



## Sentencia 15954 de 1999 Consejo de Estado

FCE159541999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: Dr. SILVIO ESCUDERO CASTRO

Santafé de Bogotá D.C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Ref.: Expediente No. 15.954

AUTORIDADES NACIONALES

Actor: JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ.

El señor JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Consejo de Estado - Sección Segunda, la nulidad del Decreto No. 416 de 20 de febrero de 1997 expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se aprobó el Acuerdo No. 145 del 4 de febrero de 1997, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales.

[Ver Decreto Nacional 1421 de 1993](#)

ANTECEDENTES:

Relata el solicitante que el Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional y vinculada al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social; que el Presidente de la República expidió el Decreto 416 de 20 de febrero de 1997, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 145 del 4 de febrero del mismo año, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales y por el cual se clasificaron los servidores públicos de dicho instituto.

Señala que ni el Consejo Directivo del I.S.S. ni el Presidente de la República tienen competencia para clasificar servidores públicos como sucede con el acto acusado, ya que ninguna norma legal les atribuye dicha facultad; que sólo en los Estatutos se puede precisar la excepción de actividades de dirección y confianza que correspondan a empleados públicos; que mientras que en la Ley se ordena precisar dichas actividades, en el acto acusado se precisan son cargos; que según lo establecido en el artículo 2° del Acuerdo 145 de 1997 los empleados públicos no serán de carrera sino que por el contrario, serán clasificados como de libre nombramiento y remoción del Consejo Directivo; y finalmente, que el Decreto acusado fue publicado en el Diario Oficial No. 42.290 del 26 de febrero de 1997, cuando comenzó a regir, conforme a lo establecido en el artículo 2° del Decreto 416 de 1997.

INVOCACION DE LAS NORMAS VIOLADAS:

El libelista invoca como transgredidos los artículos 5° inciso 2° del Decreto 3135 de 1968; 9° numeral 13 del Decreto 2148 de 1992; 26 literal b) del Decreto 1050 de 1968.

En la sustentación del ataque el peticionario expone que el acto está viciado de falta de competencia ya que en su sentir, ni el Consejo Directivo, ni el Presidente de la República, están facultados para clasificar servidores públicos.

Arguye que según lo preceptuado en el artículo 5° inciso 2° del Decreto 3135 1968, únicamente en los estatutos se puede precisar la excepción de actividades de dirección y confianza que correspondan a empleados públicos y que así también lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 26 de junio de 1987, recaída en el expediente No. 0597 y del 13 de mayo de 1994, dentro del proceso No. 6408.

Afirma que mientras que en la ley se ordena precisar las actividades de dirección y confianza, en el acto acusado se precisan son cargos. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de junio de 1987 recaída en el expediente No. 0597, dijo que "¿en los Estatutos deben determinarse o especificarse las actividades no los cargos¿no solo porque así se desprende del uso en la norma legal del término precisar sino porque también dicha conclusión se deriva de la misión que a este respecto deben cumplir los Estatutos¿"

Establece que según el artículo 2° del Acuerdo 145 de 1997, los empleados públicos no serán de carrera sino que por el contrario, serán clasificados como de libre nombramiento y remoción o de discrecionalidad del Consejo Directivo; cuando en realidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4° de la Ley 27 de 1992 "la clasificación de Empleos de Carrera o de Libre Nombramiento y Remoción es COMPETENCIA LEGAL y no existe norma que atribuya tal competencia a los Consejos Directivos de las Empresas Industriales y Comerciales".

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA:

El Instituto del Seguro Social I.S.S., a través de apoderada judicial expresó que:

"El Decreto 2148 de 1992, según reiterada jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, tiene fuerza legal por haber sido expedido con base en las facultades otorgadas al gobierno nacional por medio del citado art. Transitorio de la Constitución Política, y por ser la materia que regula la misma atribuida al Consejo Directivo del ISS por el art. 38 del citado decreto, para efectuar las modificaciones de su estructura interna, que fueren necesarias, podía ser ejercida sin más cortapisas en la preceptiva jurídica general que regula esta materia en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, pues no existía normatividad legal que en forma particular se refiriera a éste tópico. // Ya la ley 12 de 1977 se había establecido que los cargos de Director General del Instituto, Secretario General, Subdirectores, y Gerentes Seccionales de la entidad eran de libre nombramiento y remoción, y además que, los asesores y en general los empleos de los despachos del director, hoy presidente y del secretario general eran discrecionales. // A lo anterior se agrega que, la jurisprudencia de la Corte (Sentencia No. C- 484 de 1995) ha señalado que la determinación de las actividades que van a ser desempeñadas mediante una relación legal y reglamentaria dentro de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado corresponde a una función constitucional de orden administrativa que puede conferir la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello modifique la naturaleza de empleo, ni la relación laboral de carácter oficial que está asignada por la Ley".

#### ALEGATOS:

Dentro del término oportuno para alegar de conclusión el actor se remitió a los razonamientos expuestos en la demanda. □

#### CONCEPTO FISCAL:

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación, conceptuó en el sentido de que se acceda a las súplicas de la demanda.

Consigna que el Decreto 1050 de 1968 no indica qué deben contener los estatutos de una entidad; sin embargo, por las características señaladas en el artículos 6° ibídem, debe entenderse que son los presupuestos necesarios que tiendan a cumplir la gestión atribuida en el acto de creación.

Expresa que a pesar de que ninguna norma señale si los estatutos deben estar comprendidos o no en un sólo cuerpo, en su sentir, los estatutos pueden estar comprendidos en uno o varios actos o acuerdos, y por tanto, al "no haberse intitulado el acto demandado como 'estatuto', se puede considerar como ilegal el acto demandado".

De otra parte, afirma que al Congreso de la República según las claras voces del artículo 150 numeral 23 de la Constitución Política, le corresponde expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, entre las que se encuentran la clasificación de cargos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción.

Dicho organismo, a través de la Ley 61 de 1987 clasificó como de libre nombramiento y remoción a los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, clasificación que también se percibe en el artículo 4° numeral 3° de la Ley 27 de 1992. Igualmente el artículo 5° inciso 2° del Decreto 3135 de 1968 prescribe que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y empleados públicos quienes desempeñen funciones de dirección o confianza.

De donde concluye que no le corresponde al Consejo Directivo del I.S.S. la clasificación de los servidores en empleados públicos y trabajadores oficiales so pretexto de calificar dicho acto como estatuto, ya que de la última norma citada, se entiende que simplemente le corresponde "¿precisar las actividades de la empresa que correspondan a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos".

De otro lado, el señor Juan Manuel Charry Ureña, intervino dentro del proceso, presentando alegatos de conclusión en forma extemporánea, razón por la cual no pueden ser tomados en cuenta.

**CONSIDERACIONES:**

El centro de la controversia gira en torno a dilucidar si el Decreto No. 416 del 20 de febrero de 1997, proferido por el Presidente de la República, por medio del cual se aprobó el Acuerdo No. 145 del 4 de febrero de 1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, por virtud del cual se clasificaron los servidores de tal entidad se ajusta a derecho.

Alega en suma el libelista que el acto acusado fue expedido sin competencia, pues, ni el Consejo Directivo del ISS, ni el Presidente de la República están facultados para, mediante Acto extraestatutario, clasificar servidores públicos; que legalmente solo en los Estatutos se pueden precisar las excepciones de actividades de dirección y confianza que correspondan a empleados públicos; que el acto acusado no es reformativo de los Estatutos, sino un acto extraestatutario; que el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, ordena precisar actividades de dirección y de confianza, mas no cargos; y, que En el Acto Acusado, en el artículo 2° (Acuerdo No. 145), Clasifica entre empleos de Carrera y de Libre Nombramiento y Remoción, al reglamentar que esos empleos, clasificados como empleados públicos, no serán siquiera de Carrera, regidos por la Ley, sino por el contrario, regulados de conformidad con las directrices fijadas por el Consejo Directivo, o sea de Libre Nombramiento y Remoción o de manejo Discrecional por el Consejo Directivo. // Legalmente, conforme al artículo 4° de la Ley 27 de 1992, la clasificación de Empleos de Carrera o de Libre Nombramiento y Remoción es COMPETENCIA LEGAL y no existe norma que atribuya tal competencia a los Consejo Directivos de las Empresas Industriales y Comerciales. (Fl. 24).

En orden a resolver el presente asunto es preciso, entonces, analizar cuatro aspectos fundamentales, a saber: naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales; autoridad competente para clasificar los servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado; el acto acusado; y, la legalidad del acto acusado.

**I. DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

Mediante la Ley 90 de 1946 se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Por virtud del Decreto Ley 2324 de 1948, se reguló el régimen de administración de personal y, en específico la naturaleza del vínculo entre aquél y sus servidores. Así, el artículo 4o. señaló que los empleados y obreros del Instituto de Seguros Sociales y de las Cajas Seccionales, tenían la categoría de trabajadores particulares y gozaban de los consiguientes derechos y prestaciones sociales.

