



Sentencia 04049 de 2010 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CLASIFICACION DE LOS EMPLEADOS DEL SEGURO SOCIAL - Regulación legal / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Facultad discrecional

En tratándose de actos de retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia, reitera la Sala, que la facultad discrecional de remover libremente al personal no puede sustentarse en razones diferentes a las del buen servicio (art. 36 C.C.A), la cual debe ejercerse en consonancia con el interés general (art. 2º C.P.). No puede inspirarse entonces, dicha potestad, en motivos de orden personal o para favorecer intereses de terceros. No consta en el expediente medio de prueba que permita inferir que con ocasión de la acción de cumplimiento que presentó la actora contra el Presidente del Instituto de Seguros Sociales[1], con el fin de que se implementara una reglamentación sobre el trámite de las peticiones en el Departamento de Atención al Pensionado para Bogotá y Cundinamarca, se hubiera generado consecuencias adversas para el normal desempeño de sus funciones, para eventualmente considerar una relación de causalidad entre las quejas formuladas por la actora y la decisión de retiro del servicio, sin que el nominador hubiera considerado otros aspectos que cobran relevancia para el ejercicio de la función pública.

FUENTE FORMAL: LEY 1651 DE 1977 - ARTICULO 2 / LEY 1651 DE 1977 - ARTICULO 3 / DECRETO 2148 DE 1992 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 275 / LEY 10 DE 1990 - ARTICULO 33 / DECRETO 416 DE 1997

BUEN DESEMPEÑO - No otorga fuero de estabilidad

Frente al argumento de la parte recurrente, debe decir la Sala en cuanto a las calidades de la actora, que ha sido criterio de esta Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo[2]. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la eficiente prestación del servicio y que no está obligado a explicitar en el acto por medio del cual, haciendo uso de una facultad legal, declara la insubsistencia.

ACTO DE INSUBSISTENCIA - No requiere motivación

Aún cuando el acto de retiro del servicio de los empleados que ostentan la condición de libre nombramiento y remoción, no está sujeto a ninguna formalidad, y por tanto, tal y como lo prevé el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968[3], no requiere de motivación, la decisión de insubsistencia debe estar precedida de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 20

INSUBSISTENCIA - Motivación. No anotación en la hoja de vida

Las causas o circunstancias del retiro hacen parte de la hoja de vida del funcionario para efectos de tomar en cuenta su experiencia e idoneidad en las futuras vinculaciones, por tanto, la Sala considera que como la exigencia referida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, en el sentido de dejar constancia en la hoja de vida del empleado sobre las causas y circunstancias que dieron origen al retiro, no hace parte de la etapa de formación del acto, desde luego que su inobservancia no torna en ilegal la decisión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07)

Actor: MYRIAM PASTRANA DE PASTRAN

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por MYRIAM PASTRANA DE PASTRAN contra el Instituto de Seguros Sociales, ISS.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., la señora Myriam Pastrana de Pastran, por conducto de apoderado, solicitó la nulidad de la Resolución No. 0152 de 2 de febrero de 2004, por medio de la cual el Presidente del Instituto de Seguros Sociales declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe Departamento II, 8 horas, Departamento Seccional de Atención al Pensionado, Cundinamarca.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, el reintegro al mismo cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría. Así mismo, que se condene a la entidad demandada al pago de todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, auxilio de cesantías, y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en la que se produjo el retiro del servicio hasta cuando se disponga el reintegro definitivo al cargo, con los incrementos salariales y actualizados de conformidad con el C.C.A.

Igualmente solicita, que se le reconozcan los perjuicios morales, objetivos y subjetivos en cuantía de un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Advierte de manera expresa, que a la demandante no se le podrá descontar suma alguna que haya podido percibir por concepto de salarios

provenientes de cualquier entidad del Estado, conforme lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación.

Así mismo, solicitó que para todos los efectos legales se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, y que las sumas resultantes de las distintas condenas sean ajustadas conforme a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

Mediante Resolución No. 1488 de 5 de abril de 1995, la señora Myriam Pastrana de Pastran fue nombrada en el cargo de Jefe de Departamento, I, 8 horas, registro 22910, adscrito al Departamento Regional de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., GRP-Regional Centro Santafé de Bogotá, cargo del cual tomó posesión según consta en Acta No. 134 del 2 de mayo de 1995.

A partir del 10 de mayo de 1995, fue incorporada al cargo de Jefe de Departamento Clase II, del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., de acuerdo con lo previsto en la Resolución No. 1778 de 27 de abril de 1995.

Sostuvo la parte actora que, dada la cantidad de trabajo y responsabilidades a su cargo, debía laborar por más de 12 horas diarias, incluso los sábados, sacrificando su descanso y el de su familia. No obstante ello, manifestó que era imposible cumplir con todas sus obligaciones y en consecuencia obtener los resultados esperados.

Se indica que, además de las funciones señaladas en el Decreto 1402 de 1994, a la demandante le correspondía ejecutar todas aquellas que le eran asignadas por delegación. Y, expresamente señala que el 14 de junio de 2001, mediante Resolución No. 2583 expedida por la Presidencia del ISS “se le reasignaron funciones de cinco (5) seccionales más, como fueron Amazonas, Caquetá, Casanare, Meta y Putumayo. Además se le reasignó el estudio de las prestaciones de las Empresas Electrocosta y Electrocaribe.”.

Argumentó que, atendiendo al gran cúmulo de trabajo asignado al Departamento Regional de Atención al Pensionado, la Gerencia del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., celebró un convenio con la Universidad Nacional con el fin de que se evacuaran 20.000 solicitudes de prestaciones por invalidez, vejez y muerte. Sin embargo, en el mes de julio de 1998 se dio por terminado dicho convenio sin que mediara explicación alguna.

Se indica que, ante la imposibilidad de cumplir con las tareas asignadas y las metas propuestas, la demandante fue debió soportar un número significativo de investigaciones administrativas y judiciales, originadas en la falta de atención oportuna de los asuntos que demandaban una respuesta inmediata.

