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, pues en definitiva, lo determinante para precisar si un asunto debe ser conocido por esta jurisdicción, es su sometimiento al derecho administrativo, esto es, que la acción, omisión, operación, acto o contrato, que origina el proceso, se rija por las reglas del derecho administrativo, pues de lo contrario, sin importar la calidad de las partes, quedará excluido del ámbito propio de esta jurisdicción, tal y como ocurre *verbi gracia* con los conflictos surgido entre una entidad de derecho público y sus servidores catalogados como trabajadores oficiales.

En este orden de ideas, no le asiste razón al recurrente cuando manifiesta que es el criterio orgánico en un primer momento, el determinante para fijar el objeto y competencia de esta jurisdicción, pues si bien, antes de la reforma de 2011 se intentó asignar la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, con base en este, lo cual no se logró en un cien por ciento, dicha postura cambio radicalmente con la entrada en vigencia del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, que dio preponderancia, en pro de preservar el principio de especialidad de la jurisdicción, al sometimiento de los antecedentes fácticos y de derecho de las pretensiones, al derecho administrativo.

Ahora bien, aduce el demandante que finalmente lo determinante en el caso concreto, para predicar que esta judicatura debe continuar conociendo del asunto, es que la salud, por definición constitucional, es un servicio público a cargo del Estado, conclusión que si bien en parte es cierta, de ella no puede deducirse que cuando este servicio público sea prestado por personas de derecho privado, la relación entre el prestador y el paciente o usuario, se rija por las reglas del derecho administrativo, pues ciertamente no se está en presencia de una delegación de competencias.

Igualmente, una cosa es que el Estado acorde con el artículo 49 Superior, organice, dirija y reglamente la prestación de los servicios de salud, e igualmente, que establezca las políticas para la prestación de este servicio por particulares y ejerza la inspección y vigilancia sobre estos, y otra, que cuando una persona de derecho privado, presta servicios de salud, el régimen de responsabilidad cambie tornándose idéntico al de las personas de derecho público, asunto a todas luces inadmisibile, pues su naturaleza jurídica no muta y tampoco el régimen jurídico que circunscribe su relación con el paciente, el cual sigue rigiéndose por las normas del derecho privado y por, ende su control o juzgamiento escapa de la

órbita del juez administrativo y es por tanto competencia de la jurisdicción ordinaria en lo civil.

Se concluye entonces, que el apoderado de los demandantes tampoco aporta elementos nuevos que lleven a que se haga necesario reponer el auto impugnado en sede del recurso de reposición.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DEL ORAL DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

No reponer el auto del nueve (09) de septiembre de 2014, por medio del cual el Despacho declaró la falta de jurisdicción y competencia para conocer del presente asunto y determinó que el competente es el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá – Antioquia – a quien se ordenó la remisión del expediente.

NOTIFÍQUESE

RODRIGO VERGARA CORTÉS
Juez

NOTIFICACION POR ESTADO
JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN
En la fecha se notificó por ESTADO el auto anterior.
Medellín, _____ fijado a las 8 a.m.

ESTEBAN MARULANDA VIANA
Secretario