Más adelante, en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 20 de 1970, el Presidente de la República expidió el Decreto 433 de 1971 "por el cual se reorganiza el Instituto de Seguros Sociales". Allí se le confirió al mismo el carácter de entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Como consecuencia del cambio de naturaleza del Instituto de Seguros Sociales, se expidió el Decreto 1651 de 1977, contentivo del régimen de administración del personal que presta sus servicios a la entidad, y en su artículo tercero se creó una nueva modalidad de servidores públicos, a saber: los funcionarios de seguridad social. El precepto en comento dispuso:

"Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del poder público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: aseo, jardinería (...).

Los funcionarios de seguridad social, estarán vinculados a la administración por una regulación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos".

El Decreto 1652 de 1977 determinó el sistema especial de clasificación y remuneración correspondiente a las distintas categorías de cargos del Instituto y el Decreto 1653 de 1977, estableció el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social.

A través del Decreto 413 de 1980, se reglamentó la carrera del funcionario de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales. El artículo 2o. dispuso que "Las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales son: empleados públicos funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales" .

En ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución Política de 1991, el Presidente de la República expidió el Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992, por medio del cual se reestructuró el Instituto de Seguros Sociales. El artículo 1° precisó que El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Por su parte, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", y en su artículo 275 señaló:

"El Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto-Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993

"Los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social".

Resulta importante resaltar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C - 579 del 30 de octubre de 1996, recaída dentro del expediente No. D - 1183, actor Nemesio Camelo Poveda, Magistrado Ponente doctor Hernando Herrera Vergara, declaró inexecutable el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2° del artículo 3° del Decreto Ley 1651 de 1977, en el aparte que decía ¿las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social., para lo cual se discutió dentro del siguiente universo:

Segunda. □ Régimen Jurídico aplicable a los trabajadores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Las empresas industriales y comerciales del Estado, conforme lo dispone el artículo 6 del Decreto 1050 de 1968, son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial de acuerdo a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley, y que reúnen las siguientes características: personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Por su parte, el artículo 5o. inciso 2o. del Decreto-Ley 3135 de 1968 prescribe que "Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales".

Agrega la norma que a manera de excepción, "Los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Esta atribución no es abiertamente discrecional, pues está limitada por el principio, ínsito en la transcrita disposición legal, según el cual las actividades que impliquen dirección o confianza son propias de quienes ostentan la calidad de empleados públicos. Ello se explica porque las empresas industriales y comerciales del Estado, aunque se regulan por normas y procedimientos de derecho privado y con una finalidad lucrativa o rentable, están vinculadas a la administración nacional y dirigidas por juntas o consejos directivos integrados por personas que aunque no son empleados públicos, "ejercen funciones públicas" (artículo 1o. del Decreto-Ley 3130 de 1968), y por directores, gerentes o personas que son agentes del Presidente de la República de su libre nombramiento y remoción.

Así pues, la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad -artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968-.

Por lo tanto, en principio quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos.

La determinación contenida en el inciso 2o. del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, según la cual las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tienen la categoría de trabajadores oficiales, fue declarada executable por esta Corporación, al no encontrarse vulneración alguna de los mandatos superiores. Al respecto expresó la Corte Constitucional en sentencia No. C-484 de 1995, con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, lo siguiente:

(i)

No hay duda pues, de que al asumir el organismo oficial la forma de empresa industrial y comercial del Estado, los actos y funciones inherentes a la atención de los servicios públicos del mismo, deben ser realizados, por regla general, por trabajadores vinculados por contrato de trabajo, con las prerrogativas laborales elevadas a canon constitucional en la Carta Fundamental de 1991, que garantizan el derecho de negociación colectiva, con las excepciones que señale la ley.

De esta manera, si bien es cierto que el legislador puede establecer determinadas categorías de trabajadores con respecto a su forma de vinculación, ello no da lugar al desconocimiento de los derechos emanados de la negociación colectiva y demás privilegios laborales que anteriormente se encontraban consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas complementarias de carácter legal, y que con la Carta Política de 1991 adquirieron jerarquía constitucional.

Es bien sabido que el I.S.S. con la expedición del Decreto No. 2148 de 1992 se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, carácter que igualmente quedó definido en la Ley 100 de 1993 (artículo 275) que creó el Sistema de Seguridad Social Integral. En tal sentido, fue voluntad del legislador imponer la obligación de convertir a la citada entidad en Empresa Promotora de Salud (EPS), a fin de que esta pudiera competir en la misma forma que los particulares a efecto de satisfacer el servicio público de la seguridad social, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad determinados en la Carta Política de 1991.

Por ello resulta explicable que cuando en materia de la prestación del servicio público de salud y bajo la dirección y control del Estado, la entidad pública encargada de la misma adopta la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado por vía especial, las personas que a ella se encuentren vinculadas adquieren la calidad de trabajadores oficiales, salvo las excepciones establecidas en la misma ley en relación con determinados empleos o cuando en los respectivos estatutos de dicho organismo se precisen qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Lo anterior se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de esta Corporación, cuando se examinó lo concerniente a la fijación del régimen de trabajadores oficiales de las empresas de servicios públicos domiciliarios que adoptaron la forma de empresa industrial y comercial del Estado, con todas las implicaciones que de ello se sigan. Dijo en aquél entonces la Corte Constitucional en sentencia No. C-253 de 1996, MP. Dr. Hernando Herrera Vergara, lo siguiente, en algunos de sus apartes pertinentes:

"Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas de servicios públicos que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 19 de julio de 1995, con ponencia del Doctor Roberto Suárez Franco, al resolver acerca de la consulta formulada por el Ministro de Desarrollo Económico sobre este mismo aspecto, manifestó lo siguiente:

"Se tiene que en el proyecto de ley el Gobierno propuso como texto del que luego vino a ser el artículo 41, el siguiente: 'Los empleados de las empresas de servicios públicos privados, tendrán el carácter de trabajadores particulares, y estarán sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, mientras en esta ley no se disponga otra cosa. Los de las empresas oficiales se regirán por las normas que expresamente regulen las relaciones laborales de los servicios públicos; y en los demás por el mismo Código. La decisión de las controversias que se susciten entre ellos y las empresas en desarrollo de la relación laboral se regirán por las normas ordinarias'.

(...) En la ponencia para primer debate presentada ante el Senado de la República, se modificó dicha norma quedando plasmada en el pliego de modificaciones así: 'A todos los empleados vinculados a las empresas de servicios públicos se aplicarán las normas del Código Sustantivo del Trabajo o las que las sustituyan, modifiquen, adicionen o reformen. (...)

Se llega a la conclusión de que el legislador quiso precisar cuál es el régimen laboral para los trabajadores que presten sus servicios a las entidades de servicios públicos domiciliarios con capital no representado en acciones, y que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado. Pero al redactar la norma se incurrió en una equivocación al citar como tal régimen el previsto por el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 cuando lo pertinente era invocar el inciso segundo. En efecto, de los antecedentes de la ley y de su texto se aprecia que la intención del legislador fue la de que toda entidad dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios que no se constituya o transforme en sociedad por acciones, tiene que adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado con todas las implicaciones que de ello se sigan; entre otras, la de que a sus empleados se les debe dar el tratamiento de trabajadores oficiales, concepto incompatible con el de que pueda tenérselos como empleados públicos; esto por cuanto el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 reserva esta calidad a quienes presten sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos."

Así mismo, en concepto del 28 de junio de 1995, con ponencia del Doctor Luis Camilo Osorio Isaza, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, manifestó lo siguiente:

"El artículo 41 de la Ley 142 de 1994, trata dos situaciones distintas: en primer lugar le da carácter de trabajadores particulares, sometidos al Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley a las personas, en términos generales, 'que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas'; y en segundo lugar establece que las entidades descentralizadas de cualquier orden nacional o territorial cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, prescindiendo del régimen de división de su capital social en acciones.

Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no desean que su capital esté representado por acciones, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a estas últimas, según el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, en donde tienen el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar 'qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos'" (negrillas y subrayas fuera de texto).

Estima la Corte que el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 al disponer que el régimen de los servidores de las empresas de servicios públicos domiciliarios que adopten la forma de empresas industriales y comerciales

del Estado, es el consagrado en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 relativo a los empleados públicos, y no al inciso 2o. de la misma disposición que se refiere a los trabajadores oficiales, resulta contrario a la Carta Política en el aparte acusado, por las siguientes razones:

Con la remisión aludida se desconoce el principio constitucional de la igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, como lo señala el actor, y de manera excepcional de conformidad con sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

Como lo señaló el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, conforme a los antecedentes del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 parcialmente acusado, el Congreso le dió la calidad de trabajadores oficiales a quienes laboren en las citadas empresas industriales y comerciales del Estado.

La circunstancia de que el aparte acusado del artículo 41 se remita al inciso 1o. del Decreto 3135 de 1968 que alude a los empleados públicos, implica que en las empresas mencionadas, si bien estas se encuentran sometidas en su organización y actividad empresarial al régimen privado, sus servidores ostentan la calidad de empleados públicos y por consiguiente adolecen del derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Carta Política, no pudiendo por lo tanto presentar pliegos de peticiones. Así mismo, dichos servidores tendrían una situación laboral diferente a la que corresponde a los demás trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo en el sector oficial.

Es evidente que el Legislador tiene facultad para fijar el régimen que corresponda a quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, pudiendo señalarles la calidad de empleados públicos, pues la función encaminada a la prestación de los servicios públicos permite que estén sometidos al marco jurídico "que fije la ley" (artículo 365 C.P.)