La situación que describe, se dice, fue de público conocimiento por parte de los inmediatos superiores de la actora, quienes, según se afirma en la demanda “se abstuvieron de tomar las medidas necesarias para reorganizar el Departamento de Atención al Pensionado, frente a las exigencias del nuevo esquema de seguridad social...”.

Manifestó que, ante la situación originada en el “exceso de trabajo”, formuló acción de cumplimiento contra el Presidente y directivos del área de pensiones del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., solicitando el establecimiento de un reglamento que definiera el trámite de las peticiones en materia pensional. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó sus pretensiones mediante sentencia del 9 de septiembre de 2002.

Mediante Resoluciones Nos. 0482 de 28 de febrero de 2003 y 2918 de 10 de diciembre del mismo año, el Presidente del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., reglamentó el trámite interno del derecho de petición.

Las medidas adoptadas por la administración, a juicio de la parte actora, reafirman el argumento de la demanda, en punto a la excesiva carga laboral de la demandante.

El 2 de febrero de 2004 el Presidente del Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 0152 declaró insubsistente el nombramiento de la señora Myriam Pastrana de Pastran como Jefe Departamento II, 8 horas, Departamento Seccional de Atención al Pensionado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 6, 25, 29, 53, 58, 125, 209 y 229.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2, 3, 35, 36 y 84.

De la Ley 58 de 1992, el artículo 2.

Del Decreto 2400 de 1968, los artículos 1º y 5º.

El Decreto 2148 de 1992.

El Decreto 416 de 1997.

El Decreto 604 de 1997.

Al explicar el concepto de violación se expresan entre otras razones, las que a continuación resume la Sala:

Se refiere en primer lugar a que, los actos administrativos discrecionales no son absolutos ya que de serlo, irían en contra de la razonabilidad propia de las decisiones en el Estado Social de Derecho. De tal manera que, el ejercicio de la facultad discrecional debe estar inspirada en el bien general, el mejoramiento del servicio, y sometida estrictamente a las reglas de defensa del interés general.

Sostuvo que, cuando la administración pretende la desvinculación de un funcionario cuyo estatus es el de empleado de libre nombramiento y remoción, debe motivar el acto administrativo por cualquiera de las causales establecidas en la ley, entre ellas, por calificación insatisfactoria de servicios o por violación del régimen disciplinario, lo que no ocurrió en el caso concreto.

Manifestó, que el conocimiento de los motivos determinantes en la expedición de un acto administrativo que declare insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción, no sólo interesan al funcionario afectado con la medida de desvinculación, sino también a la opinión pública que tiene derecho a saber cuál es la conducta de los servidores públicos.

Estimó la parte actora, que el acto de insubsistencia fue expedido con desviación de poder, toda vez que en virtud de esa medida no se buscó el mejoramiento del servicio, sino satisfacer los intereses personales del Presidente del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., designando para tal efecto, en su remplazo, a una funcionaria que no cumplía con los requisitos exigidos para desempeñar ese cargo.

Finalmente señaló, que no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, según el cual, a juicio de la parte actora, para los empleos de libre nombramiento y remoción, el nominador debe dejar constancia en la hoja de vida del empleado, del hecho y las causas que motivaron el retiro del servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales I.S.S., contestó la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 73 a 77):

Sostuvo en primer lugar, que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que, el Presidente del I.S.S. al expedir la Resolución 0152 de 2 de febrero de 2004, simplemente hizo uso de la facultad discrecional de declarar insubsistente el nombramiento de la accionante, en su condición de empleada de libre remoción.

La entidad hace especial énfasis en la naturaleza del cargo que ocupaba la parte actora, al señalar que es un cargo “*eminente de carácter ejecutivo*”.

De otra parte se indica que, resulta normal que en la administración pública los cargos de dirección y confianza no estén sometidos al horario que comprende la jornada laboral ordinaria, razón por la cual, en muchas ocasiones dichos empleados deben sacrificar sus descansos en aras de mejorar la prestación del servicio. En este mismo sentido, se precisó que, en caso de no estar de acuerdo con las exigencias propias de un empleo del nivel directivo, los empleados tienen la libertad de renunciar o exigir que se les remunere el trabajo extra o complementario.

Se indicó que, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante fue el resultado directo del uso de la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar a los empleados de libre nombramiento y remoción, decisión administrativa que debe estar inspirada en el mejoramiento del servicio.

Adicionalmente señaló, que las declaraciones allegadas al expediente no evidencian la existencia de los supuestos vicios que se endilgan contra el acto administrativo demandado, esto es, desviación de poder y falta de motivación, toda vez que los deponentes incurrir en contradicciones e imprecisiones que desacreditan su valor probatorio.

La entidad demandada propuso como medio exceptivo el de “Inepta Demanda”, bajo el supuesto de que la parte actora omitió agotar la etapa correspondiente a la conciliación prejudicial, en los términos previstos en la Ley 640 de 2001.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 7 de septiembre de 2006, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 168 a 186):

El Tribunal resolvió en primer lugar la excepción de “*inepta demanda*” planteada por la parte demandada, bajo el supuesto de que la demandante había omitido agotar la etapa correspondiente a la conciliación prejudicial ante el Procurador Delegado en lo Judicial, al considerar el *A quo* que a la fecha de presentación de la demanda, la conciliación no constituía requisito de procedibilidad de la acción.

Al estudiar el fondo del asunto, precisa la primera instancia, que de acuerdo con lo probado en el expediente, la demandante tenía la condición de empleada pública de libre nombramiento y remoción. Y, en este orden, aplica las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, con fundamento en las cuales se indica que, en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción el nominador tiene la facultad de remover al empleado, respetando los límites que la misma ley ha impuesto para el ejercicio de dicha facultad, de manera tal que con la decisión no se pretendan fines distintos al buen servicio público.

De manera puntual, sobre la causal de desviación de poder alegada en la demanda, señala que, corresponde a quien alega el desbordamiento del poder discrecional, la prueba del ejercicio arbitrario de esa facultad.

Argumentó que, si bien es cierto los medios de prueba testimoniales dan cuenta de la excesiva carga laboral a la que se encontraba sometida la demandante, así como las investigaciones judiciales y administrativas adelantadas en su contra, no lo es menos que las mismas no demuestran la existencia de un motivo oculto y ajeno al mejoramiento del servicio en la decisión de declarar insubsistente su nombramiento.