Sin embargo, a juicio de esta Corporación no resulta razonable ni idóneo sacrificar injustamente derechos constitucionales laborales propios de esta clase de servidores como son los derivados del derecho de asociación y de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales.

Cabe observar que en estas circunstancias, los trabajadores de las sociedades por acciones, privadas y mixtas que corresponden a la misma categoría de empresas de servicios públicos de acuerdo con la Ley 142 de 1994, se encuentran con respecto a los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios, en una situación de desequilibrio, ya que los primeros, a diferencia de éstos últimos, gozan plenamente del derecho de asociación consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política, así como del derecho de negociación colectiva, de que trata el artículo 55 de la Carta Fundamental.

Esta situación constituye una discriminación respecto de los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios, lo cual riñe con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, así como con los artículos 39 y 55 de la misma, en cuanto hace referencia a los derechos de negociación colectiva de otros trabajadores que se encuentran en igual situación jurídica y laboral en el ejercicio de similares funciones.

Conviene recordar que en el Convenio 98 adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo OIT se estableció en forma diáfana que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo", lo que debe tenerse en cuenta para los efectos de la decisión que aquí se adopta.

Desde esta perspectiva, no comparte la Corporación el criterio según el cual el Legislador quiso otorgarles la categoría de empleados públicos a

los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios.

Lo expresado no significa que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios, no puedan determinar cuáles de sus servidores se consideran empleados públicos, en relación con las actividades de dirección o confianza que desempeñen, de conformidad con el inciso 2o. del Decreto 3135 de 1968 al que repetidamente se ha hecho alusión, y respecto del cual, como ya se anotó, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-484 de 1995, anteriormente citada".

Por consiguiente, resulta imperativo concluir que quienes prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales, convertido en Empresa Industrial y Comercial del Estado en virtud del Decreto 2148 de 1992 y de la Ley 100 de 1993, dada la actividad especial desarrollada por dicha entidad, tienen por regla general, la calidad de trabajadores oficiales con las salvedades a que se ha hecho referencia, impuestas por la ley o por los estatutos de la misma.

Tercera. □Naturaleza jurídica y régimen aplicable a los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales.

(i)

De esta manera, con la reestructuración del Instituto de Seguros Sociales, dicha entidad se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, y por consiguiente aunque es evidente que el legislador puede crear Empresas Industriales y Comerciales del Estado con un régimen diferente al que generalmente se adopta para sus trabajadores en la categoría de oficiales con la posibilidad de crear tipos distintos y determinar restricciones mayores en lo concerniente a la fijación del régimen respectivo, en el caso particular y especial del Instituto en referencia, teniendo en cuenta la actividad desarrollada por el mismo en la prestación del servicio público de seguridad social en idénticas circunstancias competitivas con respecto a entidades privadas, es procedente concluir que al haber adoptado aquél la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, sus trabajadores adquieren la calidad de oficiales, con las salvedades mencionadas, al igual que las empresas de servicios públicos domiciliarios que acogieron idéntica situación.

Cuarta. □Examen del cargo formulado contra el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, es pertinente examinar la procedencia del cargo esgrimido por el demandante contra el parágrafo acusado.

Como ya se expuso, según el actor, dicho precepto vulnera el artículo 13 superior, toda vez que sin una justificación razonable y objetiva otorga a los servidores del Instituto de Seguros Sociales un trato diferencial, consistente en conservarles su anterior calidad de funcionarios de la seguridad social, mientras que otros servidores vinculados a empresas industriales y comerciales del Estado, gozan de la calidad de trabajadores oficiales.

Se quebranta según el demandante, el principio constitucional de la igualdad cuando de conformidad con el artículo 13 superior, se consagran tratos diferentes o discriminatorios entre personas colocadas en las mismas

circunstancias y condiciones, por razones de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Cabe advertir que el precepto citado no impide la consagración de diferentes regímenes para los servidores del Estado en sus distintos establecimientos, cuando se trate de sujetos colocados en distintas situaciones de hecho, o cuando exista motivo razonable que lo justifique.

Empero, debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se configuren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, lo que prohíbe que los órganos del poder público puedan establecer condiciones desiguales para situaciones iguales y viceversa, salvo que medie justificación razonable, esto es, que a la luz de los mismos principios, valores y derechos consagrados en nuestra Carta Política, resulte siendo admisible.

Es evidente para la Corte, que conforme a lo dispuesto en la Carta Fundamental - artículos 123 inciso segundo, 125 y 150-23 -, corresponde al legislador la atribución de expedir las leyes que regulen el ejercicio de las funciones públicas, y determinar cómo se ejercen los empleos en los órganos y entidades del Estado.

En tal virtud, es el legislador quien está constitucionalmente investido de la facultad de fijar el régimen que corresponda a quienes prestan sus servicios en las entidades y órganos del Estado -tales como las empresas industriales y comerciales- sin que ello implique la existencia y configuración de discriminaciones o tratamientos distintos entre sus servidores, ni entre estos y los de otras empresas industriales y comerciales. De ahí que según el claro mandato contenido en el artículo 123 de la Constitución Política, los servidores públicos "ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, en la ley y el reglamento".

Por consiguiente, teniendo en cuenta que según lo establecido en el Decreto 2148 de 1992 y en el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, el Instituto de Seguros Sociales tiene el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, sus trabajadores, por regla general, ostentan la categoría de oficiales, ya que dicha entidad por voluntad legislativa efectúa actos de gestión y de atención de servicios públicos, en idénticas circunstancias competitivas, con respecto a empresas privadas y domiciliarias en la calidad de empresas promotoras de salud (EPS), conforme a los razonamientos que se han dejado expuestos y con las prerrogativas constitucionales inherentes a los mismos.

Cabe recordar que el Decreto-Ley 1651 de 1977, les reconoció a los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, el carácter de empleados de la seguridad social para quienes desempeñan cargos asistenciales y administrativos, con excepción de las personas relacionadas con determinadas actividades, que ostentan la calidad de trabajadores oficiales, como los que laboran en el servicio de aseo y jardinería.

Igualmente, en el mismo precepto, dictado en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 de 1977, se estableció que, "los cargos de director general del Instituto, el secretario general, los subdirectores y los gerentes seccionales de la entidad, son de libre nombramiento y remoción y además que, los de director de unidad programática local, jefe de oficina nacional, consejeros, asesores y en general, los empleos de los despachos del director y del secretario general son discrecionales, situación que constituye una excepción al principio general aquí enunciado, la cual no se modifica con la nueva regulación".

A juicio de la Corte, al disponer el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, dada su naturaleza de empresa industrial y comercial, mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social, se desconoce el principio constitucional de igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado y de servicios públicos domiciliarios, por cuanto éstas, dada su naturaleza, por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente, según sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos -Decreto 3135 de 1968 y sentencias Nos. C-484 de 1995 y C-253 de 1996-, la cual también puede ser asignada para determinados cargos en forma específica por la misma ley.

Por consiguiente, quienes laboran al servicio del Instituto de Seguros Sociales, convertido en Empresa Industrial y Comercial del Estado, a raíz de la reestructuración que se produjo en la citada entidad, adquieren en consecuencia por regla general la calidad de trabajadores oficiales con todos los derechos inherentes a esta clase de servidores públicos, como el de la negociación colectiva, con las excepciones señaladas en la ley (artículo 55) o en la misma Constitución que considera a la salud como objetivo fundamental de su actividad en la prestación del servicio público inherente a la finalidad del Estado (artículo 366 CP.), y por consiguiente no es posible decretar la huelga, ni realizar cesación colectiva de trabajo.

Así pues, al adscribirseles a los trabajadores del I.S.S. el carácter de empleados de la seguridad social, es decir, vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria y no la contractual propia del resto de trabajadores oficiales que laboran al servicio de todas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se rompe el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional, pues es claro que con aquella normatividad quienes prestan sus servicios al mencionado Instituto no tendrían los mismos derechos laborales y la misma protección legal con respecto a los que trabajan en las demás empresas del mismo rango y naturaleza.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, es evidente que al haberse transformado el Instituto de Seguros Sociales en una empresa industrial y comercial del Estado, sus trabajadores tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente para quienes desempeñen cargos de dirección y confianza, se les otorga la condición de empleados públicos, de conformidad con sus estatutos, por lo que no es admisible una tercera modalidad de empleados, como la establecida en el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, pues al hacerlo quebranta el ordenamiento superior, salvo que la misma ley precise en forma taxativa los empleos que son susceptibles de ser desempeñados por funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se hizo en el Decreto 2148 de 1992, según el cual el Presidente, Secretario General y demás funcionarios que desempeñen cargos de dirección o confianza, ostentan la calidad de funcionarios públicos.

A lo anterior se agrega que la jurisprudencia de la Corte (sentencia No. C-484 de 1995) ha señalado que la determinación de las actividades que van a ser desempeñadas mediante una relación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales y comerciales del Estado, corresponde a una función constitucional de orden administrativa que puede conferir la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello modifique la naturaleza del empleo ni la relación laboral de carácter oficial que está asignada por la ley.

En este sentido los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales son el instrumento idóneo en virtud del cual se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos.

Con la nueva regulación del I.S.S., dada su estructura como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, al igual a como quedó establecido para las empresas de servicios públicos domiciliarios que adoptan la misma situación, sus servidores tienen el carácter por regla general, de trabajadores oficiales, sin que pueda generarse una discriminación entre los mismos. Dicho trato diferencial está representado entonces, en la situación de desventaja en que se encuentran los funcionarios de la seguridad social frente a los trabajadores oficiales del

Instituto de los Seguros Sociales a la luz de las disposiciones contenidas en los Decretos 1651, 1652 y 1653 de 1977, con lo cual, para esta Corporación, es claro que se desconocen abiertamente los mandatos consignados en el artículo 13 de la Carta Política, que imponen una igualdad real y efectiva, y por ende, la prohibición de establecer discriminaciones.

De esta manera, al ordenar el párrafo acusado que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social, los priva de la condición de trabajadores oficiales -adquirida por el cambio de naturaleza jurídica de la entidad-, y los coloca, como ya se dijo, en situación de desigualdad frente a los demás trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable

entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 142 de 1994, cuando mediante sentencia No. C-253 del 6 de junio de 1996, MP. Dr. Hernando Herrera Vergara, señaló:

"Estima la Corte que el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 al disponer que el régimen de los servidores de las empresas de servicios públicos domiciliarios que adopten la forma de empresas industriales y comerciales

del Estado, es el consagrado en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 relativo a los empleados públicos, y no al inciso 2o. de la misma disposición que se refiere a los trabajadores oficiales, resulta contrario a la Carta Política en el aparte acusado, por las siguientes razones:

Con la remisión aludida se desconoce el principio constitucional de la igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, como lo señala el actor, y de manera excepcional de conformidad con sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

Como lo señaló el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, conforme a los antecedentes del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 parcialmente acusado, el Congreso le dió la calidad de trabajadores oficiales a quienes laboren en las citadas empresas industriales y comerciales del Estado.

La circunstancia de que el aparte acusado del artículo 41 se remita al inciso 1o. del Decreto 3135 de 1968 que alude a los empleados públicos, implica que en las empresas mencionadas, si bien estas se encuentran sometidas en su organización y actividad empresarial al régimen privado, sus servidores ostentan la calidad de empleados públicos y por consiguiente adolecen del derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Carta Política, no pudiendo por lo tanto presentar pliegos de peticiones. Así mismo, dichos servidores tendrían una situación laboral diferente a la que corresponde a los demás trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo en el sector oficial.

(...)

Lo expresado no significa que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios, no puedan determinar cuáles de sus servidores se consideran empleados públicos, en relación con las actividades de dirección o confianza que desempeñen, de conformidad con el inciso 2o. del Decreto 3135 de 1968 al que repetidamente se ha hecho alusión, y respecto del cual, como ya se anotó, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-484 de 1995, anteriormente citada" (negritas y subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, se declarará la inexecutable del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, por vulnerar el principio constitucional de igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente como empleados públicos, cuando desempeñan cargos de dirección y confianza.

Quinta. □Unidad Normativa.

No obstante que la demanda se dirige exclusivamente contra el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6o. del Decreto 2067 de 1991, según el cual, "la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales", declarará la inexecutable del aparte del inciso 2o del artículo 3o del Decreto-Ley 1651 de 1977, que dice: "las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social (...)", por constituir unidad normativa con la parte del precepto acusado.

Es evidente a juicio de la Corporación, en este caso, la unidad o conexidad entre los dos preceptos, en cuanto el primero -artículo 235- mantiene

la clasificación de los trabajadores de la seguridad social, y el segundo cataloga genéricamente como funcionarios de la seguridad social a las demás personas naturales de que trata la disposición en referencia.

Por lo tanto se declarará la inexecutable del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y del inciso segundo del artículo 3o. del Decreto-ley 1651 de 1977 en el aparte mencionado, con la advertencia de que la sentencia solamente producirá efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria, respetando los derechos adquiridos (artículo 58 CP.) y las situaciones consumadas con anterioridad a la misma.

Queda pues establecido que el Instituto de Seguros Sociales, a la luz de la normatividad vigente es una Empresa Industrial y Comercial del Estado; y, que a partir de la sentencia C - 579 de 1996, la clasificación de sus servidores en empleados públicos, funcionarios de la seguridad social y trabajadores oficiales, desapareció.

## II. DE LA CLASIFICACION DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y DE LA COMPETENCIA PARA ELLO

La competencia, elemento subjetivo del acto administrativo, constituye un presupuesto indispensable para su conformación, que se traduce en la potestad, aptitud, habilidad, capacidad e idoneidad, que tiene un sujeto legalmente hábil, en este caso, una autoridad administrativa, para emitirlo. Recordemos que Para Cassagne la competencia es el conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales. Gordillo la presenta como el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer. Sayagués la define como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. El profesor García-Trevijano nos define la competencia como el conjunto de facultades, de poderes y de atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás. Arnanz, en su monografía jurídica sobre la competencia administrativa, concibe a la competencia como la aptitud legal para que con unos medios y unas formas predeterminadas realicen sus fines los órganos públicos. (Causales de anulación de los actos administrativos, Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velázquez, 1ª edición, 1988, Editorial Doctrina y Ley, páginas 59 y 60).

Por manera que el repartimiento jurídico de las funciones administrativas, obedece al interés general y constituye un presupuesto fundamental sobre el cual se edifica un Estado de Derecho. Cada órgano debe realizar lo que le es propio por esencia y por naturaleza. Es la propia Carta Fundamental la que enseña que no habrá ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que los funcionarios públicos son responsables por omisión o por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, la competencia emana de preceptos de rango constitucional, legal y reglamentario y no de la voluntad del órgano en cuestión o de los propios administrados. La administración, únicamente está facultada para intervenir en los eventos previstos en el orden jurídico, por tanto los servidores públicos tan solo pueden hacer lo que en forma manifiesta y explícita les permita la Constitución y la ley.

Ahora bien, el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, hoy en día derogado por la Ley 489 de 1998, pero vigente para la fecha en que fue expedido el acto acusado, dispuso:

De las funciones de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado. Son funciones de las juntas o consejos directivos:

(i)

b) Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del gobierno;

Frente a la clasificación de los servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, contempló:

**ARTICULO 5. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.** Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos públicos se precisarán qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

El aparte que aparece entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C - 484 del 30 de octubre de

1995, en la que actuó como ponente el doctor Fabio Morón Díaz, en tanto que el inciso segundo del artículo 5° pretranscrito (en negrillas y subrayado), fue declarado exequible, con base en estas consideraciones:

C. La regulación constitucional del tema de la clasificación de los servidores públicos.

En primer término, el Constituyente de 1991, recogiendo la experiencia legislativa antecedente y el régimen preconstitucional aplicable a esta materia, decidió clasificar directamente, aun cuando no de modo exhaustivo, a los servidores públicos o del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tres categorías muy generales, según se desprende de una lectura inicial del artículo 122 de la nueva Constitución, así:

-[] Los miembros de las corporaciones públicas.

-[] Los empleados públicos.

-[] Los trabajadores oficiales del Estado.

De otra parte y dentro de una actividad herméutica de orden constitucional que recurre a definir el alcance de las disposiciones jurídicas con base en el sentido literal de los términos empleados por el Constituyente, es claro que de la Constitución Política se desprende que los empleados públicos deben ser nombrados por la administración para ingresar al servicio (art. 126 C.N.), que se encuentran comprometidos en el ejercicio de la función en situaciones legales y reglamentarias, que deben posesionarse del cargo y prestar juramento de defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (art. 122 C. N.). Además, es claro que la regla general para el ingreso al servicio por los empleados públicos es el concurso, y que su régimen de permanencia, ascenso y retiro es la carrera administrativa (art. 125).

Por su parte, para los trabajadores oficiales se encuentra la referencia que se hace al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir el legislador y que aparece mencionada en el numeral 19 literal f) del artículo 150 de la Carta Política como una de las leyes marco, lo cual da idea y fundamento para afirmar que bajo esta categoría, los servidores públicos pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la

administración y que las prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente en el contrato, así sea por virtud del conflicto colectivo y de la negociación o de la huelga, salvo en materia de servicios públicos esenciales.

No obstante lo anterior, para mayor claridad sobre estos aspectos, es preciso hacer una breve consideración sobre el tema de la clasificación jurídica y constitucional de las distintas categorías de empleos y de servidores públicos, teniendo como base no sólo lo dispuesto por la Carta de 1991, sino atendiendo en buena medida a las razones que históricamente explican la expedición de las disposición parcialmente acusada.

En efecto, aparte de las notables diferencias que se encuentran entre la Constitución de 1886 y la nueva Constitución de 1991, en los temas de la función pública, de la carrera administrativa, del servicio público y de la función administrativa, se aprecia una característica común que consiste en que, al igual de lo que acontecía en la Carta de 1886, en la Constitución de 1991 tampoco se incluye precepto alguno que defina, desde ese nivel jerárquico y en detalle, los elementos normativos específicos o los criterios jurídicos precisos y concretos que sirvan para elaborar, directamente y con propósitos exhaustivos y prácticos, las nociones legales o reglamentarias de empleado público y de trabajador oficial, como servidores públicos vinculados a los cuadros de la administración; esta observación, desde luego, no corresponde a ningún enjuiciamiento específico en relación con el contenido de la Carta Política de 1991 y, por lo contrario, únicamente comporta una reflexión dogmática que se pone como premisa para adelantar este examen judicial de constitucionalidad.