De otra parte, señala que, el retiro del empleado de libre nombramiento y remoción procede sin necesidad de motivar la providencia, y sin más análisis que la valoración que haga el nominador de las circunstancias que anteceden a la expedición del acto administrativo.

En relación con el cargo por la falta de anotación de los motivos de la declaratoria de insubsistencia en la hoja de vida de la accionante, precisa el Tribunal que la anotación es una formalidad que se puede cumplir de manera concomitante o con posterioridad a la expedición del acto de retiro, y la falta de la misma no invalida la decisión.

Finalmente argumenta el *A quo* que, el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo público, no confieren garantía de inamovilidad en el mismo, pues, tratándose de servidores públicos de libre nombramiento y remoción, éstos pueden ser retirados discrecionalmente por razones propias del servicio.

El Tribunal niega las pretensiones de la demanda, al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo acusado.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 187 a 188):

1.- Sostuvo que, la facultad discrecional frente a funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no es una facultad “*omnímoda*”, pues la decisión debe estar enmarcada dentro de los límites que impone el bien común y el servicio público.

El agente estatal, previo a la decisión de retiro, debe considerar aspectos reales que evidencien el desempeño y el ejercicio de las funciones asignadas al empleado, así como las condiciones particulares del servidor público contenidas en su hoja de vida que acreditan su experiencia e idoneidad para el cargo.

2.- Argumenta el recurrente, que las pruebas testimoniales que obran en el expediente permiten inferir que la demandante cumplía con eficacia y eficiencia sus labores, sin importar la excesiva carga laboral asignada como Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del I.S.S., razón por la cual una medida como la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no encuentra justificación ni razonabilidad en el actuar de la administración.

3.- Indicó que, el poder discrecional es un poder conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de la decisión dentro de unos límites justos y ponderados. En este sentido, reiteró que el ejercicio de la facultad discrecional, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la verificación de los elementos fácticos se debe adoptar la decisión que mejor convenga a la comunidad.

4.- Insiste en que cuando se pretende la desvinculación de un funcionario de libre nombramiento y remoción por razones distintas al buen servicio público, el acto administrativo debe motivarse, aduciendo entre otras causales, la calificación insatisfactoria de servicios, o la violación del régimen disciplinario, según el caso.

5.- Para la parte actora, la sentencia no consideró los argumentos expresados en el escrito de alegatos de conclusión, como tampoco las pruebas allegadas al expediente, de cuyo análisis se ocupó el mismo.

ALEGATOS

La parte actora en escrito visible de folios 222 a 224 del expediente, reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Insiste en que el Tribunal no tuvo en cuenta aspectos tales como, el buen servicio público, la idoneidad profesional, la reasignación de funciones a otros funcionarios, con lo cual se corrobora el exceso de carga laboral que soportó la demandante, así como el excelente desempeño laboral de la actora que redundó en beneficio de la comunidad pensional del I.S.S.

Con la decisión administrativa que dispuso el retiro de la señora Myriam Pastrana de Pastrán, se afectó notoriamente la prestación del servicio público.

Señala que, bajo la línea jurisprudencial, en el presente caso, el ejercicio de la facultad discrecional no fue proporcionado a los fines que impone la norma, en tanto que, el nominador desconoció la trayectoria laboral y profesional de la demandante en la medida en que no consideró su hoja de vida, así como tampoco tuvo en cuenta la idoneidad para el desempeño del cargo, y la excelente gestión realizada durante el tiempo que permaneció en la entidad.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de determinar si se ajusta o no a derecho la Resolución No. 0152 de 2 de febrero de 2004 por medio de la cual el Presidente del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, quien ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, debiéndose establecer para el efecto, si el acto administrativo fue expedido dentro de los límites previstos para el ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Resolución No. 0152 de 2 de febrero de 2004, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Myriam Pastrana de Pastrán en el cargo de Jefe Departamento II- 8 horas, Departamento Seccional de Atención al Pensionado D.S.A.P., de Cundinamarca (fl. 6).

HECHOS PROBADOS

DE LA VINCULACIÓN LABORAL DE LA ACTORA

1.- Mediante Resolución No. 1488 de 5 de abril de 1995 el Presidente del Instituto de Seguros Sociales nombró a la señora Myriam Pastrana de Pastrán como Jefe de Departamento I, 8 horas, registro número 22.910 adscrito al Departamento Regional de Atención al Pensionado -GRP-,

Regional Centro, de Santafé de Bogotá (fl. 4).

2.- Según consta en acta No. 0138 de 10 de mayo de 1995, el Presidente del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., incorporó a la demandante al empleo de Jefe de Departamento II, del Departamento de Atención al Pensionado (fl. 7).

DE LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ACTORA CON OCASIÓN DE LA EXCESIVA CARGA LABORAL QUE SE ALEGA EN LA DEMANDA

1.- En escrito de 10 de junio de 1999 dirigido al Gerente de Pensiones S.C y D.C., la señora Myriam Pastrana de Pastrán, en su condición de Jefe de Departamento de Atención al Pensionado del I.S.S., formuló, en ejercicio del derecho de petición, ante la imposibilidad de cumplir con las metas asignadas debido al cúmulo de trabajo, solicitud en el sentido de que se autorizara la utilización de un instructivo que permitiera agilizar el trámite de las peticiones elevadas por los usuarios de la entidad, lo cual redundaría en la optimización del servicio (fl. 20).