Lo cierto es que igual de lo que ocurría en la Carta de 1986, la Constitución de 1991 establece aquellas dos categorías básicas de servidores públicos a las que se refieren las expresiones acusadas del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, y a las que se les agregan, dentro el marco de la Carta vigente y con claridad meridiana, la de los miembros de las corporaciones públicas y las demás que establezca la ley; de otra parte, también aparecen la de los notarios, quienes sin ser empleados públicos, ni trabajadores oficiales, ni alcanzar el rango de funcionarios públicos, son particulares nombrados en propiedad y por concurso por el Gobierno y que atienden un servicio público permanente reglamentado por la ley (art. 131 C.N.), y la de los miembros de la fuerza pública (arts. 217 inciso tercero, 218 inciso tercero, 219, 220, 221 y 22 C.N.).

Empero, y sin que sean unos conceptos jurídicos absolutamente vacíos, aquellas dos nociones básicas a las que se refiere la demanda no encuentran en la Carta elementos explícitos que contribuyan a definirlos plenamente y con precisión conceptual plena, y aparecen al lado de los otros conceptos como los de "los miembros de las corporaciones públicas" y de los "demás que determine la ley", que son igualmente conceptos indefinidos; su desarrollo legal aparece precisamente en los términos del Decreto 3135 de 1968 que es el acusado parcialmente en esta oportunidad y en el decreto reglamentario No. 1848 de 1969, ambos expedidos con base en una interpretación integral y sistemática de la Reforma Constitucional de 1968.

De otra parte, en la nueva normatividad superior tampoco se encuentra una noción bien definida del servidor público, ni aparece con suficiente

claridad una clasificación exhaustiva de sus distintas expresiones empleadas, salvo las previstas con miras en la regulación de la carrera administrativa en los artículos 122, 123 y 124 en las que partes que establecen que "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente", de un lado ( art. 122) y, de otro, en la que se utilizan simultáneamente criterios orgánicos y nominales que nada enseñan con precisión sobre los elementos de una y otra noción y en la que se advierte que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (art. 123 inciso primero); allí también se establece que "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley" (art. 125 inciso primero). (Las subrayas no corresponden al texto transcrito).

(i)

D. Las competencias legales para la clasificación de los empleos en la administración pública.

Como lo ha definido la Constitución Política de 1991, corresponde a la ley señalar las principales reglas relacionadas con la Carrera Administrativa y en general con la función pública, y así lo ha entendido esta corporación en su interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales relacionadas con este tema, pero, si la nueva Carta Política emplea varios elementos para configurar los conceptos de carrera, de función administrativa y de servicio público, dice menos acerca de los elementos subjetivos, funcionales y orgánicos que sirvan para configurar las dos nociones que ocupan la atención del demandante y de la Corte, como son las de empleado público y trabajador oficial.

De otra parte lo que dice el artículo 125 al respecto del régimen general de la Carrera administrativa, es que todos los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que todos los servidores públicos quedan comprendidos bajo sus regulaciones, salvedad hecha de los trabajadores oficiales, los empleos de elección popular, los servidores de libre nombramiento y remoción y los demás que determine la ley, pero no se ha establecido en aquella disposición constitucional cuales actividades pueden ser desempeñadas o no por trabajadores oficiales, y cuales pueden ser atendidas y cuales no por los empleados públicos.

Así, siempre se ha dicho por la doctrina que por regla general el servicio público y la función administrativa, que comportan ejercicio de autoridad deben ser satisfechos y atendidos por empleados públicos, y que como sus actos son por principio actos administrativos, expedidos para el cumplimiento de responsabilidades públicas, como las que se atienden por los ministerios, los departamentos administrativos y los establecimientos

públicos en el orden descentralizado, lo mismo que las responsabilidades de inspección, vigilancia y control que se cumplen por las superintendencias en el orden central, no pueden ser dictados sino por empleados públicos, los cuales deben cubrir todo el cuadro de destinos de las entidades a las que se les asignan aquellas responsabilidades, claro está, con algunas salvedades sobre cierto tipo de actividades relacionadas con la construcción y mantenimiento de obras públicas, en cuyo caso, por las características de la actividad, por los horarios, los desplazamientos, las distancias, las eventuales inclemencias del clima, pueden negociar el régimen de remuneración, salarios y prestaciones.

Ahora bien, la doctrina nacional y la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia, siguiendo las conocidas pautas del derecho administrativo, ha dicho que los actos de gestión y de atención de servicios públicos por entidades descentralizadas por servicios, que asumen la forma de empresas industriales y comerciales deben ser atendidos por personal vinculado por otra modalidad que se corresponda con la figura empresarial y económica de la gestión, y por ello es preciso vincular a los servidores públicos por contrato de trabajo y establecer un régimen jurídico específico de garantías prestacionales mínimas, que puede ser objeto de negociación y arreglo entre la entidad y el personal. Este es el sentido preciso que se desprende de las restantes partes no acusadas del artículo 5 del decreto 3135 de 1968.

Esta situación es evidente a lo largo de todo el texto de la nueva Carta Política, no solo desde el punto de vista de las razones funcionales sino desde el punto de vista orgánico y técnico; obviamente, este panorama es idéntico al que se podía observar bajo la vigencia de la Carta Política de 1886, lo cual, en su momento, obligó al legislador a emplear algunos criterios generales de carácter orgánico como la regla, y otros de orden funcional como la excepción, haciendo depender la diferencia entre empleados públicos y trabajadores oficiales de la clase de entidad a la que se puede vincular el servidor público, y de algunos elementos relacionados con el tipo de actividad que se debía cumplir en cada caso.

Pero además, en el fondo de esta situación y dentro de la evolución científica del derecho administrativo que se hace presente entre nuestras instituciones constitucionales y legales a partir de la reforma constitucional de 1968, se encuentra que en contra de una concepción parlamentarista y rígida, de exageradas concesiones al legislador y de un radical estancamiento, que marchaba a la zaga de nuestras instituciones, se hacía necesario incorporar una visión moderna y racional de la administración y del servicio público, que exigía que se le otorgara a las distintas entidades del Estado, con funciones administrativas y de servicio público, la posibilidad de adecuarse y adaptarse a las distintas condiciones y circunstancias que las afectan y comprometen, y que reclaman su respuesta dinámica.

Por ello, desde 1968 se advertía que no podía aplicarse exclusivamente el criterio orgánico, ni exclusivamente el funcional para construir el

régimen de clasificación específica de los servidores públicos, y que bien podía ocurrir que por excepción en un establecimiento público se hiciese necesario atender una actividad como la de construcción y sostenimiento de obras públicas u otras equiparables a ellas con trabajadores oficiales como personal vinculado por contrato de trabajo y que, en veces, en las empresas industriales y comerciales del Estado se hiciese necesario atender determinadas actividades de confianza y dirección con personal de empleados públicos, naturalmente sometidos a las reglas de la carrera y a sus excepciones.

En dicha reflexión se encuentra la idea, según la cual, no se hace necesario y por el contrario es extraño a toda lógica de eficiencia, eficacia, racionalidad, celeridad y oportunidad, provocar toda la actuación del legislador para crear un cargo en una empresa industrial o comercial o para definir qué tipo de actividad se debe desarrollar por cada servidor público o para precisar si una u otra actividad debe desempeñarse por personal vinculado por nombramiento a una situación legal y reglamentaria y en carrera administrativa o por contrato de trabajo y en últimas para definir y clasificar todos y cada uno de los cargos dentro de los cuadros de la función pública; precisamente, este es el caso del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, que nuevamente se demanda como contrario a la Constitución, en el que el legislador extraordinario de la época empleó los dos criterios de diferenciación para encuadrar con precisión a los servidores públicos vinculados a las distintas entidades de la Administración, al establecer las dos reglas generales de clasificación de los mismos, empleando, de una parte, un criterio orgánico relacionado con el tipo de entidad y con la naturaleza del servicio a prestar por ella y al dar la oportunidad racional y razonable de aplicar, por excepción y como criterio complementario, un elemento relacionado con la específica función que se debe cumplir por el servidor en cada caso.

En relación con el tema específico que se trata en esta oportunidad, es preciso señalar que la doctrina nacional que estudia el tema ha manifestado en relación con la clasificación de los servidores públicos en los establecimientos públicos que:

"5. Clasificación de los servidores. También se sabe que la clasificación de los servidores de los establecimientos públicos se compendia en el decreto-ley 3135 de 1968, que dispone que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos, y señala como regla general la vinculación legal y estatutaria. Como vimos en la definición de establecimiento público, su actuación se regula conforme a reglas de derecho público y por eso resulta lógico, en consecuencia, que sus servidores tengan también una relación de tal linaje, como lo es la legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos.

"No obstante lo anterior, el decreto citado admite dos excepciones, que son la relativa a las actividades precisadas por los estatutos de los establecimientos públicos, como susceptibles de ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y la relativa a las personas que prestan sus servicios en 'construcción y sostenimiento de las obras públicas', los cuales también son trabajadores oficiales, salvo el personal directivo y de confianza que labore en dichas obras (dec. 1848 de 1969, art. 3o.).

"Un punto interesante que surge del examen del art. 5° del decreto-ley 3135 de 1968, es el alusivo a cuál estatuto ha de ser el que señale 'qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo'. En desarrollo de dicho artículo, el decreto 1848 de 1969 que lo reglamenta, también dispuso que en los estatutos de los establecimientos públicos se debería realizar la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

"Creemos que son los estatutos internos de cada entidad los que deben precisar las actividades susceptibles de contratación laboral, dado el carácter casuístico de la decisión. No podría ser el estatuto básico, que por ser competencia de la ley, debe ser general y abstracto.

"Recordemos que el art. 26 del decreto-ley 1050 de 1968 prevé como función de las direcciones colegiadas de cada establecimiento público 'adoptar los estatutos de la entidad' y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno'.

"Es conveniente agregar que trabajadores oficiales son no sólo quienes se encargan de la construcción propiamente dicha, sino, igualmente, quienes se dedican a su sostenimiento, o sea a su conservación y reparación, como lo ha entendido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según se puede deducir de los siguientes apartes: 'Para los efectos del capítulo VII, título IX -Prestaciones patronales especiales del Código Sustantivo del Trabajo-, 'se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción, excepto su conservación o reparación...' El objeto, por el cual el código citado define la obra o actividad de construcción, determina a su vez la clasificación del trabajador para efectos prestacionales exclusivos de tal actividad, y este criterio es el que aplica con iguales efectos y con carácter de garantías mínimas el decreto 3135 de 1968, al establecer en su art. 5° que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. También expresamente determinada por la naturaleza de su actividad, califica el art. 3° del decreto 1848 de 1969 como trabajadores oficiales de la construcción y sostenimiento de las obras públicas, cuando prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1° del art. 1° del mismo decreto, lo cual determinan, a su vez el carácter de su vinculación.

"La actividad relativa al sostenimiento de las obras públicas construidas, es decir, su conservación y reparación, está expresamente calificada en la definición legal, al contrario de lo que ocurre en la relación laboral de carácter particular, en que no se entienden por obras o actividades de construcción las relativas a conservación o reparación de casa o edificios.

Cabe asimismo aclarar que la condición de trabajador oficial dedicado a la construcción y sostenimiento de las obras públicas puede darse en cualesquiera de los organismos a los que se refiere el art. 5° del decreto 3135 de 1968, a saber: ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, y no solamente por ejemplo en las entidades destinadas a construir las obras públicas. Apartes del concepto ya citado sobre este particular expresan: 'Otra precisión en cuanto a la calidad de trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas conduce a concluir, que aquel no deriva de la vinculación a una entidad exclusivamente encargada de ejecutarlas, sino de la actividad específica que el trabajador desarrolló. Quienes, en consecuencia realizan actividades propias de la construcción y sostenimiento de obras públicas, deben considerarse trabajadores oficiales, aunque estén vinculados a una entidad cuya actividad específica no se limite a construirlas.'

Además en relación con la misma clasificación pero en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado el mismo autor advierte que:

"....."

"Así, pues, del análisis de la norma se desprende que el criterio adoptado para determinar la clase de vínculo con la empresa es el orgánico. De esta suerte, basta que se presten servicios a una empresa calificada como tal para que la regla general de vinculación sea la contractual laboral, es decir, la propia de los trabajadores oficiales; es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado, y para determinarla siguió el legislador el criterio de la actividad, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza, podrá darse la vinculación estatutaria.

"Pero no es suficiente que se trate de actividades de dirección o confianza, sino que además el estatuto de la respectiva empresa debe indicar cuáles de tales actividades del conjunto de todas las direcciones o confianza, deben ser desempeñadas por empleados públicos.

"Recordemos en esta oportunidad que el Consejo de Estado anuló el art. 3° del decreto 1848 de 1969, en la parte que estableció para todo el personal directivo y de confianza de las empresas industriales y comerciales del Estado la condición de empleados públicos, olvidando que no era suficiente la índole de la tarea, sino que el estatuto las señalara expresamente como susceptibles de ser desempeñadas por empleados públicos.

"El art. 4° del decreto 1848 de 1969 ensayó una definición de personal directivo y de confianza, diciendo que por este se entiende 'el que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyendo a aquel en sus facultades directivas de mando y organización'. No obstante el Consejo de Estado anuló dicho artículo, por considerar que con el se excedía la potestad reglamentaria.

"La Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del doctor JAIME PAREDES TAMAYO, en concepto de 30 de mayo de 1983, señaló un método lógico para indagar si se estaba en presencia o no de personal directivo o de confianza; algunos párrafos del concepto expresan: "Como lo ha señalado la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es posible dar un criterio de la noción de dirección y confianza sino con base en las funciones que tenga señaladas el trabajador, y así ocurre con las personas que tengan la calidad de empleados públicos, cuya función y clasificación determina su vinculación a las empresas del Estado.

"Son, por tanto, fuente de interpretación los estatutos de cada empresa, en cuanto precisen las actividades de dirección y confianza que, por excepción, deben desempeñarse por personas que tengan la condición de empleados públicos. Quiere decir lo anterior que no todos los cargos de dirección y confianza en las empresas industriales y comerciales del Estado tienen que ser desempeñados por empleados públicos. Corresponde a los estatutos señalar esta situación, mediante la correspondiente clasificación, y así lo ha expresado la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-, en sentencia de 27 de julio de 1979. [Exp. 4003. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago]" (YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Función Pública. Ed. Temis. Bogotá, 1993; pag. 361 y ss.)

Por lo anterior y de conformidad con las competencias que aparecen en la Carta, corresponde a la ley la regulación de los servicios públicos, fijar las distintas categorías de los empleos y establecer con detalle las funciones de los empleos públicos que deben aparecer en cada caso en la respectiva planta; en este sentido también es claro que según la Constitución de 1991, los trabajadores oficiales no pueden ser incorporados, en dicha condición a carrera alguna, y que bien pueden existir empleados públicos que estén sometidos a un régimen de libre nombramiento y remoción en los términos establecidos por la ley, obviamente sólo en los casos en los que exista suficiente fundamento constitucional, como en los cargos de dirección y de gran responsabilidad y en los que exista algún fundamento razonable que habilite al legislador para señalar que aquel destino público, previsto para que sea cumplido por un empleado público, se encuentra por fuera del régimen de la carrera administrativa.

Para la Corte, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como entidades descentralizadas están dotados de un conjunto de cualidades, entre las cuales se destaca la autonomía administrativa, con la cual cuenta la entidad para organizarse y gobernarse a sí misma; la personalidad jurídica y el patrimonio independiente son dos elementos concebidos en apoyo de la autonomía administrativa de estos entes descentralizados, pues son garantía de independencia en el desarrollo de sus actividades; además, la autonomía a través de la descentralización conduce a una mayor libertad de las diversas instancias en la toma de decisiones, y como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la cual se mide por la incidencia que una entidad descentralizada tiene en el desarrollo y

en la aplicación de normas jurídicas.

De igual modo, la autonomía de las entidades descentralizadas se concreta, en primer lugar, en la atribución que tienen de contar con sus propios órganos de dirección, según la expresa voluntad del artículo 16 del Decreto 3130 de 1968 y en segundo lugar, en la facultad de darse sus propios estatutos, con la posibilidad de reglamentar el funcionamiento y actividad del organismo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 24 del decreto mencionado.

Por ello, la entidad descentralizada se encuentra autorizada para fijar su organización y orientar así el cumplimiento óptimo de las funciones y objetivos encomendados y, dentro de ellas, cabe la función de fijar las funciones de los empleos en el acto administrativo correspondiente, que debe ser aprobado por el Gobierno en el caso de los establecimientos públicos; empero, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se cita más adelante, la autonomía de las entidades de la administración no llega hasta el punto de permitir que ellas definan en sus estatutos las actividades que pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales en el caso de los establecimientos públicos, así:

"Igualmente, es inexecutable la última parte del literal b) de la norma acusada, por cuanto los estatutos orgánicos de las entidades referidas - los establecimientos públicos -, no pueden ejercer una facultad exclusivamente legal, por mandato de la Constitución, y el legislador no está autorizado por la Carta para delegar tal atribución. Conviene, pues, distinguir entre el estatuto básico de las entidades y los estatutos internos, que son los aludidos por la norma sub examine. En efecto, el estatuto básico lo expide el Congreso mediante ley. Se entiende por tal, acogiendo la definición dada por la Corte Suprema de Justicia, el conjunto de reglas que determina su denominación, su sede, las actividades que ha de desarrollar, el patrimonio inicial y demás haberes presentes y futuros, los órganos por medio de los cuales tiene que actuar, la manera de constituirlos y sus atribuciones respecto de terceros, los representantes legales, manera de designarlos, los poderes que pueden ejercer, las formalidades y requisitos a que esté sometida la validez de sus actos.