2.- El 24 de julio de 2002, ante el exceso de trabajo existente en el Departamento de Atención al Pensionado, Seccional Cundinamarca, la demandante solicitó al Presidente del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., la reglamentación interna del trámite de las solicitudes presentados por los afiliados al Instituto. Así sustentó su petición: *"Si bien es cierto, el Departamento como unidad administrativa y ejecutiva, en principio, fue concebido para atender el reconocimiento y pago de pensiones, seccional Bogotá y Cundinamarca, hoy los procesos correspondientes, ampliaron su cobertura, a partir del 1 de abril de 1994 vigencia de la ley 1000 de 1993, se acoge al Seguro Social un 90% el Sector Público, además desde el mes de julio de 2001 se adscriben las seccionales de Amazonas, Casanare, Caquetá, Meta y Putumayo y por consiguiente, dichos asuntos de esas zonas del país por delegación expresa de la Vicepresidencia de Pensiones, estas prestaciones deben ser decididas y tramitadas en esta unidad administrativa; igualmente en esta Seccional se decide las Prestaciones de las empresas Electrocosta y Electricaribe, siendo que las anteriores corresponden a la seccional Atlántico...*

3. *Por delegación conferida en la Resolución 1835 del 3 de mayo de 1995 siendo la naturaleza del cargo que desempeño eminentemente de carácter ejecutivo, se me asignan responsabilidades para que en representación del ISS comparezca a los despachos judiciales a absolver interrogatorios de parte, reconocimiento de documentos, acudir a audiencias a juzgados laborales y de otro orden jurisdiccional...*

Las anteriores dificultades hacen, que se produzcan todas (sic) clase de demandas, acciones de tutela y de cumplimiento con los correspondientes desacatos e investigaciones, como puede observarse, por falta de una planeación organizacional y señalamiento de unas políticas y técnicas estratégicas acordes al nuevo sistema de Seguridad Social vigente..." (fls. 29 a 41).

3.- El Presidente del I.S.S., mediante escrito de 20 de septiembre de 2002, dirigido a la actora, señora Myriam Pastrana de Pastrán, Jefe del Departamento de Atención al Pensionado, le expresó entre otras razones: *"..., un análisis retrospectivo de las circunstancias, aún en los períodos en que no nos ha correspondido estar frente a cargos directivos del Instituto, nos indica que efectivamente se han tomado acciones para mitigar los impactos de los cambios por las circunstancias anteriormente descritas; aunque debemos reconocer adecuados a las limitaciones presupuestales, financieras, de austeridad y de orden legal en que se han gravitado y gravitan todas estas acciones...*

En desarrollo de las acciones anteriormente referidas, debemos destacar que las funciones de la Jefatura a su cargo, no han sufrido cambio alguno, en la última numeración de funciones "las demás que se le asignen" ha soportado seguramente decisiones de anteriores o actuales Administraciones, por las circunstancias del servicio a asignar algunas adicionales para redistribuir cargas de trabajo y procurar el cumplimiento del objetivo general de negocio de Pensiones de: "Administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida conforme a la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios", según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1403 de 1994...Dichas acciones se concretan en lo siguiente...No obstante, en atención a su derecho de petición por considerar, además que constituye un elemento de reflexión sobre las actuales circunstancias de prestación del servicio, al recibo del mismo se impartieron instrucciones para la conformación de un grupo con participación de las diferentes áreas involucradas, que analizó en profundidad las circunstancias y propuso acciones tendientes a la mejora de las condiciones de trabajo de esa jefatura...

En busca de racionalizar las cargas de trabajo a nivel de los Jefes de Departamento de Atención al Pensionado del país, se ha conformado una comisión de trabajo entre la Dirección Jurídica Nacional, la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado y la Gerencia de Pensiones de la Seccional Cundinamarca, con el propósito de elaborar y definir las acciones administrativas, tendientes a modificar las competencias actuales del Departamento dentro de la estructura orgánica del Instituto, y permitir la distribución de responsabilidades..." (fls. 24- 28).

4.- Mediante escrito visible de folios 36 a 41 del expediente, la demandante interpuso acción de cumplimiento contra del Presidente del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., solicitando el cumplimiento del artículo 34, numeral 19, de la Ley 734 de 2002, esto es, que se expidiera el manual de procedimientos internos de la entidad demandada, en especial, la reglamentación del trámite interno del derecho de petición.

5.- El 2 de febrero de 2004, el Presidente del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., declaró insubsistente el nombramiento de la señora Myriam Pastrana de Pastrán como Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de Cundinamarca (fl. 6).

DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1.- En la declaración rendida por la señora María Gladys Rubio de Herrera, señaló: “...conozco de vista (se refiere a la señora Myriam de Pastrán) porque ella fue abogada litigante y yo también, entonces se encontraba en los juzgados (sic) la conocí de vista, y de trato y comunicación en el 2000 más o menos en abril o mayo del 2000, yo trabajaba en la Personería de Bogotá y con ocasión de la racionalización del gasto público los directivos de la Personería a través de conversaciones, con me imagino que la Dra. Myriam o el Gerente del Seguro Social, y con el fin de agilizar los trámites de las personas que habían hecho solicitud ante el ISS del reconocimiento de su pensión de jubilación y debido a la demora que se presentaba en ese reconocimiento de la prestación, la división de personal me envió al seguro social con el fin de que colaborara en el trámite de agilización de estas prestaciones. PREGUNTADO: Conoce usted si el cargo que desempeñaba la Dra. Myriam Pastrana era de carrera administrativa. CONTESTA: No tengo ni idea. PREGUNTADO: Sírvase manifestar todo cuanto sepa y le conste acerca de la declaratoria de insubsistencia de la Dra. Myriam Pastrana. CONTESTA: Como lo dije antes yo estuve en el Seguro Social como desde abril o mayo, no me acuerdo bien, del año 2000, hasta julio del 2001, cuando yo me retiré la Dra. Myriam estaba ahí pero ya después yo no supe nada y por eso no puedo precisar cuales fueron los motivos. Lo que si sé, y queda corroborado con el mínimo de desplazamiento que de la entidad donde yo trabajaba al Seguro Social con el fin de ayudara (sic) a agilizar el trámite de las pensiones en ese año yo observé una gran cantidad de trabajo, un gran volumen de trabajo, y me parece que el Seguro Social en esa época, no contaba con los recursos humanos ni técnicos suficientes para despachar la cantidad de solicitudes de prestación, de reconocimiento de las prestaciones de jubilación...PREGUNTADO: Conoce usted quién reemplazó en el cargo a la Dra. Pastrana de Pastrán, en caso afirmativo diga su nombre.CONTESTA: no doctora no sé...” (fls. 114 a 115).