"Los estatutos básicos son, en definitiva, el complemento necesario del acto de creación propio del Congreso, mediante el cual surge la entidad pública.

"Los tratadistas señalan como necesidad básica, la distinción entre dichos estatutos básicos, y los llamados estatutos internos, los cuales no pueden ser considerados, en el sentido estricto de la palabra como estatutos, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 15 de septiembre de 1973. 'Mejor sería - señala esta Corporación - llamar a esos documentos reglamentos internos o, como concesión al uso referido, estatutos internos o de organización interna, los cuales pueden adoptarse por la junta directiva u otros órganos o funcionarios, con arreglo a la ley o a los estatutos básicos cuando estos no los consigne'.

"Se puede observar entonces que el artículo 125 superior exceptúa de la carrera a los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Como los estatutos internos u orgánicos son adoptados por las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, según el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, por tanto, la norma en comento atribuye una potestad que es exclusiva del Congreso, a las juntas y consejos directivos de los establecimientos públicos, por lo cual la Corte ha de declarar inexecutable tal disposición." (Sentencia C-195 de abril 21 de 1994. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Además, en este mismo sentido se observa que la Corte Constitucional dejó en claro lo siguiente:

"3o. De conformidad con el artículo 125 de la Carta Política, solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a estos, en sus respectivos estatutos.

"En el caso sub examine, el aparte de la norma acusada establece que 'los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo', es decir, que se faculta a las juntas directivas de los mismos para que determinen qué servidores se vinculan a los respectivos establecimientos públicos del sistema de salud en calidad de trabajadores oficiales.

"Esta disposición resulta contraria a juicio de la Corte, a los preceptos constitucionales citados, ya que constituye una potestad propia del Legislador, no susceptible de ser trasladada a los establecimientos públicos, como lo señala el demandante, ya que por mandato constitucional corresponde exclusivamente al Congreso a través de la ley determinar la estructura de la administración en lo nacional, a las Asambleas en lo departamental, y a los Concejos en los municipal y distrital.

"De permitirse esta delegación, los establecimientos públicos podrían realizar la clasificación de sus servidores en empleados públicos y trabajadores oficiales, contrariando las disposiciones constitucionales.

"De conformidad con lo expuesto, se tiene que el artículo 674 del Decreto 1298 del 22 de junio de 1994, inciso 2o. de su párrafo, al establecer

que 'los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo', delegando una potestad atribuida por la Constitución al legislador, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, quebrantó los preceptos examinados, razón por la cual habrá de declararse su inexequibilidad, al igual que el artículo 26 inciso 2o. del párrafo de la Ley 10 de 1990, por unidad normativa (artículo 158 CP.), por tratarse del mismo texto acusado." (Sentencia C-432/95. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Así las cosas, resulta que los establecimientos públicos no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, puesto que usurparían la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, que desde luego, para entidades en las que se cumplen funciones administrativas corresponde a la categoría de los empleados públicos por principio, con las excepciones que establezca la ley.

De manera que la atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley; por todo ello, las expresiones acusadas del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son inconstitucionales y así lo señalará esta Corporación

Por el contrario, para la Corte, la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello, modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por ley.

En este sentido los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción de las normas constitucionales.

Conforme a la preceptiva jurídica que gobierna la materia y a los derroteros jurisprudenciales pretranscritos, trazados tanto por la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se puede establecer que es la Junta Directiva de las empresas industriales y comerciales del Estado, mediante sus Estatutos internos, aprobados por el Gobierno Nacional, quien tiene la competencia, facultad y disposición, para determinar las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Ahora bien, el interrogante forzoso que surge es cuál el sentido y alcance de tal potestad. La capacidad para precisar las actividades de dirección y confianza que deban ser desempeñadas por empleados públicos, conlleva, per se, la de hacer la respectiva clasificación de los servidores del Instituto?

La Sala considera que sí. No se desconoce que la clasificación general de los servidores públicos es de competencia del legislador. Sin embargo, ese mandato abstracto se concreta y desarrolla en el caso de las entidades descentralizadas en comento, por la administración, quien está facultada para autodeterminar su estructura y organización internas. Dentro de esas atribuciones puede validamente clasificar empleos, fijar plantas de personal, estructuras salariales y funciones para los respectivos cargos.

Sobre el particular, ha señalado esta Corporación que la ley no puede ocuparse de las reglamentaciones específicas de todos los entes descentralizados que existen en el país y, por tal razón, inviste a las Juntas o Consejos Directivos de precisas funciones.

No tendría sentido alguno que las Juntas Directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado pudieran deslindar y fijar las actividades de dirección y confianza a ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, sin que pudiera detallar y especificar la clasificación de sus servidores en el Estatuto de personal, que es su inmediato soporte administrativo, de conformidad con lo parámetros establecidos por el legislador.

Como lo preciso la Corte Constitucional, en uno de los fallos traídos a colación ¿ es extraño a toda lógica de eficiencia, eficacia, racionalidad, celeridad y oportunidad, provocar toda la actuación del legislador para crear un cargo en una empresa industrial o comercial o para definir qué tipo de actividad se debe desarrollar por cada servidor público o para precisar si una u otra actividad debe desempeñarse por personal vinculado por nombramiento a una situación legal y reglamentaria y en carrera administrativa o por contrato de trabajo y en últimas para definir y clasificar todos y cada uno de los cargos dentro de los cuadros de la función pública.

### III. □ DEL ACTO ACUSADO

El acto complejo acusado es del siguiente tenor:

DECRETO No. 416 DE 1997

(febrero 20)

Por el cual se aprueba el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las conferidas en el numeral 2° del artículo 11 del Decreto 2148 de 1992,

DECRETA:

ARTICULO 1°. Aprobar el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, cuyo texto es el siguiente:

ACUERDO NUMERO 145 DE 1997

(Febrero 4)

por el cual se clasifican los servidores del Instituto de Seguros Sociales.

El Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 13 del artículo 9° del Decreto 2148 de 1992,

ACUERDA:

Artículo 1°. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

- 1.- Presidente del Instituto.
- 2.- Secretario General y Seccional.
- 3.- Vicepresidente.
- 4.- Gerente.
- 5.- Director.
- 6.- Asesor.
- 7.- Jefe de Departamento.
- 8.- Jefe de Unidad.
- 9.- Subgerente.
- 10.- Coordinador Clase I, II, III, IV y V.
- 11.- Jefe de Sección.
- 12.- Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y contratación de Servicios de Salud.
- 13.- Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y director.

B.- Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos.

Artículo 2°. Los empleados públicos del nivel directivo del ISS, a excepción del Presidente, serán nombrados de conformidad con las directrices fijadas por el Consejo Directivo.

Artículo 3°. El presente Acuerdo rige a partir de su aprobación por el Gobierno Nacional, modifica el Acuerdo 03 de 1993 aprobado por el Decreto 461 de 1994 y deroga el Acuerdo 82 de 1995, aprobado por el Decreto 656 de 1995, deroga el Acuerdo 142 de 1997 y demás disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Santa fe de Bogotá D.C., a los cuatro (4) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

Comuníquese y cúmplase.

El Presidente,

(Fdo.) Orlando Obregón Sabogal.

El Secretario,

(Fdo.) Luis Fernando Sáchica Méndez

ARTICULO 2°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Dado en Santa Fe de Bogotá D.C., a 20 de febrero de 1997.

ERNESTO SAMPER PIZANO (¿)

#### IV. ¿DE LA LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO

Lo primero que se advierte es que aún cuando en el acto complejo atacado no se hace referencia expresa en el sentido de que se están modificando los Estatutos del Instituto de Seguros Sociales, al invocarse como fundamento del mismo el numeral 2° del artículo 11 del Decreto 2148 de 1992, que dispone que es función del Presidente del Instituto la de ¿2. Someter a consideración del Gobierno Nacional la aprobación de los estatutos del Instituto, así como la estructura interna del mismo¿ y el numeral 13 del artículo 9° ibídem, que enseña que es función del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales la de 13. Adoptar los estatutos del Instituto, así como al disponerse que dicho Acuerdo modifica el Acuerdo 03 de 1993, aprobado por el Decreto 461 de 1994 y deroga el Acuerdos 82 de 1995, aprobado por el Decreto 656 de 1995 y el Acuerdo 142 de 1997, se entiende, que por medio del mismo se están modificando los estatutos o los reglamentos internos del referido ente descentralizado por servicios.

Es por ello, que la Sala no acoge el criterio del distinguido Agente del Ministerio Público, en torno a que ¿por el solo hecho de no haberse intitulado el acto demandado como estatuto, se puede considerar como ilegal¿ (folio 106).

Ha quedado sentado que de conformidad con los criterios orgánico y funcional de clasificación de servidores públicos, quienes prestan sus servicios a una empresa industrial y comercial del Estado, como lo es el Instituto de Seguros Sociales, tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales, condición que implica que ingresen a la administración mediante la suscripción del respectivo contrato de trabajo; que sus controversias laborales sean dirimidas ante la justicia ordinaria; y, sobre todo, que puedan participar de la negociación colectiva, presentando pliego de peticiones, celebrando convenciones colectivas de trabajo, y sometiendo los puntos que no hayan podido resolver en las etapas de arreglo directo o de conciliación al Tribunal de Arbitramento.