Por su parte, la Señora Amanda Olaya Bernal, sostuvo que si conocía a la señora Myriam Pastrana, por que “...yo trabaje (sic) en el Seguro Social y fui subalterna de ella, ella llegó al Seguro en el año 93 como abogada sustanciadora, en el año 95 no recuerdo el mes, pero más o menos abril, la nombraron Jefe de Departamento de Atención al Pensionado, adscrito a la Gerencia de Pensiones de la Seccional de Cundinamarca del Seguro Social... PREGUNTADO: Sírvase manifestar todo cuanto sepa y le conste acerca de la declaratoria de insubsistencia de la Dra. Myriam Pastrana. CONTESTA: Bueno, cuando la declararon insubsistente yo ya no estaba en el Seguro...PREGUNTADO: Conoce usted si se adelantaron investigaciones judiciales en contra de la Dra. Myriam Pastrana, fundamentadas en su desempeño. CONTESTA: Sí, yo fui a rendir muchas veces declaración en la auditoria disciplinaria del Seguro. Pues las investigaciones normalmente eran por el retraso en la decisión de pensiones y en la decisión de derechos de petición, pero ese retraso se presentaba porque el área de pensiones desde la reestructuración del año 80 no le hicieron planta a pensiones, se trabajaba con funcionarios que hubieran estudiado derecho y de otras dependencias y se les asignaban las funciones para decidir los expedientes de pensiones (...). PREGUNTADO: Conoce usted quien reemplazó en el cargo a la Dra. Pastrana de Pastrán, en caso afirmativo diga su nombre. Contestó: Sí, a mí me contaron el nombre que era una funcionaria del nivel nacional, que yo solo conocí de vista, ... Dra. Lasprilla creo que ese es el apellido. (...).”. La testigo es enfática al señalar que a la demandante le asignaban un sin número de funciones, y que en ningún momento le disminuyeron las tareas atribuidas (fls. 117 a 118).

El señor Pedro Claver Fernández Castelblanco en su declaración sostuvo que conocía a la señora Myriam Pastrana desde el año 1997. Refiere expresamente el testigo: “...PREGUNTADO: Usted se encontraba vinculado a la fecha de retiro de la señora Myriam Pastrana. CONTESTO: No. Porque ya había salido 3 o cuatro meses antes, ella creó que salió en enero o febrero del año 2004...PREGUNTADO: Conoce usted las razones por las cuales fue retirada la señora Myriam Pastrana. CONTESTO: En concreto no porque en el momento del retiro de ella fue mediante acto administrativo el cual no es motivado, pero presumo no puedo asegurar debió ser a causa de su desempeño que tenía en la entidad como Jefe de Departamento de Atención al Pensionado..., pero eso no permite deducir a mi (sic) que sea una u otra la circunstancia por las cuales la haya desvinculado de la entidad. (...).”. El testigo refiere con énfasis las deficiencias en el recurso técnico y humano para el buen desempeño en la entidad, así como la imposibilidad que por estas razones le asistía a la actora para cumplir de manera eficiente y eficaz con las funciones asignadas. Precisa que, sólo a mediados del año 2003 se redujo la carga laboral atribuida a la demandante (fls. 119 a 120).

Por su parte, la señora Rosalba Isabel Jaimes Rivera, sostuvo en su declaración, que conocía la señora Myriam Pastrana: “...desde el año 1994 cuando yo era funcionaria de la Procuraduría Segunda Distrital, en razón a que mis funciones era adelantar investigaciones disciplinarias ante diferentes entidades estatales por ser la Procuraduría un ente de control, tuve oportunidad de adelantar varias investigaciones disciplinarias en el Seguro Social a diferentes funcionarios de esta entidad, entre los cuales está la doctora Myriam Pastrana sobre las quejas presentadas contra el ISS pensiones especialmente por mora en el trámite de las pensiones pero que como consecuencia de estas investigaciones se podía

establecer que esta mora no se debía a negligencia ni falta de voluntad en el trámite, sino más bien a la falta de recurso humano del Seguro, de esas investigaciones que se adelantaron a la doctora Myriam Pastrana, muchas se fallaron exonerándola de la responsabilidad (...). PREGUNTADO: Conoce usted el motivo del retiro de la doctora Myriam Pastrana. CONTESTO: De las investigaciones que tuve conocimiento, como investigadora y luego como defensora supe que la doctora Myriam Pastrana había presentado ante los superiores un derecho de petición para que le colaboraran en personal y en asistencia técnica a fin de dar cumplimiento a todas las solicitudes de prestaciones sociales que llegaban a su despacho, derecho de petición que no fue resuelto en su oportunidad y que dieron lugar a mayores tutelas y desacatos, razón por la cual ella fue detenida y presentó una acción de cumplimiento ante los superiores solicitando la redistribución de las labores a ella encomendada y el resultado fue, creo que tomar la determinación de cambiarla de cargo dejando en remplazo a la doctora Ofelia Lasprilla, posteriormente me di cuenta que la habían declarado insubsistente por esa razón. (...).” (fls. 122 a 123).

La señora Libia Graciela Gómez de Mejía, sostuvo en su declaración que conocía a la señora Myriam Pastrana, refiriendo expresamente: “...PREGUNTADO: Dígame al Despacho todo cuanto sepa y le conste acerca del retiro de la doctora Myriam Pastrana. CONTESTO: Yo trabajaba con ella en el momento en que llegó la resolución de insubsistencia, esto fue traumático, porque de todos modos era una persona muy dedicada al trabajo entonces a todos nos tomó por sorpresa, ella trabajaba los fines de semana, yo llegaba los lunes y había arrumes de trabajo, tenía muchas cosas a su cargo. (...). PREGUNTADO. Conoce usted quien reemplazó a la doctora Myriam Pastrana. CONTESTO: La doctora Ofelia Lasprilla Olmedo. PREGUNTADO. Sabe usted como se esta prestando el servicio ahora y sus resultados. CONTESTO: No tengo la menor idea porque salí pensionada en noviembre del 2004, me desvinculé de la institución... PREGUNTADO: Sírvase informar al despacho si usted por razones de su vinculación con el Seguro Social y en relación a su actividad realizada junto a la doctora Myriam Pastrana tuvo conocimiento de alguna reclamación hecha por la mencionada doctora ante las Directivas del Seguro Social relativa al exceso de trabajo. CONTESTO: Ella en varias ocasiones pasó oficios solicitando que le colocaran por lo menos una persona para que le ayudara a evacuar los procesos y eso nunca se dio, a raíz de un desacato ella estuvo presa, creo que pasó un (sic) acción de cumplimiento, tratando de que le ayudaran a solucionar porque la cantidad de tutelas y desacatos ya rebasaban y ella no daba abasto (sic), pero hasta el momento en que salió nunca se le prestó la ayuda que ella solicitó. (...).” (fls 124 a 125).

DE LA PRUEBA DOCUMENTAL ALLEGADA POR LA ENTIDAD A INSTANCIAS DEL TRIBUNAL

1.- Mediante oficio 010657 de 24 de noviembre de 2005 suscrito por la Gerente Nacional de Atención al Pensionado del I.S.S., se indica que la competencia asignada a la Seccional Cundinamarca, respecto de las funciones que correspondían a las seccionales Amazonas, Casanare, Caquetá, Meta y Putumayo, “se refería únicamente a la decisión prestaciones económicas...”.

La competencia de las Seccionales Caquetá y Putumayo fueron reasignadas posteriormente a la Seccional Cauca del Seguro Social mediante Resolución No. 1373 del 11 de junio de 2003.

A su vez, fueron remitidos con destino al presente proceso copias de los convenios suscritos entre el Seguro Social y la Universidad Nacional para agilizar las solicitudes de prestaciones económicas presentadas por los usuarios del Seguro Social.

2.- La Jefe del Departamento de Recursos Humanos de la Seccional Cundinamarca del I.S.S., mediante oficio 091-412-2006, señaló que para la fecha en la que la demandante prestaba sus servicios a la entidad en el Departamento Seccional de Atención al Pensionado, prestaban sus servicios 24 servidores de planta y 22 contratistas, y que al momento de retiro de la señora Pastrana de Pastrán laboraban 24 personas de planta (fl. 52).

ANÁLISIS DE LA SALA

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL ISS

a) El Instituto de Seguros Sociales como Establecimiento Público

Los artículos 2° y 3° del Decreto Ley No. 1651 de 1977 consagran la clasificación de los Servidores Públicos de la Entidad como Funcionarios de la Seguridad Social, Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales, al preceptuar:

“Artículo 2°. De la clasificación de los empleos. Los cargos del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en asistenciales y administrativos, según la naturaleza de las funciones que desempeñan sus titulares.

Se denominan genéricamente cargos asistenciales aquellos cuyas funciones están directamente relacionadas con la prestación de los servicios propios de atención integral de la salud y cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina y de la odontología, así como los atendidos por personas naturales que cumplen actividades dirigidas a coadyuvar y complementar los servicios de atención integral de la salud.

Los demás cargos son administrativos.”

Artículo 3°. De los Servidores del Instituto de los Seguros Sociales. 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 la Seguridad Social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte. (Inexequible el texto subrayado).⁴⁰

Los Funcionarios de Seguridad Social estarán vinculados a la administración por una relación 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”.

b) El Instituto de Seguros Sociales como Empresa Industrial y Comercial del Estado

El artículo 123 de la Constitución Política de 1991 dispone:

“Servidores públicos. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Posteriormente el artículo 1° del Decreto No. 2148 de 30 de diciembre de 1992, en el que se fundamentó el acto de nombramiento de la actora (fl. 4), y por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, dispone:

“Naturaleza. 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.”.

En el artículo 11 ibídem que hace referencia a las funciones del Presidente del ISS, se encuentra la de: “(...) 9. Nombrar el personal del Instituto, efectuar los traslados, promociones y remociones y aplicar el régimen disciplinario con arreglo a las normas vigentes; (...)”.

La Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral y en artículo 235, en lo pertinente dispuso:

“Del Instituto de los Seguros Sociales: (...)”

Parágrafo: Los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la Seguridad Social. (Inexequible el texto subrayado^[5])

A su vez el artículo 275 ibídem, preceptúa:

“Del Instituto de Seguros Sociales. 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 5° del

artículo 32 de la Ley 80 de 1993. (...)”

Por su parte el Decreto No. 461 de 1° de marzo de 1994, aprobatorio del Acuerdo No. 003 de 3 de mayo de 1993 del Consejo Directivo del ISS, definió en su artículo 33^m quiénes eran empleados públicos en la Entidad, con la salvedad de que fuera de los funcionarios clasificados como empleados públicos, los demás servidores del Instituto conservarían su carácter de Funcionarios de la Seguridad Social o de Trabajadores Oficiales, de conformidad con lo establecido en el Art. 3º del Decreto Ley No. 1651 de 1977 y el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10ª de 1990. El artículo 33 dispone:

“Clasificación de los servidores del Instituto. Son empleados públicos:

- A. El Presidente del Instituto
- B. El Secretario General
- C. Los Subdirectores Nacionales
- D. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local
- E. Los Asistentes de la Dirección General
- F. Los Gerentes Seccionales
- G. Los Subgerentes Seccionales
- H. Los Secretarios Generales Seccionales
- I. Los Directores de Unidad Programática Institucional
- J. Los Directores de Unidad Programática Local
- K. Los Directores de Unidad Programática Zonal
- L. Los Directores de Unidad Programática de naturaleza especial
 - M. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal.
- N. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal
- O. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal
- P. Los Directores de Clínica u Hospital
- Q. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales
- R. Los Aprendices
- S. Los Capellanes, y
- T. Los Practicantes.

Salvo lo dispuesto en los numerales anteriores, los servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la Seguridad Social o de Trabajadores Oficiales, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto - Ley No. 1651 de 1977 y el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990”.^[7]

El Decreto No. 1403 de 1° de julio de 1994, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 62 de 29 de junio del mismo año, proferido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales que adopta la estructura interna y establece las funciones de sus dependencias, con relación al poder nominador en la Entidad, en su artículo 13, prescribe:

“La Presidencia del Instituto de Seguros Sociales tiene las funciones señaladas en la ley, el decreto 2148 de 1992, y en los estatutos del Instituto, concretamente las siguientes: (...)