Como se dijo en la sentencia C - 579 de 1996 ¿la doctrina nacional y la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia, siguiendo las conocidas pautas del derecho administrativo, ha dicho que los actos de gestión y de atención de servicios públicos por entidades descentralizadas por servicios, que asumen la forma de empresas industriales y comerciales deben ser atendidos por personal vinculado por otra modalidad que se corresponda con la figura empresarial y económica de la gestión, y por ello es preciso vincular a los servidores públicos por contrato de trabajo y establecer un régimen jurídico específico de garantías prestacionales mínimas, que puede ser objeto de negociación y arreglo entre la entidad y el personal.

A contrario sensu, la excepción es la de quienes desempeñan actividades de dirección o confianza precisadas en los Estatutos internos de la entidad, pues ostentarán la condición de empleados públicos. Ello implica que estén vinculados a la administración por un acto condición, por una relación legal y reglamentaria y que no gocen de todos los derechos colectivos que benefician a los trabajadores oficiales.

En este orden de ideas, se concluye que evidentemente el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, en los respectivos Estatutos, aprobados por el Gobierno Nacional, tenía la facultad para determinar los cargos que deberán ser desempeñados por personas que ostenten la condición de empleados públicos, pero, eso si, dentro de los parámetros legales.

Conviene, entonces, ahora determinar si efectivamente la administración se sujetó a esos límites:

Veamos:

En el acto acusado se dispuso que son empleados públicos las personas que ocupan los siguientes cargos:

- 1.- Presidente del Instituto.
- 2.- Secretario General y Seccional.
- 3.- Vicepresidente.
- 4.- Gerente.
- 5.- Director.
- 6.- Asesor.
- 7.- Jefe de Departamento.
- 8.- Jefe de Unidad.
- 9.- Subgerente.
- 10.- Coordinador Clase I, II, III, IV y V.
- 11.- Jefe de Sección.
- 12.- Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y contratación de Servicios de Salud.
- 13.- Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y director.

En la obra Derecho Administrativo Laboral del Tratadista y ex- Consejero de Estado doctor Diego Younes Moreno, Editorial Temis, séptima edición, página 359, se anota lo siguiente:

¿son características de los cargos de dirección, señaladas por la Corte Suprema de Justicia, las siguientes:

Los cargos de dirección se caracterizan porque quienes los desempeñan: a) actúan en función no simplemente ejecutiva, sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica, que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajador ordinario, que no lleva sino su propia presentación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planes señalados de antemano por el impulso directivo; b) ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y, por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador (¿); c) obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el art. 32 del C. S. del T.; d) están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la voluntad superior del empleador; e) cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) finalmente y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría y como ejemplos puramente enumerativos, están incluidos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco, etc.

Gozan de confianza los trabajadores que puedan actuar con cierta libertad en el servicio a nombre del patrono; y la confianza que puede estar separada de cualquiera otra atribución y ser ajena de la facultad de manejo, que la tienen quienes se encargan de los fondos del dinero.

Conforme a las anteriores directrices, no cabe duda que el Presidente del Instituto, el Secretario General y Seccional, el Vicepresidente, pertenecen al nivel directivo, pues, ejercen funciones de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución. Los cometidos de estos empleos, en su desarrollo esencial, implican decisiones políticas, orientaciones generales a nivel de toda la organización y con respecto a los cuales se requiere una confianza plena en quienes los ejercen.

Con respecto a los Asesores, cuyas tareas deben consistir en asistir y aconsejar directamente a los Directivos, se advierte que necesariamente deben gozar de la confianza de quien tiene a su cargo la responsabilidad.

Cabe precisar aquí que así como frente a los organismos principales y adscritos de la administración, de acuerdo con la clasificación del Decreto 1042 de 1978, que establece los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, la Corte Constitucional ha considerado que los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si un empleo es de libre nombramiento y remoción son los niveles directivos y, excepcionalmente, los otros, siempre y cuando impliquen un grado considerable de confianza (sentencia C - 195 de 1994), en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado debe aplicarse esa misma proyección, pero, para determinar si en realidad de verdad se está frente a actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, teniendo en cuenta que la fijación de tales actividades, corresponde a una función constitucional de orden administrativo, que debe ser ejercida sin modificar la naturaleza del empleo.

Los cargos de Gerente, Director, Jefe de Departamento, Jefe de Unidad, Subgerente, Coordinador y Jefe de Sección, que deben desempeñar sus funciones dentro de unidades operativas, pertenecen, tomando como parámetro el Decreto 1042 de 1978 (y el artículo 24 del Decreto 3130 de 1968, vigente para la fecha en que se expidió el acto acusado), al nivel ejecutivo, como quiera que sus funciones consisten, por regla general, en la dirección, coordinación y control de las unidades o dependencias internas del respectivo organismo, que se encarga de ejecutar y desarrollar sus políticas, planes y programas.

Para la Sala es claro que el Gerente, Subgerente y Director ejercen funciones de dirección política y con respecto a las cuales se requieren unas cualidades especiales, toda vez que trazan derroteros institucionales que comprometen a todo el organismo y que, por tanto, torna perceptible el elemento esencial de la confianza plena por parte del nominador, en atención a la naturaleza de sus atribuciones.

El Jefe de Departamento y el Jefe de Unidad, están en un eminente grado de rango e importancia dentro de la entidad y por ello, al igual que los cargos anteriores, es recomendable que sean ocupados por personas que ostenten la categoría de empleados públicos.

No así los Coordinadores y el Jefe de Sección. No existe argumento valedero para incluir como actividades de dirección y de confianza las realizadas por estos servidores, toda vez que el desempeño de estos cargos no comporta la adopción de actuaciones primordiales dentro de la función pública, con carácter definitivo o el señalamiento de directrices generales, ni se ubican en la más alta jerarquía dentro de la estructura organizativa de la Institución, tampoco exigen la especial confianza que entraña el carácter intuitu personae, pues sus labores aparecen delimitadas, por lo que no es dable excluirlos del criterio de clasificación general que debe gobernar a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Con relación a funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud pertenecen a los cuadros del nivel profesional, cuyas funciones demandan la aplicación de los conocimientos propios de carreras profesionales reconocidas por la ley. Por tanto, sus funciones las ejercen dentro del específico ámbito de la dependencia que se les haya confiado y no ameritan que se les de el carácter de empleados públicos, por no corresponder su actividad a la definición de políticas institucionales.

Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los Despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director, forman parte de los niveles profesional y administrativo, respectivamente, desempeñan funciones que de un lado implican el ejercicio de actividades que requieren del manejo de determinadas profesiones y, de otro desarrollan labores complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, amén de la supervisión de un pequeño grupo de trabajo, pues, obsérvese que están adscritos a los cargos de mayor categoría dentro de la Institución, dependen indubitablemente de ellos, necesitan ejecutar sus labores en perfecta armonía, y ceñirse de manera inmediata a las órdenes de los superiores quienes deben tener plena seguridad en los mismos, por lo que se infiere que deben corresponder al grupo de empleados públicos.

## V CONCLUSION

Con base en lo expuesto, se concluye que las referencias que en el acto acusado se hacen de los empleos de Coordinador, clase I, II, III, IV y V; Jefe de Sección; Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud deben ser anuladas, por cuanto las actividades que desempeñan tales cargos no se consideran como de dirección o confianza. □

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase la nulidad de los apartes 10. Coordinador Clase I, II, III, IV y V.// 11. Jefe de Sección. // 12. Funcionarios profesionales de Auditoría interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud., contenidos en el literal A. del artículo 1° del Acuerdo No. 145 del 4 de febrero de 1997, proferido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Presidente de la República, mediante el Decreto 416 del 20 de febrero de 1997.

COPIESE , NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE y CUMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 28 de octubre de 1999.

SILVIO ESCUDERO CASTRO

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

ALBERTO ARANGO MANTILLA

CARLOS A. ORJUELA GONGORA Salva voto

Eneida Wadnipar Ramos Secretaria.-

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DICTADA EL 28 DE OCTUBRE DE 1.999 EN EL PROCESO Nº 15.954.- AUTORIDADES NACIONALES.- ACTOR: JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ.-

Santafé de Bogotá, D. C., diciembre seis (6) de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

Las razones por las cuales me separé de lo resuelto por la mayoría en este asunto, son básicamente las siguientes:

El artículo 5º, inciso 2º, del decreto ley 3135 de 1968 estipula que quienes laboran al servicio de las empresas industriales y comerciales del Estado, como el Instituto de Seguros Sociales en este caso, son trabajadores oficiales; y que en sus estatutos se precisarán las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tendrán la calidad de empleados públicos. De suyo, entonces, es en los estatutos de la respectiva empresa donde se deben hacer dichas precisiones, y por otra parte, lo que se debe señalar son las actividades de dirección o confianza y no los cargos.

Como el acto demandado incurre en esas conductas contrarias a la ley que le imputa la demanda, considero que los cuestionamientos del actor son válidos y por ende, que debió decretarse la nulidad del mismo en su integridad, y no de manera parcial, como lo hace la sentencia, que por ello, a mi juicio se queda a la mitad del camino.

Con todo comedimiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

---

*Fecha y hora de creación: 2025-09-17 06:36:40*