- h. Vincular el personal del Instituto, efectuar los traslados, promociones y remociones y aplicar el Régimen Disciplinario con arreglo a las normas siguientes: (...).”

Posteriormente el Decreto No. 656 de 26 de abril de 1995 expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 082 de 21 de abril de 1995 emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, en el artículo 333 clasificó a los servidores de la Entidad en Empleados Públicos, Funcionarios de Seguridad Social y Trabajadores Oficiales, al disponer:

“Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en Empleados Públicos, Funcionarios de Seguridad Social y Trabajadores Oficiales.

Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS: Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Asesor, Director IV y V, Secretario Seccional, Jefe de Unidad IV, Gerente I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII.

Son Funcionarios de Seguridad Social Discrecionales, las personas que desempeñan los cargos que a continuación se señalan: Gerente Grados 38 y 39, Director I, II, III y Grados 38, 39 y 41, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán y Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales (Regente de Farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de Equipo Médico y Odontológico, de Máquinas y Equipos, Mecánica, Electricidad, Supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de los Despachos de los Empleados Públicos.

Son Cargos de Carrera de Funcionarios de Seguridad Social, los demás.

Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan: Ayudante (operador de calderas, operador de máquinas, acarreador, ascensorista, empacador, aseo, cafetería, lavandería y ropería, mantenimiento, alimentación a pacientes, jardinero, cocina), conductor mecánico y de ambulancias y portero”.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996[8], M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, resolvió declarar inexecutable el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el Inciso 2° del artículo 3° del Decreto Ley 1651 de 1997, normas relacionadas con la clasificación de funcionarios de seguridad en el Instituto de Seguros Sociales, y sobre lo particular dijo:

“(…) 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 parágrafo 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. (...)”

Posteriormente el Decreto No. 416 de 20 de febrero de 1997, aprobatorio del Acuerdo No. 145 de 4 de febrero de 1997, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 1° clasificó el personal de la Entidad así:

“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:

(...)

7.- Jefe de Departamento

B. Son trabajadores oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos”.

Nótese que en este Decreto el personal del I.S.S. se clasificó como empleados públicos y trabajadores oficiales; ya no apareció la clasificación de funcionarios de la seguridad social, como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 1996[9].

CASO CONCRETO

Conforme el Decreto 416 de 20 de febrero de 1997^[10], artículo 1°, literal A), numeral 7, el cargo de JEFE DEPARTAMENTO II, 8 horas, DEPARTAMENTO SECCIONAL DE ATENCIÓN AL PENSIONADO, DSAP, CUNDINAMARCA, que desempeñaba la actora y del que fue declarada insubsistente en el acto acusado, se encontraba clasificado como de libre nombramiento y remoción.

En esas condiciones la actora no gozaba de ningún fuero de estabilidad en el ejercicio del cargo, por lo tanto, su nominador disponía de la facultad discrecional, pudiendo ser removida a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, como efectivamente ocurrió, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968.

En punto a los motivos de inconformidad que manifiesta la parte actora contra la sentencia recurrida, la Sala expone a continuación los siguientes argumentos:

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder.

De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.

En tratándose de actos de retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia, reitera la Sala, que la facultad discrecional de remover libremente al personal no puede sustentarse en razones diferentes a las del buen servicio (art. 36 C.C.A), la cual debe ejercerse en consonancia con el interés general (art. 2º C.P.). No puede inspirarse entonces, dicha potestad, en motivos de orden personal o para favorecer intereses de terceros.

En el caso concreto, revisado el material probatorio reseñado en esta providencia, no encuentra la Sala sustento que permita inferir que el acto fue expedido por razones distintas al buen servicio público. La prueba testimonial debe decirse que, no resulta suficiente para acreditar razones distintas a la noción de buen servicio público como aquellas que motivaron la decisión.

Ciertamente la demandante ejercía un cargo cuyo desempeño le significó un mayor esfuerzo, en atención no solo al incremento en el número de solicitudes de prestaciones económicas que debía atender respecto de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en la Seccional Cundinamarca y Distrito Capital, sino a las restantes funciones propias del cargo y a las asignadas por delegación.

Este hecho, *per se*, no puede constituir elemento de juicio suficiente que permita inferir supuestos de hecho, alejados a la noción de buen servicio público, como motivos determinantes del nominador para disponer la remoción del cargo.

La entidad demandada no fue ajena a la situación particular de la actora, según consta en la prueba documental que obra en el expediente, que da cuenta de las medidas adoptadas, no obstante las limitaciones presupuestales y financieras, con las que se buscaba la racionalización de las cargas de trabajo a nivel de los Jefes de Departamento de Atención al Pensionado, inclusive desde el año 2002, esto es, con suficiente anterioridad a la decisión que dispuso el retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia.

No consta en el expediente medio de prueba que permita inferir que con ocasión de la acción de cumplimiento que presentó la actora contra el

Presidente del Instituto de Seguros Sociales[11], con el fin de que se implementara una reglamentación sobre el trámite de las peticiones en el Departamento de Atención al Pensionado para Bogotá y Cundinamarca, se hubiera generado consecuencias adversas para el normal desempeño de sus funciones, para eventualmente considerar una relación de causalidad entre las quejas formuladas por la actora y la decisión de retiro del servicio, sin que el nominador hubiera considerado otros aspectos que cobran relevancia para el ejercicio de la función pública.

Frente al argumento de la parte recurrente, debe decir la Sala en cuanto a las calidades de la actora, que ha sido criterio de esta Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo[12]. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la eficiente prestación del servicio y que no está obligado a explicitar en el acto por medio del cual, haciendo uso de una facultad legal, declara la insubsistencia.

La noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde al nominador. De ahí que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que contiene una decisión de esa naturaleza, esté obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, lo cual en el presente caso no se probó.

Ciertamente, se ha dicho, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar. No quiere significar con ello la Sala, que sea un imposible su demostración y, es ahí, precisamente, en donde se exige la carga de la prueba a la parte interesada en acreditar los supuestos de hecho de los que pretende derivar el consecuente restablecimiento del derecho.

En este orden de ideas, bajo las reglas de la sana crítica, y atendidas las máximas de la experiencia, se llega a la conclusión de que la parte actora no desvirtuó la legalidad del acto administrativo demandado, en tanto que, no acreditó que el nominador con la expedición del acto de insubsistencia acusado se inspirara en razones ajenas al buen servicio público, esto es, que la decisión denotara el ánimo de satisfacer intereses personales, y que se hubiera expedido sin ninguna fórmula de juicio ni de valoración práctica, circunstancia que atenta contra los deberes que impone el ejercicio de la función pública.

Aún cuando el acto de retiro del servicio de los empleados que ostentan la condición de libre nombramiento y remoción, no está sujeto a ninguna formalidad, y por tanto, tal y como lo prevé el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968[13], no requiere de motivación, la decisión de insubsistencia debe estar precedida de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

Así las cosas, el retiro de la actora podía disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro.

Las causas o circunstancias del retiro hacen parte de la hoja de vida del funcionario para efectos de tomar en cuenta su experiencia e idoneidad en las futuras vinculaciones, por tanto, la Sala considera que como la exigencia referida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, en el sentido de dejar constancia en la hoja de vida del empleado sobre las causas y circunstancias que dieron origen al retiro, no hace parte de la etapa de formación del acto, desde luego que su inobservancia no torna en ilegal la decisión.

Por último, tampoco logró demostrar la parte actora que la persona designada en su remplazo no cumplía con los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo. Como se ha sostenido en otras oportunidades¹, el simple hecho de que una persona sea designada en una dignidad pública y posesionada en la misma sin ostentar los requisitos mínimos exigidos en las normas legales, resulta suficiente para inferir un desmejoramiento

en la prestación del servicio público, tesis que no aplica para el caso concreto.

En esas condiciones, como no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, se confirmará la sentencia que denegó las súplicas de la demanda.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, el 7 de septiembre de 2006 que negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora MYRIAM PASTRANA DE PASTRÁN contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, I.S.S.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

[1] La demanda en acción de cumplimiento se presentó el 8 de agosto de 2002 (fls. 36-41).

[2] Servir a la comunidad, promover su prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política son, entre otros, fines esenciales del Estado (artículo 2º).

[3] El artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia del 21 de junio de 2000, C-734/2000, Expediente D-2732, actor: Alexander Díaz Umaña, M.P. DR. Vladimiro Naranjo Mesa. La mencionada Corporación, estudió la expresión “sin motivar la providencia”, y concluyó, que respecto de la desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la Constitución la facultad del nominador de proferir el acto de retiro sin motivarlo. Igualmente, se determinó la legalidad de la previsión contenida en el inciso 2º ibídem, respecto de la necesidad de consignar en el acto de retiro las razones que lo originaron, en orden a evitar el abuso del derecho y la desviación del poder. Esta constancia según se anota, puede ser posterior al acto de retiro.

[4] Por En Sentencia C-579 de octubre 30 de 1996, la Corte Constitucional declaró inexecutable el Inciso 2º, artículo 3º del Decreto-Ley No. 1651 de 1977, en el aparte que se subraya.

[5] Por Sentencia C-579 de octubre 30 de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional también declaró inexecutable el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, ya transcrito.

[6] En Sentencia de 6 de febrero de 1997, el Consejo de Estado, expediente No. 10226, M.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas, respecto de la impugnación del artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, aprobado por el Decreto 461 de 1994, resolvió: “NIEGASE la nulidad del artículo 33 del Acuerdo 003 de mayo 3 de 1993 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 461 de marzo 1º de 1994, con excepción del inciso último, cuya nulidad se decreta, y texto que es del siguiente tenor: “Salvo lo dispuesto en los numerales anteriores, los servidores del Instituto conservarán su carácter de Funcionarios de la Seguridad Social o de Trabajadores Oficiales, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto Ley 1651 de 1977 y el parágrafo del artículo 26 de la ley 10 de 1990”.

[7] Se anota que la clasificación de personal de esta entidad, realizado en este decreto, también resulta afectado por la posterior Sentencia C-579/96 ya citada, dado su contenido.

[8] RESUELVE: “(...) Primero.- Declarar INEXEQUIBLE el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993.

Segundo.- Declarar INEXEQUIBLE el inciso 2o del artículo 3o del Decreto-Ley 1651 de 1977, en el aparte que dice: *“las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social”*.

[9] La clasificación que antecede fue tomada del estudio hecho por la Sección Segunda, Sub Sección B, de la Corporación, en sentencia de 1 de julio de 2009 con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez dentro del expediente No. 44001-23-31-000-2001-00382-01 (4879/04).

[10] Del estudio de legalidad de este acto se ocupó la sentencia de 28 de octubre de 1999 proferida dentro del proceso No. 15.954.C.P.Dr.Silvio Escudero Castro.

[11] La demanda en acción de cumplimiento se presentó el 8 de agosto de 2002 (fls. 36-41).

[12] Servir a la comunidad, promover su prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política son, entre otros, fines esenciales del Estado (artículo 2º).

[13] El artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia del 21 de junio de 2000, C-734/2000, Expediente D-2732, actor: Alexander Díaz Umaña, M.P. DR. Vladimiro Naranjo Mesa. La mencionada Corporación, estudió la expresión “sin motivar la providencia”, y concluyó, que respecto de la desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la Constitución la facultad del nominador de proferir el acto de retiro sin motivarlo. Igualmente, se determinó la legalidad de la previsión contenida en el inciso 2º ibídem, respecto de la necesidad de consignar en el acto de retiro las razones que lo originaron, en orden a evitar el abuso del derecho y la desviación del poder. Esta constancia según se anota, puede ser posterior al acto de retiro.

1 Sentencia de abril 27 de 2001, expediente 322-00, actor Jorge Luis Pérez Barrios, Magistrado Ponente doctor Nicolás Pájaro Peñaranda.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:20:45